



УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



МИЛЕНА С. МИЛОШЕВИЋ

**МАТЕРИЈАЛНИ И ПРОЦЕСНИ УСЛОВИ ЗА ЗАСНИВАЊЕ
ОДНОСА РОДИТЕЉА И ДЕТЕТА У САВРЕМЕНОМ
ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ниш, 2021.



UNIVERSITY OF NIŠ
FACULTY OF LAW



MILENA S. MILOŠEVIĆ

**MATERIAL AND PROCEDURAL CONDITIONS FOR
ESTABLISHING PARENT-CHILD RELATIONSHIP IN
MODERN FAMILY LAW**

DOCTORAL DISSERTATION

Niš, 2021.

Подаци о докторској дисертацији

Ментор:

Проф. др Дејан Јанићијевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Наслов:

Материјални и процесни услови за заснивање односа родитеља и детета у савременом породичном праву

Резиме:

Предмет овог рада јесу, првенствено, начини утврђивања и оспоравања материнства и очинства, уређени Породичним законом Републике Србије. Да бисмо их свестрано расветлили, рад ћемо поделити у четири логичке целине, тј. четири поглавља. У првом поглављу, изложићемо опште појмове о односу родитеља и детета, његове основне појавне облике и правне феномене који су с њим непосредно повезани. У наредном поглављу, бавићемо се материјалним и процесним аспектима породичног статуса детета, настојећи да разјаснимо његове карактеристике у домаћем и правима појединих европских земаља (Француске, Немачке, Аустрије, Црне Горе, Хрватске, Русије). Истраживаћемо, дакле, методе за утврђивање материнства у домаћем и у упоредном праву, указујући на то да оно у појединим земљама може почивати и на признању, а не само на упису података о мајци у матичну књигу рођених и, евентуално, на пресуди. У сфери правила о очинству разликоваћемо она о брачном и ванбрачном очинству, па ћемо указати и на различите услове који морају да буду задовољени у појединим земљама како би се (бивши) муж мајке сматрао оцем детета. Приказаћемо и различите услове за оспоравање брачног очинства и праксу ЕСЈП по овом питању. У домену ванбрачног очинства упоређиваћемо домаћа и страна правила о условима за његово признање и о могућностима његовог побијања. У процесном делу рада нарочиту пажњу ћемо обратити на активно легитимисана лица за покретање парница за утврђивање и оспоравање материнства и очинства и на рокове прописане у домаћем и анализованим страним правима.

Треће поглавље биће посвећено питању заснивања родитељства уз биомедицинску помоћ, а у њему ћемо изложити општа правила о овим поступцима у домаћем и упоредном праву, врсте ових поступака и њихове спорне елементе. Посебну пажњу ћемо посветити сурогат материнству, са становишта постојећих предлога у домаћем праву и позитивних решења из упоредног права. С обзиром на значај ове установе, у овом делу истраживања ћемо се бавити и правима оних земаља која у дотадашњем току рада нисмо проучавали, а у којима је сурогат материнства допуштено, попут Грчке, Канаде, Украјине, Македоније, Велике Британије и САД-а. Бавићемо се условима под којима је оно дозвољено, његовим врстама (комерцијалном и добротним, потпуном и непотпуном суброгацијом, постхумном оплодњом сурогат мајке), начинима и условима коришћења услуга сурогат мајке, уговорним правима и обавезама намераваних родитеља и сурогат мајке, статусом детета које је родила сурогат мајка. Анализоваћемо и карактеристичне одлуке

ЕСЈП које се тичу сурогације, а које могу представљати својеврсне путоказе српском законодавцу.

У последњем поглављу, истражујући правила о усвојењу, бавићемо се његовим појмом, историјским развојем, функцијама, материјалним и формалним условима за његово заснивање, врстама, дејством и начинима и последицама његовог престанка. Како је у Преднацрту предложен повратак на непотпуно усвојење, које је не тако давно било присутно у српском породичном праву, изразићемо и наш став о њему. С обзиром на то да се највеће разлике између домаћег и појединих страних права испољавају у сфери старосне разлике између усвојитеља и усвојеника, њоме ћемо се нарочито позабавити, да бисмо извели закључак о оној која највише одговара природним законитостима и савременим потребама. Указаћемо на значај најбољег интереса детета како услова за заснивање усвојења, како у домаћем и упоредном праву, тако и у пракси ЕСЈП.

Научна област:
Научна
дисциплина:

Правне науке

Породично право

Кључне речи:

материнство, брачно очинство, ванбрачно очинство, матернитетске парнице, патернитетске парнице, сурогат материнство, усвојење

УДК:

CERIF
класификација:

S110

Тип лиценце
Креативне
заједнице:

CC BY-NC-ND

Data on Doctoral Dissertation

Doctoral Supervisor:

Prof. Dr. Dejan Janićijević, full professor at the Faculty of Law,
University of Niš

Title:

Material and procedural conditions for establishing parent-child
relationship in modern family law

Abstract:

The subject of this paper are, primarily, the methods of determining and disputing maternity and paternity, regulated by the Family law on the Republic of Serbia. In order to shed light on them in a comprehensive way, we will divide the work into four logical units, ie. four chapters. In the first chapter, we will present general concepts about the parent-child relationship, its basic manifestations and legal phenomena that are directly related to it. In the next chapter, we will deal with the material and procedural aspects of the child's family status, trying to clarify its characteristics in the domestic and the rights of individual European countries (France, Germany, Austria, Montenegro, Croatia, Russia). Therefore, we will research the methods for determining maternity in domestic and comparative law, pointing out that in some countries it can be based on recognition, and not only on the entry of data on the mother in the birth register and, possibly, on the verdict. In the sphere of paternity rules, we will distinguish between marital and extramarital paternity, so we will underline the different conditions that must be met in certain countries in order for the (ex)husband of the mother to be considered the father of the child. We will also present the different conditions for challenging marital paternity and the practice of the ECHR on this issue. In the domain of extramarital paternity, we will compare domestic and foreign rules on the conditions for his recognition and on the possibilities of oppugning him. In the procedural part of the paper, we will pay special attention to actively legitimized persons for initiating litigation to determine and challenge maternity and paternity, and to the deadlines prescribed in domestic and analyzed foreign laws.

The third chapter will be dedicated to the issue of establishing parenthood with biomedical assistance, and in it we will present the general rules on these procedures in domestic and comparative law, the types of these procedures and their disputable elements. We will pay special attention to surrogacy, from the point

of view of existing proposals in domestic law and positive solutions from comparative law. Given the importance of this institution, in this part of the research we will deal with the rights of those countries that we have not studied in the course of work so far, and in which surrogacy is allowed, such as Greece, Canada, Ukraine, Macedonia, Great Britain and the USA. We will deal with the conditions under which it is allowed, its types (commercial and non-commercial, complete and incomplete subrogation, posthumous insemination of a surrogate mother), ways and conditions of using the services of a surrogate mother, contractual rights and obligations of intended parents and surrogate mother, status of the child surrogate mother. We will also analyze the characteristic decisions of the ECHR concerning surrogacy, which may be a kind of roadmap for the Serbian legislator.

In the last chapter, researching the rules on adoption, we will deal with its concept, historical development, functions, material and formal conditions for its establishment, types, effect and methods and consequences of its termination. As the Preliminary draft proposes a return to incomplete adoption, which was not so long ago present in Serbian family law, we will also express our opinion on it. Considering that the biggest differences between domestic and certain foreign laws are manifested in the sphere of the age difference between adopters and adoptees, we will deal with it in particular, in order to draw a conclusion about the one that best suits natural laws and modern needs. We will point out the importance of the best interest of the child as a condition for establishing adoption, both in domestic and comparative law, and in the practice of the ECHR.

Scientific Field:

Juridical sciences

Scientific Discipline:

Family law

Key Words:

maternity, marital paternity, extramarital paternity, maternity lawsuits, paternity lawsuits, surrogacy, adoption

UDC:

CERIF

Classification:

S110

Creative Commons
License Type:

CC BY-NC-ND

Садржај

| | |
|--|-----|
| Увод..... | 1 |
| Прво поглавље..... | 7 |
| Општа разматрања у сфери односа родитеља и детета..... | 7 |
| 1. Појам породице у савременом друштву и породичном праву..... | 7 |
| 1.1. Дефиниција савремене породице..... | 7 |
| 1.2. Схватање породице у пракси Европског суда за људска права..... | 10 |
| 2. Правни однос између родитеља и детета – појам и значај..... | 23 |
| 3. Право на слободно родитељство..... | 27 |
| 3.1. Појам и елементи права на слободно родитељство..... | 27 |
| 3.2. Заштита права на слободно родитељство пред Европским судом за људска права..... | 31 |
| 4. Право детета да зна своје порекло као саставни део права на идентитет..... | 45 |
| 4.1. Право детета на име и на држављанство..... | 45 |
| 4.2. Право детета на сазнање биолошког порекла..... | 48 |
| Друго поглавље..... | 56 |
| Материнство и очинство као елементи породичног статуса детета..... | 56 |
| 1. Општи појам материнства у домаћем породичном законодавству..... | 56 |
| 2. Општа правила о материнству у упоредном праву..... | 62 |
| 3. Нормативни појам очинства..... | 68 |
| 3.1. Опште напомене..... | 68 |
| 3.2. Брачно очинство у домаћем праву уз осврт на праксу Европског суда за људска права... .. | 70 |
| 3.3. Брачно очинство у упоредном праву..... | 82 |
| 3.3. Ванбрачно очинство..... | 88 |
| 3.3.1. Уводне напомене..... | 88 |
| 3.3.2. Утврђивање (ванбрачног) очинства у српском праву..... | 89 |
| 3.3.3. Ванбрачно очинство у упоредном праву..... | 94 |
| 4. Матернитетске и патернитетске парнице..... | 112 |
| 4.1. Опште напомене..... | 112 |
| 4.2. Основна начела..... | 113 |
| 4.3. Активна и пасивна легитимација и рокови за покретање матернитетских и патернитетских парница..... | 120 |
| 4.4. Доказивање у поступку за утврђивање и оспоравање материнства и очинства..... | 128 |
| 4.5. Матернитетске и патернитетске парнице у упоредном праву..... | 135 |
| 4.5.1. Црногорско право..... | 135 |

| | |
|--|-----|
| 4.5.2. Хрватско право..... | 141 |
| 4.5.3. Немачко право..... | 151 |
| 4.5.4. Француско право..... | 156 |
| 4.5.5. Руско право..... | 159 |
| 4.5.6. Аустријско право | 163 |
| Треће поглавље..... | 166 |
| Заснивање родитељства биомедицинским путем..... | 166 |
| 1. Поступак биомедицински потпомогнутог оплођења – појам, врсте и општи услови | 166 |
| 2. Давалаштво репродуктивних ћелија и ембриона..... | 172 |
| 3. Сурогат материнство | 176 |
| 3.1. Општи појмови..... | 176 |
| 3.2. Уговор о рађању за другог | 180 |
| 3.2.1. Појам и дејство..... | 180 |
| 3.2.2. Услови за закључење уговора који се односе на личност уговорних страна | 185 |
| 3.3 Врсте сурогат материнства | 196 |
| 3.3.1. Потпуна и непотпуна сурогација | 196 |
| 3.3.2. Постхумна оплодња сурогат мајке..... | 197 |
| 3.4. Сурогат материнство у упоредном праву..... | 201 |
| 3.4.1. Русија | 201 |
| 3.4.2. Украјина..... | 202 |
| 3.4.3. Канада | 203 |
| 3.4.4. Грчка | 204 |
| 3.4.5. Македонија | 205 |
| 3.4.6. Немачка..... | 206 |
| 3.4.7. Аустрија..... | 208 |
| 3.4.8. Француска..... | 209 |
| 3.4.9. Велика Британија и Сједињене Америчке Државе | 210 |
| 3.5. Сурогат материнство – за или <i>против</i> ?..... | 213 |
| Четврто поглавље | 217 |
| Заснивање родитељства усвојењем | 217 |
| 1. Појам, историјски развој и циљеви усвојења | 217 |
| 2. Материјални услови за заснивање усвојења..... | 221 |
| 2.1. Услови на страни усвојеника..... | 221 |
| 2.2. Услови на страни усвојитеља | 231 |
| 2.3. Услови који се тичу односа усвојитеља и усвојеника | 238 |

| | |
|-------------------------------|-----|
| 3. Форма усвојења | 242 |
| 4. Последице усвојења..... | 249 |
| 5. Престанак усвојења | 254 |
| 5.1. Раскид усвојења | 254 |
| 5.2. Поништење усвојења | 256 |
| Закључак..... | 261 |
| Прилози: | 266 |
| Литература..... | 277 |
| Биографија аутора | 303 |
| Изјаве аутора..... | 304 |

Увод

Материјални и процесни услови за успостављање родитељско-дечијег односа заузимају нарочито важно место у породичном праву, јер овај однос представља својеврсно претходно питање у поступку примене највећег броја дечијих права. Под њим се подразумева постојање правног односа родитеља и детета између тачно одређених лица. Уобичајено је да дете има два родитеља – мајку и оца, па се овај однос испољава у два вида, као материнство и очинство. Уопштено посматрано, дете стиче одговарајући породични статус рођењем и уписом података о мајци и оцу у матичну књигу рођених. Дакле, чињеница рођења није довољна, већ је у сваком случају, без изузетка, неопходно да она буде евидентирана на прописани начин.

До зачећа у највећем броју случајева долази природним путем. Међутим, у случају неплодности једног или оба партнера, неопходна им је помоћ трећих лица – лекара одређених специјалности. Како је реч о мешању трећих лица у најинтимније односе међу појединцима, услови под којима се може приступити стварању породице уз помоћ медицине строго су дефинисани. Од давнина постоји и таква могућност да се родитељско - дечији однос заснује, не зачећем и рађањем детета, већ правно уобличеном вољом заинтересованих лица. Реч је о усвојењу, којим се путем правног акта, тј. сагласношћу воља, успоставља материнство и очинство над дететом. Да сумирамо, однос родитеља и детета (материнство и очинство) настаје чињеницом рођења детета (зачетог природним путем или уз помоћ медицине) или заснивањем усвојења и уписом наведених чињеница и података о (новим) родитељима у матичну књигу рођених.

Правила о материнству су, на први поглед, врло једноставна. Наиме, трудноћа се манифестује и одређеним спољним знацима, па се чини да нема никаквих дилема у примени логичне животне и правне претпоставке да је дететова мајка она жена која га је родила. Притом, напомињемо још једном да правни однос између мајке и детета може настати тек уписом чињенице рођења у матичну књигу рођених. Управо због тога што се матерински статус стиче уписом одговарајућих података у јавни регистар, а не у тренутку рођења детета, услед намерних или случајних грешака, могуће је неслагање између стварног и правног стања ствари. Због тога се статус мајке (који произлази из стања у

матичним књигама) може оспоравати у судском поступку, као што постоји могућност да се (након успешног оспоравања или у случају да материнство никада није било утврђено) исти заснује пресудом. Могућност оспоравања уписаних података о дететовој мајци основно правило о материнству чини оборивом правном претпоставком.

Правила о очинству су таква да се оно утврђује посредством других, извеснијих правних чињеница, јер је за разлику од материнства, односно трудноће, оно, бар у свом зачетку, трећим лицима непознато. Заправо, без обзира на то што је једнакост правног положаја деце рођене у току брака њихових родитеља и оне рођене у ванбрачној заједници једна од најзначајнијих савремених правних тековина, правила о очинству у једном, односно другом случају су различита. Тако се брачно очинство утврђује посредством чињеница материнства и брака, па се оцем детета рођеног у браку сматра муж мајке. Како су оквири ванбрачне заједнице неформални, не постоји аналогно правило, које би за резултат имало претпоставку о ванбрачном очинству. Зато се оно успоставља признањем – изјавом воље одређеног мушкарца који конкретно дете признаје за своје или судским путем.

Општа правила о материнству, а нарочито очинству нису истоветна, већ се, с обзиром на норме домаћег и упоредног права, може говорити о одређеним приступима при њиховом формулисању. У сфери материнства, управо због претходно наведене чињенице да се трудноћа и чин рођења тешко могу сакрити, разлике међу појединим правним поретцима јесу минималне. Издвајамо могућност успостављања материнства признањем, која постоји у појединим правима, у случајевима у којима правни однос између мајке и детета није настао на основу општег правила о упису неопходних података у јавну књигу, као и у ситуацијама у којима је стање засновано тим уписом успешно побијено. Осим тога, треба имати у виду да у појединим правним системима постоји могућност тзв. *анонимног порођаја*, која обезбеђује право на приватност мајке на уштрб права детета да зна своје порекло. У домену очинства, брачног и ванбрачног, правила су много разноврснија. Као што смо напоменули, основна одредба о брачном очинству у домаћем и свим другим правима гласи: „Оцем детета се сматра муж мајке.“ Исто тако је распрострањена и претпоставка о очинству бившег мужа у односу на дете рођено у одређеном периоду након престанка брака. У том смислу, јављају се разлике у погледу узрока престанка брака и тренутка од кога почиње да тече поменути рок. Наиме, у

појединим националним правима је прописано да се оцем сматра бивши супружник мајке детета рођеног у одређеном периоду од престанка брака, без обира на то да ли је он престао смрћу, разводом или поништењем. У другим правним поретцима, ова претпоставка дејствује само у случају рођења детета у одређеном периоду по престанку брака смрћу. Такође, поједини законодавци су имали у виду дужину трајања парнице за развод или поништење брака, па су почетак рока од кога зависи статус детета везали за неке друге моменте, попут фактичког престанка заједнице живота, а не за чињеницу њеног окончања. Домети изјаве о признању очинства, такође нису свуда исти. Процесна правила о материнству и очинству такође нису јединствена, па се, пре свега, разликују круг овлашћених субјеката за покретање матернитетских и патернитетских парница, рокови у којима се то може учинити и одређени аспекти доказивања спорних чињеница.

Када је у питању зачеће уз помоћ медицине, с обзиром на учешће трећих лица у том процесу, постоји друштвени интерес да се оно одвија на контролисани начин, па су услови под којима му се може приступити јасно прописани. Како степен друштвеног развоја и напретка медицине није свуда исти, ни ти услови нису идентични. Чини се, притом, да је идеја о зачећу уз помоћ одређених медицинских техника начелно прихваћена и да на постојећем ступњу цивилизацијског развоја не изазива превише расправа. Међутим, то није случај са свим поступцима биомедицинске оплодње понаособ, па се поставља питање да ли су испуњени услови да се начини следећи корак на том плану и прихвате и они поступци који из темеља мењају општа правила о материнству и очинству. Имамо у виду сурогат материнство, као, у овом тренутку, најспорнији начин заснивања родитељства уз помоћ трећег лица, прецизније жене од које се очекује да роди дете (сурогат мајка), не да би постала мајка, већ са циљем да га преда лицима која желе да се о њему старају као родитељи (намеравани родитељи). Већ на први поглед је јасно да ова установа изазива бројне дилеме, не само правне, већ и етичке природе. У савременим правима она је углавном забрањена, док је мали број земаља у којима су допуштени поједини њени видови. Дакле, основно питање у вези са сурогат материнством своди се на одлуку о томе да ли оно треба да буде допуштено или не. Уколико би одговор на ово питање био потврдан, ваљало би приступити подробном разматрању услова под којима би то било могуће. Треба се одредити за алтруистичку или комерцијалну, сродничку или пријатељску сурогацију, уредити њена прекогранична дејства и последице неиспуњења

обавеза од стране сурогат мајке или намераваних родитеља. Значајан део рада посветили смо управо отвореним питањима у сфери сурогат материнства, не само зато што је то било неопходно, с обзиром на то да су предмет рада материјалне и процесне норме о успостављању родитељско-дечијег односа, већ и због чињенице да је у Преднацрту будућег Грађанског законика Републике Србије предложено уређење ове установе.

Усвојење, као један од начина заснивања односа родитеља и детета, и то онај који почива на вољи заинтересованих субјеката, постоји од давнина, али то не значи да су сва питања у вези с њим расправљена. Напротив, услови под којима је оно могуће су различити у појединим правним поретцима, па се поставља питање који међу њима у највећој мери доприносе успешном остваривању његових бројних функција. Најзначајније разлике између домаћих и упоредних правила о усвојењу тичу се старосних услова на страни усвојитеља и усвојеника и врста усвојења. Поред потпуног усвојења, којим се између усвојитеља и усвојеника заснива однос идентичан оном између родитеља и детета, у појединим правима постоји и непотпуно усвојење, са много ужим дејством, а творци нацрта будућег српског грађанског законика предлажу да оно буде уређено и у домаћем праву.

У овом раду, проучавајући описани предмет, углавном смо користили нормативни, компаративни, статистички, историјски и метод анализе случаје. Као што смо већ истакли, предмет нашег рада су првенствено била позитивна правила о породичном статусу детета, па је у том делу доминирао нормативни метод. С обзиром на то да су предметом нашег истраживања обухваћена и правила упоредног права, која смо поредили међусобно и са домаћим правилима, да бисмо извели закључак о оним најподеснијим, било је неопходно да применимо и компаративни метод. Желећи да проверимо одређене хипотезе о предмету нашег истраживања, користећи се, притом, захтевом за приступ информацији од јавног значаја, прикупили смо, систематизовали и анализовали и податке добијене од надлежних органа и усанова. Предмет нашег интересовања били су и случајеви из домаће и праксе Европског суда за људска права. Како смо се у раду углавном бавили анализом домаћих и међународних извора права, судске праксе и правне теорије, његова методологија је првенствено аналитичко-синтетичка.

Након уводног дела рада, у Првом поглављу, изложили смо опште појмове из сфере односа родитеља и детета. Осим што смо указали на његов појам и основне облике,

размотрили смо и неке правне феномене који су с њим непосредно повезани. Наиме, заснивање родитељско-дечијег односа се не може разматрати, а да се притом не анализује схватање породице у савременом праву и пракси Европског суда за људска права, у којој се могу пронаћи одговори на бројна питања из било које актуелне правне области. Исто се односи и на право на слободно родитељство и право детета да зна своје порекло, чије је расветљавање такође немогуће без осврта на праксу поменутог суда. У Другом поглављу смо истраживали основна правила о материнству и очинству, у домаћем и упоредном праву. Бавили смо се материјалним и процесним аспектима ових елемената породичног статуса, настојећи да разјаснимо њихове, већ поменуте карактеристике у домаћем и правима појединих европских земаља. Треће поглавље рада је посвећено заснивању родитељства уз биомедицинску помоћ. Изложили смо општа правила о биомедицинским поступцима у домаћем и упоредном праву, врсте ових поступака и њихове спорне елементе. Посебну пажњу, из већ наведених разлога, посветили смо сурогат материнству, са становишта постојећих предлога у домаћем праву и позитивних решења из упоредног права. Бавили смо се условима под којима је оно допуштено, његовим врстама, начинима и условима коришћења услуга сурогат мајке, породичним статусом детета које је родила сурогат мајка. У делу рада о усвојењу (Четврто поглавље) бавили смо његовим појмом, историјским развојем, функцијама, материјалним и формалним условима за његово заснивање, врстама, дејством и начинима и последицама његовог престанка. Све време смо били свесни чињенице да свака од наведених тематских целина има довољно велики значај да би могла бити предмет засебног научног истраживања, али су наше амбиције биле усмерено на то да на једном месту прикажемо најзначајније, најспорније и најактуелније материјалне и процесне аспекте настанка родитељско-дечијег односа.

Најзад, циљ овог истраживања се састојао у томе да на систематски начин представимо материјалне и процесне породичноправне норме о заснивању односа родитеља и детета, које се само на први поглед чине једноставним, недвосмисленим. Не само да смо желели да допринесемо разјашњењу одређених спорних питања која постоје од давнина, већ смо настојали да укажемо на то да се у овој фази друштвеног и правног развоја правила о материнству и очинству мењају, односно да се може очекивати да дође до одређених промена. Као што је породица темељ друштва, тако су и ова правила основа примене великог броја породичноправних норми, па је неспорно, имајући у виду

претходну тврдњу, да постоји потреба да се она преиспитају. Наше мишљење о постојећем стању и правцима њиховог развоја образложили смо у закључку рада.

Прво поглавље

Општа разматрања у сфери односа родитеља и детета

1. Појам породице у савременом друштву и породичном праву

1.1. Дефиниција савремене породице

Породица је одувек представљала предмет изучавања свих друштвених наука¹, што би требало да има за последицу јасну, али и свеобухватну дефиницију овог феномена. То, међутим, није случај. Разлог томе јесте усредсређеност појединих стручњака на одређене аспекте ове заједнице, али и њена динамичност. Наиме, током времена, функције породице су се мењале, што је било од кључног утицаја на њене суштинске карактеристике. Тако је у прошлости била доминантна њена економска – производна улога, која је предодређивала структуру и односе међу члановима породице (Mitterauer, Zider, 1988: 200). Од произвођачке, постепено је постајала потрошачка јединица, што је утицало на смањење броја њених чланова и на јачање функције социјализације. У савременом друштву, услед јачања индивидуализма и концепта људских права, односи међу члановима породице су приснији, а њену структуру карактерише много већа разноврсност.

Приметно је да су, за разлику од већине других централних појмова породичног права², дефиниције породице изузетно ретке, како у националном законодавству, тако и у међународним документима. Изостанак њеног појмовног одређења у међународним изворима породичног права је логична последица бројних друштвених разлика, због којих не постоји наднационални тип породице, а тиме ни њена универзална дефиниција. С друге стране, у ретке националне законске текстове који садрже дефиницију породице спада, примера ради, Породични закон Црне Горе.³ Она је у њему одређена као заједница родитеља, деце и крвних сродника који у смислу тог закона имају међусобна права и

¹ Такво опште интересовање је последица познатог аксиома да је породица основна ћелија друштва.

² Породично право, као грана позитивног права, представља систем правних норми којима се регулише породица и односи између њених чланова, који настају поводом формирања породице, њеног трајања и евентуално престанка постојања (Поњавић, 2007: 3-4).

³ *Сл. лист РЦГ*, 1/2007 и *Сл. лист РЦГ*, 53/2016 и 76/20. У даљем тексту: ПЗ ЦГ.

обавезе, као и друга основна заједница живота у којој се негују и подижу деца.⁴ Интересантно је да је и Српски грађански законик⁵, за разлику од позитивних извора домаћег породичног права, такође обухватао дефиницију породице. У овом периоду развоја српског друштва и породичног законодавства, она је била заснована на крвном сродству, па су се под њом подразумевали преци са својим потомцима, а заједнички живот није био од кључног утицаја на њено постојање.⁶ Уколико је више пунолетних лица живело заједно, са својим потомцима или без њих, радило се о задрузи, а ако то није био случај, о инокосној породици.⁷ Задругу нису могли чинити отац и син, јер су они живели на једном - очевом имању, док је она подразумевала не само заједнички живот, него и удруживање имовине (Станимировић, 2014: 150-151).

Сродство (на коме је у доба важења СГЗ почивала породица) представља друштвени и правни однос настао природним или правним путем између два или више лица, која на основу њега имају узајамна права и обавезе. Уколико је тај однос заснован природним путем - рађањем, тако да одређена лица потичу једна од других или од заједничког претка, реч је о крвном сродству. Склапањем брака, између једног супружника и крвних сродника другог настаје однос који се означава као адоптивно сродство. Заснивањем усвојења, између усвојитеља и његових сродника и усвојеника и његових потомака настаје грађанско сродство. Из изложеног, као и из важећих одредаба српског породичног законодавства, произлази да је породични живот утемељен на чињеници сродства, али и то да међу овим појмовима нема подударности. Појам породице обухвата и друге елементе, који такође морају бити обухваћени њеном дефиницијом.

Породични закон Републике Србије⁸, као што смо већ напоменули, не садржи дефиницију породице. У одредби из другог члана закона, који је насловљен *Породица*, наводи се само то да она ужива посебну заштиту државе и да свако има право на поштовање свог породичног живота.⁹ По нашем мишљењу, под породицом треба подразумевати заједницу живота жене и мушкарца (брачну или ванбрачну) у којој се

⁴ Вид. чл. 2 ПЗ ЦГ.

⁵ Преузето 05.02.2018. <https://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>. У даљем тексту: СГЗ.

⁶ Вид. § 55 СГЗ.

⁷ Вид. § 57 СГЗ.

⁸ *Сл. гласник РС*, 18/2005, 72/2011- др. закон и 6/2015. У даљем тексту: ПЗ.

⁹ Цвејић Јанчић (2010:85) исправно примећује да се за титуларе права и обавеза прописаних одредбама ПЗ у највећем броју случајева користи израз чланови *породичног домаћинства*, а не чланови *породице*. Сматрамо да нема специфичних узрока нити последица оваквог терминолошког опредељења законодавца.

рађају и подижу деца, као и заједницу живота засновану искључиво на сродству, између чијих чланова дејствују законом прописана лична и имовинска права и обавезе. Очигледно је да ова дефиниција почива на законским појмовима брака и ванбрачне заједнице. Наиме, одредбама ПЗ прописано је да је брак законом уређена заједница живота жене и мушкарца¹⁰, док се ванбрачном сматра трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи¹¹.¹² Чињеница је, међутим, да у савременом друштву постоји и велики број породица састављених од само једног родитеља и детета. То може бити последица смрти једног од партнера, али је све чешће израз воље једног лица да се самостално стара о потомству. Развој медицине је обезбедио бројне могућности за заснивање једнородитељске породице, а на законодавцу је изазов прописивања услова под којима је то могуће. Тако је Законом о биомедицински потпомогнутој оплодњи¹³ прописано да, осим брачних и ванбрачних партнера који задовољавају прописане услове, уз помоћ медицине, родитељ може постати и жена без партнера. Поред тога што мора бити пунолетна и пословна способна, захтева се и да буде у стању да родитељску дужност обавља у складу са законом, у интересу детета.¹⁴ Када је у питању заснивање потомства (а тиме и породице), законодавац мора имати јасан став и о могућности да се партнери истог пола остваре као родитељи. У позитивном српском праву, имајући у виду њихове претходно наведене дефиниције, истополне брачне и ванбрачне заједнице нису прихваћене, тако да се у оквиру њих не могу планирати и рађати деца. Одредбом из чл. 25 ст. 1 ЗБМПО је прописано да биомедицинским путем само брачни или ванбрачни партнери, који тај статус уживају према Породичном закону, могу постати родитељи. Ипак, то не значи да у будућности неће доћи до одређених промена. У радном тексту очекиваног домаћег грађанског законика је напоменуто да не треба искључивати могућност да се, након свеобухватне расправе, дозволи заснивање брачне или ванбрачне заједнице између партнера истог пола. Осим тога, овај документ садржи и предлоге за

¹⁰ Вид. чл. 3 ст. 1 ПЗ.

¹¹ У Преднацрту будућег Грађанског законика Републике Србије (Преузето 05.02.2018. www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika. У даљем тексту: Преднацрт.) до изражаја је дошла идеја за сужавањем ограничења која би важила за ванбрачне partnere, па су тако брачне сметње, као негативни услов за заснивање ванбрачне заједнице, сведене на крвно сродство и брачност (Вид. Алтернативу из чл. 2215 Преднацрта).

¹² Вид. чл. 4 ст. 1 ПЗ.

¹³ *Сл. гласник РС*, 40/2017 и 113/2017 – др. закон. У даљем тексту: ЗБМПО.

¹⁴ Вид. чл. 25 ст. 2 ЗБМПО. Више о томе у Трећем поглављу рада.

уређење најспорније установе у сфери заснивања родитељства – сурогат материнства.¹⁵ Ова метода би, у случају усвајања предложеног решења, била резервисана за супружнике и ванбрачне партнере, који, из здравствених разлога, не могу засновати потомство природним путем нити неком од других техника биомедицински потпомогнуте оплодње. Доста простора за различита тумачења оставља предложена одредба по којој би уз помоћ установе рађања за другог и жена и мушкарац који живе сами могли да постану родитељи. С обзиром на то да је стипулисано да би то било могуће само ако постоје *нарочито оправдани разлози*, без било какве назнаке шта би њима било обухваћено, намеће се питање да ли би хомосексуална оријентација намераваног родитеља потпадала под овај услов.¹⁶ Питање које у будућности мора бити решено тиче се и породичних, односно родитељских права транссексуалних особа¹⁷. Наиме, док се операције промене пола успешно спроводе у Србији већ тридесетак година, изостало је уређење правног, а тиме и породичног статуса ове категорије лица. У теорији је изражена идеја да им, у складу са принципом релевантности новостеченог пола, треба омогућити сукцесивну промену пола у матичним књигама, закључење брака и континуитет у вршењу родитељског права (Мршевић, 2013: 66). Треба, најзад, истаћи и то да у позитивном домаћем праву једнаку заштиту уживају како породице засноване на браку, тако и оне засноване на ванбрачној заједници, потпуне и непотпуне (једнородитељске), проширене, оне у којима је потомство зачето природним путем и оне које почивају на употреби неке од техника биомедицински потпомогнуте оплодње (Цвејић Јанчић, 2010: 81).

1.2. Схватање породице у пракси Европског суда за људска права

Приликом расветљавања појмовних карактеристика савремене породице, незаобилазна је анализа праксе Европског суда за људска права.¹⁸ Наиме, када овај суд, у

¹⁵ Реч је о тзв. институту рађања за другог, чија је суштина да жена која је родила дете (сурогат мајка) не постаје мајка, већ она која намерава да се стара о њему, на основу уговора који су међусобно закључиле. О овом институту биће више речи у делу рада о биомедицински потпомогнутим поступцима оплодње (Треће поглавље).

¹⁶ Вид. чл. 2277 Преднацрта.

¹⁷ Транссексуалним, односно трансродним особама сматрају се лица која су се подвргла хируршким интервенцијама с циљем промене пола, тј. усклађивања својих телесних карактеристика са особинама жељеног пола.

¹⁸ У даљем тексту: ЕСЉП, Европски суд, суд (са седиштем) у Стразбуру. Овај суд је установљен Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (European Convention on Human Rights. Преузето

прописаном поступку, испитује да ли је у конкретном случају повређено право на породични (и приватни) живот нормирано одредбама из чл. 8 ЕК¹⁹, он мора претходно да

10.02.2018. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf. У даљем тексту: ЕК, Европска Конвенција, Конвенција.), која је усвојена 1950, а ступила на снагу 1953. године. Она је донета под окриљем најзначајније регионалне међународне организације европских земаља - Савета Европе, по угледу на Универзалну декларацију о људским правима (усвојену 1948. године од стране Генералне скупштине Уједињених нација), с циљем успостављања система заштите људских права гарантованих њоме. О примени Конвенције најпре су се старали Европска комисија за људска права, Европски суд за људска права и Комитет министара Савета Европе. Европски суд за људска права је почео са радом 1959. године, након што су од стране Парламентарне скупштине Савета Европе изабрани његови први чланови. Протоколом бр. 11, који је ступио на снагу 1998. године, ЕК је измењена на тај начин што је престала да постоји Европска комисија за људска права (која је одлучивала о прихватљивости представки и о томе који ће предмет бити достављен суду) и, што је посебно важно, омогућено подношење појединачних представки ЕСЉП, који је постао стални суд. Године 2010. почела је примена Протокола бр. 14, чији је циљ био постизање веће ефикасности суда, који је до данашњег дана донео више од двадесет две хиљаде и пет стотина одлука. Њиме је успостављена посебна процедура за најједноставније предмете, уведен је критеријум постојања значајније штете на страни подносиоца представке, а мандат судија је продужен на девет година. До данас, усвојена су још два протокола уз ЕК. Протоколом бр. 15 је наглашен значај принципа супсидијарности и доктрине о пољу слободне процене домаће државе, а скраћен је и преклузивни рок за подношење представке са шест на четири месеца од правноснажности одлуке домаћег органа. Он ће ступити на снагу по потписивању и ратификацији од стране свих држава чланица. Протоколом бр. 16 је предвиђена могућност обраћања суду од стране највиших домаћих судова са циљем добијања саветодавног мишљења поводом примене Конвенције са протоколима. Он је ступио на снагу 2018. године за оне чланице које су га потписале и ратификовале. У надлежности ЕСЉП јесте решавање спорова међу државама чланицама, одлучивање о појединачним представкама (поднетих од стране појединаца, групе појединаца или невладиних организација) против неке од држава чланица, као и давање саветодавних мишљења, а све у вези са применом конвенцијом гарантованих људских права. Када су у питању појединачне представке, поступак је такав да најпре судија известилац одлучује о њиховој прихватљивости и опстанку на листи предмета. Уколико су испуњени основни услови за разматрање представке, иста се упућује неком од одбора или већа. Одбор (од троје судија) је може прогласити неприхватљивом или скинути са листе предмета, а може и, након проглашавања представке неприхватљивом, донети пресуду о суштини ствари, уколико је она већ била разматрана од стране суда у другим предметима. Уколико то није учинио одбор, веће (од седам судија) потом доноси одлуку о прихватљивости представке и суштини ствари. Уколико је реч о питању нарочито важном за тумачење и примену ЕК, питању од општег значаја или о могућности да конкретно решење одступи од дотадашње праксе суда, уз сагласност свих страна, предмет може бити уступљен на одлучивање Великом већу (од седамнаест судија). Стране уговорнице су се обавезале да се повинују правноснажним пресудама суда донетим у предметима у којима су имале својство странке, а њихово извршење надгледа Комитет министара (Вид. чл. 19-51 ЕК, Бошковић, 2016: 6-7, Rules of court. Преузето 10.02.2018. https://echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf).

¹⁹ Одредбом из чл. 8 ЕК прописано је да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Јавним властима је забрањено да се мешају у вршење овог права, осим ако је то у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Испитујући да ли су органи јавне власти повредили ова правила, ЕСЉП утврђује да ли је њихово поступање било утемељено на закону, предузето зарад легитимног циља и уз употребу њему сразмерних средстава. Под приватним животом подразумева се сфера човекових активности коју он доживљава као интимну, заштићену од јавности, а која обезбеђује развој његове личности. У пракси суда у Стразбуру појам приватног живота се шири са новим случајевима, а до сада су њиме обухваћени право на заштиту физичког и психичког интегритета појединца, право на заштиту угледа личности, идентификацију по полу, имену или сексуалној оријентацији, питање прекида трудноће, кашњење у упису у матичну књигу венчаних, објављивање личних информација о лицима без њихове сагласности, објављивање фотографија из приватног живота личности која је позната јавности, активности професионалне и пословне природе, ограничења приликом запошљавања бивших чланова тајних служби,

одговори на питање да ли су подносиоци представке титулари овог права. Треба притом имати у виду да је његов ауторитет несумњив и да се због тога пред њим коначно решавају она питања из домена породичних односа и приватног живота појединаца, која су се у појединим поретцима показала као најосетљивија и као предмет највећих неслагања. Уз то, његове одлуке су резултат опсежне анализе домаћег и упоредног права, због чега указују на опште тенденције у развоју савременог породичног права и, будући да почивају на општеприхваћеном критеријуму најбољег интереса детета²⁰, представљају особено средство његове хармонизације²¹.

Од начелних ставова суда, који су од непосредног значаја за предмет овог дела нашег истраживања, најпре истичемо онај да породица може почивати и на мање формалним партнерствима, а не само на браку (Fomina, 2016: 102). Дакле, заштиту суда у Стразбуру, по основу одредаба из чл. 8 ЕК, уживају не само односи утемељени на браку, већ и *de facto* породичне везе. То значи да ванбрачно дете од момента рођења постаје део породице, коју поред њега чине његови родитељи - ванбрачни партнери. Међутим, постојање искључиво биолошке везе између детета и родитеља, без правних или фактичких елемената који би указивали на стабилне породичне односе, није довољно за

право на етнички идентитет, узимање органа на трансплатацију без знања или сагласности најближих сродника, неоправдано кашњење државних власти да врате тело након обдукције, покојникова жеља да му се пепео проспе по његовој имовини, жеља мајке да промени презиме урезано на гробу њеног мртворођеног детета или одбијање да се дозволи пренос урне са пепелом преминулог супружника (Ђорац, 2016: 41). Одредбама о праву на поштовање породичног живота штити се интегритет породице. Ово право ужива свако лице, а суд у Стразбуру се више пута изјашњавао о томе да се штити и постојећи и породични живот који тек треба да настане. Породични односи су по правилу најинтимнији, али због значаја породице као установе побуђују одређено интересовање друштва и државе, па је ЕСЉП до сада најчешће оцењивао да ли је нарушена равнотежа између појединачних и општег интереса. Посматрајући праксу овог међународног суда, можемо закључити да се у њој непрестано проширују круг питања и категорије субјеката који потпадају под окриле чл. 8 ЕК. У том процесу је прокламовано да су национални органи дужни да предузимају мере како би се очувале породичне везе које су већ изграђене, а да заједнички живот родитеља и деце чини основни део права на поштовање приватног и породичног живота, због чега радње органа јавне власти које га ремете представљају повреду чл. 8 ЕК (Вид. *Bogonosovy v. Russia (Judgment бр. 382011/16*. Преузето 11.02.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-191488>) и *Kruškić v. Croatia (Judgment бр. 10140/13*. Преузето 11.02.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165679>).

²⁰ Реч је о правном принципу доминантном у свим односима који се на било који начин тичу детета, а који је на овај општи начин први пут прокламован у Конвенцији Уједињених нација о правима детета из 1989. године (Convention on the Rights of the Child. Преузето 15.02.2018. <https://www.unicef.org/crc>. У даљем тексту: КПД.) Одредбом из чл. 3 ст. 1 КПД прописано је да ће у свим активностима које се тичу деце, без обзира да ли их предузимају приватне или јавне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интереси детета бити од првенственог значаја (Више у: Влашковић, 2014: 18-19).

²¹ Под хармонизацијом се подразумева процес усаглашавања (усклађивања) извора права у материјалном смислу, а треба је разликовати од унификације, као процеса потпуног уједначавања прописа (Више у: Аксић, 2013: 211-213).

конвенцијску заштиту. По правилу, неопходно је да постоји заједница живота или, изузетно, неке друге чињенице које указују на јаке породичне везе. Једна од бројних одлука ЕСЉП у којима су изложени наведени закључци јесте она донета у предмету *Yousef v. the Netherlands*²². Према околностима овог случаја, подносилац представке је затражио заштиту пред ЕСЉП због тога што му је након смрти бивше ванбрачне партнерке ускраћена могућност да призна њихову заједничку кћер и да се након тога стара о њој. Иначе, у моменту рођења девојчице њени родитељи нису живели заједно, па је, у складу са домаћим правилима, родитељско право вршила искључиво мајка. Подносилац је с њима, у одређеном периоду, успоставио заједницу живота, да би она након извесног времена била прекинута. Он је након тога спорадично виђао своју кћер, а његови покушаји да призна очинство над њом су остали без успеха, због одбијања његове бивше партнерке да се с тим сагласи. Њој је у међувремену дијагностификована смртоносна болест и она је изразила жељу да се о девојчици, након њене смрти, стара њен брат, што је он, заједно са својом породицом, и чинио. Подносилац је у том периоду одржавао личне односе са девојчицом, али не онолико често колико је желео. При оваквим околностима, насупротив наводима заступника домаће државе, ЕСЉП је заузео став да је између подносиоца и његове кћери успостављен породични живот, с обзиром на то да су, мада веома кратко, живели заједно и да су након смрти мајке, одржавали личне односе. Због тога је наредни задатак суда био да утврди да ли је мешање домаће државе у породични живот подносиоца било у складу са законом и неопходно у демократском друштву, ради остварења легитимног циља. У том процесу, он је на првом месту закључио да је одбијање подносиоцевог захтева било законски утемељено. Подносилац представке је тврдио да то није случај, истичући да противљење мајке признању очинства није могло бити од утицаја након њене смрти. Међутим, овај његов аргумент је био неприхватљив, јер није воља мајке била разлог одбијања подносиоцевог захтева, већ процена да његово усвајање не би било у интересу детета. То је било довољно да ЕСЉП закључи и то да је циљ оваквог поступања домаће државе био оправдан. Он је најзад утврдио и чињеницу да је оно било неопходно у демократском друштву. Наиме, подносилац је посебно истицао чињеницу да је у интересу детета да има бар једног родитеља и да је његов захтев да му се омогући признање очинства због тога требало усвојити. Суд у Стразбуру је оценио да су

²² *Judgment* бр. 33711/96. Преузето 15.02.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186439>.

национални судови узели у разматрање како тај, тако и интерес девојчице да одраста у породици у којој се налазила након мајчине смрти, а којој су јој све потребе биле задовољене. Подносиоцу је замерено то што се претходно није старао о кћери нити је доказао да је у стању да то убудуће чини, на одговарајући начин. Суд је био става да ни промена презимена, која би неминовно уследила, не би била у интересу детета, јер ново презиме не би било ни на који начин повезано са породицом у којој је оно до тада одрастало. Поновио је и то да у сукобу интереса детета и родитеља мора превагнути овај први. Најзад је закључио да би усвајање подносиоцевог захтева пореметило постојећи породични живот његове кћери, те да, имајући у виду и то да му је омогућено одржавање личних односа с њом, у конкретном случају нису повређена права из чл. 8 ЕК. Поред оваквих, ЕСЉП је доносио и одлуке из којих произлази да у извесним случајевима заштиту могу уживати чак и потенцијални односи између детета и родитеља, нарочито уколико породични живот није успостављен због околности које се не могу приписати у кривицу титулару права - подносиоцу представке. Имамо у виду пресуду донету у предмету *A.B.V. v. Russia*²³. Овај предмет је доспео пред ЕСЉП на основу представке ванбрачног оца, који је претходно пред руским судом успео да исходује пресуду којом се утврђује његово очинство и право на редовно виђање његове кћери. Међутим, услед одбијања његове бивше партнерке да се повинује овој пресуди и због пасивног држања надлежних служби, подносилац није успевао да одржава редовне односе са својим дететом. Иначе, до распада ванбрачне заједнице је дошло мало пре дететовог рођења, али су подносилац и његова бивша партнерка сарађивали у вези са виђањем детета, све док она напрасно није одлучила да се ти контакти прекину. Како је подносилац одмах покренуо поступак за утврђивање очинства и уложио труд да редовно виђа своју кћер, ЕСЉП је закључио да је очигледно да му је повређено право на породични живот пропуштањем домаће државе да предузме све неопходне мере за несметано одржавање породичних односа између њега и детета. Ова пресуда ЕСЉП је нарочито значајна због израженог схватања овог суда да породичним животом могу бити обухваћени и односи који би се могли развити између биолошког родитеља и детета зачетог у ванбрачној заједници. Да би то био случај, неопходно је да буду испуњени одређени услови, који се

²³ *Judgment* бр. 56987/15. Преузето 15.02.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186439>.

тичу природе односа између ванбрачних партнера и посвећености родитеља (који се јавља у улози подносиоца представке) детету пре и након његовог рођења.

Међу одлукама ЕСЉП којима ћемо се бавити у овом делу рада, посебно је значајна група оних у којима је, између осталог, истакнуто да се члановима породице могу сматрати и бабе и деде, односно унуци, тј. да и бабе и деде уживају заштиту прописану одредбама из чл. 8 ЕК, уколико су између њих и детета успостављене довољно јаке везе.²⁴ Посебно је значајно то што се у овом контексту не сматра пресудним заједнички живот, већ узјамна блискост заснована на честим контактима. Ипак, очигледан је став суда да је положај бабе и деде, као титулара права на поштовање породичног живота, нужно другачији од положаја родитеља и да се превасходно односи на право на одржавање личних односа са дететом – унуком. То заправо значи да су домаће државе дужне да овим субјектима обезбеде онај ниво породичних односа који је уобичајен за бабе и деде и њихове унуке. У том смислу, уобичајено је да се лични контакти између ових лица одвијају уз сагласност родитеља, а о праву баба и деда да се старају о својим унуцима

²⁴ У српском породичном законодавству, овај однос је регулисан као право детета да одржава личне односе не само са родитељем са којим не живи, већ и са сродницима и другим лицима са којима га веже посебна блискост, ако ово право није ограничено судском одлуком (Вид. чл. 61 ПЗ). Размотривши одговарајуће одредбе ПЗ, Поњавић (2015:538) закључује да овлашћења баба и деда у односу на њихове унуке долазе до изражаја у још неколико сложених животних ситуација. Тако ова лица, уз сагласност органа старатељства, као стартељи детета над којим мајка, из неког разлога, не врши родитељско право, могу покренути поступак за утврђивање ванбрачног очинства. Бабе и деде такође спадају у круг лица која имају правни интерес да покрену поступак за поништај изјаве о признању очинства. Цитирани аутор има бројне замерке у односу на позитивноправни приступ породичним правима бабе и деде према унуцима. Он, наиме, оправдано примећује да је право на одржавање личних односа између ових лица прописано искључиво као право детета, што не одговара редовним животним околностима. Наиме, не постоји ни теоретска могућност да дете ово право оствари, уколико се његови баба и деда томеprotиве. Уколико, пак, родитељи немају позитиван став о овом питању, будући да су они дететови законски заступници, судска заштита овог дечијег права је повезана са огромним практичним потешкоћама. Могућност постављања колизијског старатеља детету чији су интереси у супротности са интересима његовог законског заступника у пракси се недовољно користи. У том смислу, пожељна би била законодавна измена у правцу признавања посебних, ширих овлашћења баба и деда у сфери одржавања личних односа са унуцима. Такво решење сматрамо правичним и због чињенице да је њихов положај већ другачији од позиције других сродника у домену издржавања. Наиме, малолетно дете има право на издржавање од ових лица, уколико родитељи нису живи или немају довољно средстава за ову намену (Вид. чл. 154 ст. 2 ПЗ). Треба напоменути и то да се решење из Преднацрта, ипак, разликује од оног из Породичног закона. Иако ни у овом тексту бабе и деде нису изричито препознате као лица са посебном улогом у животу детета, право на одржавање личних односа је гарантовано не само детету, већ и сродницима и другим лицима која су са дететом развила односе посебне блискости, мада под условом да је то у најбољем интересу детета. У упоредном праву већ има примера да је право на одржавање блиских односа између детета и лица различитих од родитеља гарантовано не само као његово, већ и као право тих лица. Такав је случај са црногорским Породичним законом, којим је прописано да лица са којима дете узима посебна блискост, међу која су одмах након браће и сестара сврстане и бабе и деде, имају право да са дететом одржавају личне односе. Уколико се о томе не може постићи споразум са родитељима (и дететом, ако је способно да схвати његов значај), оно ће бити решено уз помоћ посредника или посредством суда (Вид. чл. 636 ст. 2, 3, 5 и 6 ПЗ ЦГ).

може се говорити када су потоњи остали без родитељског старања, због чега мора бити донета одлука да се она повере другим лицима. Тако је још у предмету *Marckx v. Belgium*²⁵ ЕСЉП јасно изразио став да су породичном животом обухваћени бар најближи дететови сродници, попут баба и деда, јер они могу имати веома важну улогу у његовом животу. У конкретном случају, закључак суда је био да је учињена повреда из чл. 8 ЕК тиме што је онемогућено успостављање породичних веза између детета и његове бабе и тетке по мајци, што је, у то време, била законска последица чињенице да је оно рођено изван брака. У новијој одлуци истог суда, у предмету *Mitovi v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*²⁶, наводи се да бабе и деде имају право на редовне контакте неопходне за успостављање нормалних, уобичајених односа са њиховим унуцима. Овај предмет је особен управо због тога што су се ЕСЉП, поред оца, обратили и баба и деда по оцу, који су на то били приморани одбијањем мајке да омогући несметане контакте између детета и ових лица. Позитиван исход представке у односу на оца је био очекиван, с обзиром на много пута потврђен значај родитељско – дечијег односа и чињеницу да је он након развода брака са мајком своје кћери предузео све неопходне мере како би је редовно виђао. Пресуда домаћег суда којом је утврђен начин остваривања његових права као родитеља с којим дете не живи није могла да буде спроведена искључиво због негативног става мајке, али и недовољног ангажовања надлежних тела, због чега је ЕСЉП констатовао повреду права из чл. 8 ЕК. Међутим, још је значајније то што је ЕСЉП, уважавајући део представке који се односио на остале подносиоце – бабу и деду, закључио да и ова лица имају право на успостављање блиских породичних веза са дететом – унуком, а које је у конкретном случају било повређено пропуштањем домаће државе. У предмету *Angela and Rodney Price v. the United Kingdom*²⁷ ЕСЉП је најпре утврдио да постоји породични живот између подносилаца представке и њиховог унука, с обзиром на то да су они у континуитету испољавали бригу у односу на њега и његове родитеље и редовно одржавали личне односе с њим, све док старање о њему нису преузеле одговарајуће службе. Дете је, иначе, изоловано из своје средине због трагова насиља поводом којих

²⁵ *Judgment* бр. 6833/74. Преузето 15.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-57534%22>}.

²⁶ *Judgment* бр. 53565/13. Преузето 15.02.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-153812&filename=001-153812.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.

²⁷ *Judgment* бр. 12402/86. Преузето 15.02.2018. <http://echr.ketse.com/doc/12402.86-en-19880309/>.

његови родитељи нису имали одговарајуће објашњење. За време док је, услед задобијених повреда, боравио у болници, подносиоци су свог унука редовно посећивали. Настојали су да то чине и за време његовог боравка код хранитеља, а најзад су поднели и захтев да они буду одређени за његове старатеље. Помоћ суда у Стразбуру су затражили управо због одбијања тог захтева, односно ускраћивања могућности да проводе викенде са својим унуком. У том контексту је од стране ЕСЈП истакнуто да заједнички живот јесте битна, али не и нужна претпоставка конвенцијске заштите породичних односа. Када су питању бабе и деде, суд је објаснио да њихов приступ унуцима углавном зависи од воље родитеља. Ипак, како је даље наведено, може бити речи о неоправданом мешању у ове односе (од стране родитеља или носилаца јавне власти), уколико су онемогућени контакти неопходни за нормалан развој детета. Међутим, у конкретном случају, суд је закључио да је мешање државе у породичне односе било законито, сразмерно и неопходно, имајући у виду да је предузето с циљем заштите психофизичког интегритета детета. Истог става суд је био и у предмету *L. v. Finland*²⁸, с тим што је у том случају, поред постојања сумње да је над девојчицама од стране деде по оцу извршено сексуално насиље или да ће до тога доћи у будућности, од великог утицаја била њихова недвосмислено изражена жеља да ово лице не виђају. Треба, ипак, нагласити да је, без обзира на конкретне околности и њихов исход, суд и у овом предмету, цитирајући опште принципе у овој сфери конвенцијске заштите, истакао да и однос између баба и деда и унука представља основни сегмент права на породични живот. Указујемо, најзад, на веома интересантну одлуку донету у предмету *Khusnutdinov and X v. Russia*²⁹. У овом случају се у улози подносиоца представке нашао отац, који се обратио европском суду због тога што надлежни судови у Русији нису услишили његов захтев да се о тринаестогодишњој кћери стара он, а не његови бивши таст и ташта. Околности су биле такве да се након смрти супруге подносилац договорио са њеним родитељима да се они привремено старају о његовој кћери, а њиховој унуци, док он обави неопходне формалности у вези са смрћу њене мајке. Ипак, овај договор није реализован, а због одбијања бабе и деде да девојчицу, на његов захтев, предају оцу, он је био принуђен да покрене судски поступак. Ипак, национални суд није пресудио у његову корист, ценећи следеће околности: да се девојчица одлично уклопила у средину у којој је

²⁸ *Judgment* бр. 25651/94. Преузето 15.02.2018. <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5a4caaf94.html>.

²⁹ *Judgment* бр. 76598/12. Преузето 16.02.2018. <https://laweuro.com/?p=2855>.

тада живела, да су јој одговарали услови које су јој обезбедили баба и деда по мајци, да ју је отац посетио само једанпут од када је она почела да живи с њима, да је одуговлачио с покретањем одговарајућег поступка и, најзад, да је девојчица изричито изразила своју жељу да настави да живи са бабом и дедом. Суд у Стразбуру је уважио ове околности и закључио да је домаћи суд поступио у најбољем интересу детета и да подносиоцу из тог разлога није повређено право на поштовање породичног живота.

Поимање породице у пракси ЕСЉП дошло је до изражаја и у неколико предмета у којима је одлучивано о праву других дететових сродника на успостављање, односно одржавање одговарајућих породичних односа између њих и детета. У прилог томе да заштиту из чл. 8 ЕК уживају и односи између браће и сестара, сведочи, између осталих, пресуда ЕСЉП донета у предмету *Moustaquim v. Belgium*³⁰. Суд је закључио да је актом депортације подносиоца представке повређено његово право на поштовање породичног живота, који је већ био створен у Белгији, а обухватао је не само одговарајуће односе са родитељима, већ и са седморо браће и сестара. У предмету *Mustafa and Armağan Akin v. Turkey*³¹ још је боље објашњено да породичне везе између браће и сестара не могу бити олако прекинуте. У конкретном случају, управо је то била последица развода брака између подносиоца представке и његове бивше супруге – мајке другог подносиоца. Наиме, други подносилац је поверен мајци, а његова сестра оцу – првом подносиоцу. Виђање деце са родитељем са којим не живе уређено је тако што је предвиђена њихова размена од првог до петнаестог фебруара и јула сваке године, као и на период од четири дана за време два верска празника. Тиме је првом подносиоцу онемогућено да редово одржава личне контакте са својом ћерком и да истовремено проводи време са оба детета, као што је другом подносиоцу ускраћена могућност да виђа своју сестру. Први подносилац је у своје и у име другог подносиоца захтевао пред националним судовима измену модела виђења, предлажући да оба детета наизменично проводе викенде код мајке, односно оца, али је такав захтев одбијен. Разматрајући поднету представку, ЕСЉП је поновио да је у оваквим случајевима његов задатак да утврди да ли су домаћи судови ценили најбољи интерес детета, да ли су прикупили довољно доказа за доношење одговарајуће одлуке и да ли су уважили мишљење детета. Закључио је, ипак, да у овом случају домаћи судови нису на

³⁰ *Judgment* бр. 12313/86. Преузето 16.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/?i=001-57652>.

³¹ *Judgment* бр. 4694/03. Преузето 16.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/?i=001-97957>.

одговарајући начин користили своја овлашћења. Као што је у представци истакнуто, то је за последицу имало ремећење породичних односа између подносилаца и њихове ћерке, односно сестре. Национални суд није прихватио њихов захтев за измену модела виђања, сматрајући да би то довело до нарушавања психичког развоја девојчице. Европски суд није уважио ово образложење, јер је сматрао да је нејасно како би редовни контакти с братом нарушили развој његове сестре и негативно утицали на њену дисциплину, нарочито имајући у виду и ту чињеницу да су они све време живели у непосредној близини. С обзиром на то да домаћи суд није покушавао да нађе друго решење за спорну ситуацију нити је своју одлуку засновао на мишљењу деце или на налазима стручњака, пренебрегавши чињеницу да је раздвојеност неповољно утицала на њихово психичко стање, установљено је да је нарушен њихов породични живот и да је поднета представка основана. Предмет *Jucius and Juciuvienė v. Lithuania*³² јесте један од најзанимљивијих из ове групе, услед испреплетаности интереса детета и већег броја његових сродника. Пресудом којом је он окончан је утврђена повреда права из чл. 8 ЕК, коју су подносиоци представке претпрели тако што им је ускраћено право старања о сестричинама, које су остале без родитеља. Наиме, према околностима случаја, након смрти родитеља, девојчице су боравиле код подносилаца представке, који су изражавали жељу да се трајно старају о њима. Међутим, исту намеру су имали и њихови баба и деда по оцу, због чега су поднели и захтев за усвојење. Подносиоци су истакли противтужбени захтев исте садржине. Првостепени, али и другостепени суд су предност дали баби и деди, да би Врховни суд укинуо ове одлуке. Након тога, првостепени суд је делимично усвојио тужбени захтев, па је једна девојчица усвојена од стране бабе и деде, а друга од стране подносилаца. Странкама је додатно наложено да не ометају одржавање личних односа између девојчица и оних сродника са којима оне неће живети. Другостепени суд је ову одлуку укинуо с образложењем да у овом случају није било нужно усвојење и да је требало одлучити о трајном старању над девојчицама. Првостепени суд је поступио по том налогу, да би девојчице потом поверио баби и деди, образлажући такву одлуку њиховим бољим економским стањем и ближим степеном сродства у односу на подносиоце. Занемарена је, притом, јасно изражена воља једне од девојчица да живи са подносиоцима. Управо је њено одбијање да се, по правноснажности пресуде, пресели код

³² *Judgment* бр. 14414/03. Преузето 16.02.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188362>.

бабе и деде био повод за понављање поступка на иницијативу државног тужиоца. У поновном поступку, суд је нарочиту пажњу посветио вољи девојчица, па је једна поверена баби и деди, а друга подносиоцима. Одлучујући о жалби бабе и деде, апелациони суд је потврдио ову одлуку, истичући да је првостепени суд потпуно оправдано у први план ставио различите потребе девојчица, уместо тежње да се оне не раздвајају. Наглашено је да није одступљено ни од правила да се деца поверавају на старање крвним сродницима, с тим што је у конкретном случају од доминантног значаја била блискост девојчица с њиховим будућим старатељима. Врховни суд, који је у границама домаће државе последњи одлучивао у овој правној ствари, потврдио је претходне две одлуке, с тим што је указао на обавезу државе да, упркос очигледном сукобу између старатељских породица, омогући да девојчице међусобно комуницирају. Суд у Стразбуру је у потпуности прихватио ову аргументацију, због чега је утврдио да је у првој фази, у којој су обе девојчице поверене баби и деди, повређено право подносилаца представке на поштовање њиховог породичног живота. Премет *Lazoriva v. Ukraine*³³ је значајан и због тога што је поводом њега суд начинио својеврсно разграничење између приватног и породичног живота, у домену чл. 8 ЕК. Наиме, подносиатељка се представком обратила суду због тога што јој домаћи органи нису омогућили да постане старатељ свом сестрићу, који је у међувремену усвојен. Суд је пошао од тога да ова лица нису живела заједно и да су се само једно сусрела, па је закључио да у конкретном случају између њих није успостављен породични живот. Међутим, наведено је да право подносиатељке да одржава и развија односе са својим сестрићем спада у шири појам права на приватни живот. С обзиром на то да домаћи органи нису узели у обзир намеру подносиатељке да постане старатељ свом сестрићу нити су, одлучујући о његовом усвојењу, оценили зашто је такав вид збрињавања, ипак, боље решење за њега, суд је закључио да је у конкретном случају повређено право на поштовање приватног живота из чл. 8 ЕК. Дилему у погледу могућности постојања породичног живота између детета и других његових сродника у предмету *Boyle v. the United Kingdom*³⁴ отклонила је тадашња Европска комисија за људска права. Подносилац представке је покренуо поступак пред овим телом због тога што су му надлежне домаће службе и судови ускратили могућност одржавања личних

³³ *Judgment* бр. 6878/14. Преузето 16.02.2018. <https://laweuro.com/?p=8101>.

³⁴ *Decision* бр. 16580/90. Преузето 16.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/ENG?i=001-1755>.

односа са сестрићем са којим је претходно успоставио јаке емотивне везе. Над овим дечаком је био покренут поступак заснивања усвојења, због сумње да је био сексуално злостављан од стране његове мајке. Како је подносилац пред надлежним органима тврдио да су ове сумње неосноване, њихов став је био да и њему треба ускратити контакт с дететом. Након ступања на снагу закона који се тичао дечије заштите, поступак усвојења је обустављен, а подносилац и представници Велике Британије су обавестили ЕСЉП да је постигнуто поравнање, по основу кога је подносиоцу морала да буде исплаћена значајна сума новца, а било је и наговештаја о поновном успостављању личних односа са његовим сестрићем. Међутим, треба имати у виду да је Европска комисија за људска права, у складу са овлашћењима која је имала пре реорганизације ЕСЉП из 1998. године, већ била донела позитивну одлуку о прихватљивости и основаности представке, у смислу чл. 8 ЕК.

Схватање породице у досадашњој пракси ЕСЉП не може бити до краја размотрено без посвећивања одговарајуће пажње праву на поштовање породичног и приватног живота хомосексуалних и транссексуалних особа. Када су се ова лица јављала као титулари права, односно подносиоци представки, ЕСЉП је са нарочитом пажњом разматрао опсег чл. 8 ЕК. Наводимо најпре као пример одлуку донету у предмету *Hämäläinen v. Finland*³⁵, у којој је суд закључио да није повређено подносиоцино право на поштовање породичног живота, тиме што јој је онемогућено да промени своје идентификационе податке након операције промене пола. Наиме, подносиоцица је желела да њен лични број буде усаглашен са новонасталом околношћу. Међутим, таква промена је изискивала сагласност њене супруге, која није постојала, упркос заједничкој намери да се брак одржи. Према финском породичном законодавству, брак су могла да закључе само лица различитих полова, док су особе истог пола могле да заснују регистровано партнерство. Подносиоцица је поднету представку образлагала тиме да су њена људска права повређена управо због чињенице да је до жељене промене њеног личног броја могло да дође само уколико би се њен брак преобликовао у регистровану заједницу, чему се противила њена партнерка. Суд је, ипак, утврдио да у конкретном случају нема повреде права нормираног одредбама из чл. 8 ЕК, с обзиром на то да у конкретним околностима регистровано партнерство не би подразумевало нижи степен нити мањи обим права од

³⁵ *Judgment* бр. 37359/09. Преузето 16.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-145768>.

оних које уживају супружници. Треба истаћи да је за ЕСЉП од посебног значаја било то што се прерастање брачне у регистровану заједницу не би одразило на постојећи породични статус подносиољкине кћери. Предмет *X and others v. Austria*³⁶ је значајан због тога што је, без обзира на исход поступка, суд у њему установио да породични живот може постојати између двеју особа истог пола и детета једне од њих, уколико је реч о стабилној заједници. Наиме, подносиољка се обратила суду у Стразбуру, истичући да је дискриминисана тиме што јој, за разлику од хетеросексуалних парнера, није омогућено да усвоји дете своје партнерке. У дотадашњој судској пракси је већ био заузет став да државе морају бити посебно обазриве када доносе одлуке у вези са нечијим сексуалним опредељењем. У конкретном случају, суд је указао на правила аустријског права, према којима је усвојење од стране два лица могуће једино када је реч о супружницима. Штавише, према изричитом правилу, ако су лица у браку, усвојење од стране једног супружника је могуће само ако се усваја дете другог партнера. Како подносиољка није била у браку са мајком детета које је намеравала да усвоји, суд је, најзад, констатовао да јој није повређено право из чл. 14 у вези са чл. 8 ЕК. Од значаја је и пресуда донета у предмету *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*³⁷. Подносиољак представке се обратио ЕСЉП тврдећи да је дискриминисан по основу свог сексуалног опредељења и да му је на тај начин повређено право на поштовање његовог породичног живота. Наиме, након развода брака, подносиољак се споразумео са својом бившом супругом да она врши родитељско право над њиховом ћерком. У међувремену, он је засновао заједницу са мушкарцем, а са својом ћерком није могао да одржава редовне контакте, јер његова бивша супруга није поштовала њихов договор. Он је због тога покренуо одговарајући судски поступак, па је након извођења доказа, међу којима су посебан значај имали извештаји психолога, првостепени суд усвојио његов захтев и старање над његовом малолетном ћерком поверио управо њему. Међутим, другостепени суд је преиначио ову одлуку и пресудио у корист мајке, позивајући се на сексуално опредељење подносиољца и на општи став да је за дете боље да одраста са мајком. Европски суд је установио да је представка основана и да су

³⁶ *Judgment* бр. 19010/07. Преузето 17.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116735>.

³⁷ *Judgment* бр. 33290/96. Преузето 17.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404>.

подносиоцу повређена права на која се позвао, тиме што је одлука домаћег суда била заснована искључиво на чињеници заснивања заједнице живота са особом истог пола.

Уколико се осврнемо на приказане одлуке ЕСЉП, можемо закључити да у савременом друштву и породичном праву има много простора за нове, најразличитије форме породичног живота. Како се у литератури истиче, неке од њих су оригинарне, док друге настају распадом оних традиционалнијих (Новаковић, 2015: 36). Због тога појмовно одређење породице не може бити статично, а оно за које смо се ми претходно определили засновано је на постојећим друштвеним и правним достигнућима. У сваком случају, не треба губити из вида да је управо рођење детета или заснивање родитељства на неки од законом прописаних начина, нужни елемент за постојање породице.³⁸ Имајући у виду колико су њене функције бројне и значајне, јасно је колико је важно да начини заснивања односа родитеља и детета буду јасно дефинисани и уравнотежени.

2. Правни однос између родитеља и детета – појам и значај

Примена највећег броја норми којима је уређен положај детета зависи од његовог породичног статуса. Дететом се, притом, сматра свако људско биће које није навршило осамнаест година живота, уколико се, по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније.³⁹ Природа одређених права, попут права на живот, које дете стиче самим рођењем⁴⁰, утиче на то да се она остварују непосредно, на исти начин као да су њихови титулари пунолетна лица. Међутим, управо због рањивости њиховог узраста, највећи број дечијих права је обрнуто пропорционалан обавезама, пре свега, родитеља, а онда и трећих

³⁸ Цвејић Јанчић (2010:78) поставља питање да ли породица треба да обухвата и брачне или ванбрачне партнере који немају децу, а потом даје одричан одговор, исправно примењујући да је у овом случају реч о браку, односно ванбрачној заједници, а не о породици. То, наравно, не значи да су ова лица у неповољнијем положају, јер и су и њихова узајамна права и обавезе јасно прописани. С друге стране, закључењем брака или заснивањем ванбрачне заједнице не престају дотадашње породичне везе засноване на крвном сродству, а истовремено настају нове засноване на тазбинском сродству.

³⁹ Вид. чл. 1 КПД. Треба имати у виду и шире значење овог термина, које у већој мери долази до изражаја у свакодневном животу него у праву, а обухвата родитељско – дечији однос као трајни породични однос, независан од старосног доба његових субјеката. Иначе, Ariès (1988:163) наводи да је, судећи по представи детета као одраслог човека у средњовековној уметности, концепт детињства близак данашњем зачет тек у 13. веку.

⁴⁰ Вид. чл. 6 ст. 2 КПД.

лица.⁴¹ Због тога је важно да се у сваком конкретном случају, уколико је то објективно могуће, утврди ко су дететови родитељи – мајка и отац. Родитељство, као збирни појам породичног права, подразумева баш ту, на прописани начин утврђену везу између детета и лица која се по одређеним законским правилима сматрају његовим родитељима. Да би постојала родитељска права и одговорност, пуко постојање биолошке или правне везе између одређених лица није довољно, већ је неопходно да она буде потврђена на прописани начин. Другим речима, у сваком конкретном случају, основни елементи породичног статуса детета, а то су материнство и очинство, морају бити утврђени од стране надлежног органа, у прописаном поступку.

У савременом праву, однос детета и родитеља може бити заснован природним путем, применом неког од метода медицински потпомогнутог оплођења и правним путем – усвојењем (Галић, 2014: 115). Свака од ових чињеница мора стећи правни значај актом уписивања у матичну књигу рођених, који, стога, има конститутивно дејство. У овај јавни регистар се уписују рођење детета, подаци о родитељима, материнству и очинству утврђеном или оспореном судском одлуком, усвојење и престанак усвојења.⁴² Одредбама ЗОМ је прописано да се рођење детета пријављује надлежном матичару, ради уписа у матичну књигу рођених.⁴³ Порођај се редовно одвија у болничким условима, па је логична обавеза здравствене установе у којој је дете рођено да пријави чињеницу његовог рођења.⁴⁴ Ако је до рођења детета дошло под другачијим околностима, пријаву морају поднети, и то у року од петнаест дана⁴⁵, отац или други члан домаћинства, лице у чијем стану је дете рођено, мајка, када постане здравствено способна да то учини, лекар или бабица који су присуствовали порођају. С обзиром на значај уношења овог податка у матичну књигу рођених, ако побројаних лица у конкретном случају нема или из неког разлога нису у могућности да изврше ову своју дужност, дејствује општа законска обавеза лица које је сазнало за рођење детета да то и пријави.⁴⁶ Образац пријаве рођења детета у

⁴¹ У теорији се за групу дечијих права која се остварују посредством родитеља и трећих лица користи израз *права прве генерације*, а за категорију оних која се врше непосредно (тзв. личне слободе) синтаagma *права друге генерације* (Вид. Палачковић, 2006: 27).

⁴² Вид. чл. 45 Закона о матичним књигама, *Сл. гласник РС*, 20/2009 и 145/2014. У даљем тексту: ЗОМ.

⁴³ Вид. чл. 46 ЗОМ. Реч је о једном од посебних управних поступака.

⁴⁴ Конвенцијом о правима детета је прописано: „Дете ће бити регистровано одмах након рођења“ (Вид. чл. 7 КПД).

⁴⁵ Ако је дете мртво рођено, рок је краћи и износи свега двадесет четири часа (Вид. чл. 48 ЗОМ).

⁴⁶ Вид. чл. 47 ЗОМ.

здравственој установи је прописан Правилником о поступку издавања пријаве рођења детета и обрасцу пријаве рођења детета у здравственој установи.⁴⁷

У савременој правној теорији долазе до изражаја схватања о породичном статусу детета заснована на идеји да родитељска права и обавезе могу вршити и друга или још нека лица, осим мајке и оце. Таквим уверењем су прожети и Принципи европског породичног права⁴⁸. Иако су њихови творци пошли од претпоставке да се о детету старају

⁴⁷ Сл. гласник РС, 25/11, 9/16, 16/16, 36/16. Овај образац је означен као ПРИЛОГ 1.

⁴⁸ *Principles of European family law*, у даљем тексту: Принципи (Преузето 20.02.2018. <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>). Сачињени су под окриљем Европске комисије за породично право, од стране двадесет осам стручњака из двадесет две европске земље, с циљем постепеног уједначавања породичног права на тлу Европе, путем формулисања правила која могу послужити као пример приликом реформе појединих националних права. Коначни циљ овог академског подухвата, као и њему сличних, јесте стварање наднационалног европског породичног права. Принципи који се односе на родитељско право (Трећи део) објављени су 2007. године. Претходно су 2004. године објављени они посвећени разводу брака и издржавању између супружника (Први и Други део), а 2013. године објављен је и Четврти део, у коме су предложена правила о брачној имовини (Вид. Boele-Woelki, 2005: 163-164, преузето 20.02.2018. <https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.13/galley/13/download/>, Boele-Woelki, Martiny, 2007: 125-126, преузето 20.02.2018. <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-007-0011-x>). Иначе, на територији Европске уније нема директних надлежности у питањима породичног права, с изузетком одредаба које се односе на слободу кретања, јер оне, у одређеној мери захтевају појмовно одређивање породице (Вид. Јанићијевић, 2014: 390). Уопштено посматрано, питање имиграције у контексту заштите породичног живота је изузетно сложено и остезљиво, што показује и богата пракса ЕСЉП. Наводимо као пример предмет *Guliyev and Sheina v. Russia (Judgment бр. 29790/14*. Преузето 20.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-6061466-7799394&filename=Judgments%20of%2017.04.18.pdf>). Према околностима овог случаја, подносиоци представке су засновали породицу у Русији, дошавши из Азербејџана. Тамо су добили двоје деце и закључили брак по верским правилима. Подносилац је због незаконитог боравка у Русији по други пут кажњен и протеран из ове земље, а претила му је и забрана поновног уласка у њу, у трајању од пет година. У том периоду подносиатеља – његова супруга је била у другом стању, због чега су обоје сматрали да мера изречена од стране домаћих органа претерано негативно утиче на њихов породични живот и да је, стога, сувише строга. Осим тога, њихово треће дете је рођено са срчаном маном, због чега је било на интензивној нези, а подносилац није могао да га посети, јер је његов захтев за укидање забране уласка у Русију одбијен. Разматрајући ове околности, ЕСЉП је најпре констатовоао да одредбе из чл. 8 ЕК не стварају општу обавезу државе да поштује избор супружника о њиховом брачном пребивалишту и да аутоматски одобри уједињење породице на својој територији. Даље је наведено да је омогућавање одређеним лицима да бораве на територији на којој живе њихови најближи рођаци условљено конкретним околностима и јавним интересом. На процену да ли је у конкретном случају актима домаће државе повређено право на породични живот имиграната утичу следећи чиниоци: тежина насталих последица, обим породичних веза насталих на територији домаће државе и постојање препрека због којих се породични живот не може наставити у земљи порекла. Мора се посебно ценити и јавни интерес, као и интерес деце, али и чињеница да ли су заинтересована лица, у време заснивања породице, била свесна нелегалног боравка неког од њих. Породични живот, притом, не мора почивати искључиво на браку, већ је од значаја и дужина заједничког живота и чињеница постојања потомства. У конкретном случају, суд је закључио да су домаћи органи имали у виду само чињеницу да су подносиоци регистровали брак, односно очинство, тек након доношења одлуке о протеривању. Међутим, они нису имали у виду дужину заједничког живота, чињеницу подносиатељкине трудноће и дужину забране поновног уласка у земљу за подносиоца. Осим тога, домаћи органи нису покушавали да утврде најбољи интерес деце нити постојање равнотеже између предузетих мера и постављеног циља. Због тога је суд утврдио да је подносиоцима повређено право на поштовање њиховог породичног живота. Видети и пресуде: *Zezev v. Russia*, (*Judgment бр. 47781/10*. Преузето 20.02.2018. <https://international.vlex.com/vid/zezev-v-russia-728347801>), *Boutif v. Switzerland (Judgment бр. 54273/00*.

два лица – мајка и отац, остављена је могућност да права и обавезе обухваћене родитељским правом у конкретном случају врше и друга лица. Тако је најпре наведено да осим родитеља родитељску одговорност могу имати и одређена трећа лица, уместо или паралелно с њима.⁴⁹ Затим је наглашено да се о детету старају његови *правни* родитељи⁵⁰, да би било поновљено да се родитељска одговорност, у целини или у једном делу, може приписати и трећем лицу.⁵¹ Примера ради, нови партнер једног родитеља може учествовати у доношењу одлука у вези са свакодневним темама из живота детета, осим уколико други родитељ има примедби.⁵² У литератури се, пак, може пронаћи мишљење о јасној разлици међу појмовима *биолошки родитељи* и *правни родитељи*. Истиче се и могућност радикалне промене схватања о родитељству у правцу признавања чињенице да дете може имати више од два родитеља (Ковачек Станић, Видић, Самарџић, 2017: 75). Као заступници супротног става сматрамо да је појмом родитељства обухваћена најпотпунија брига о добробити детета и највиши степен одговорности за његово благостање.⁵³ Због тога је природно и са аспекта правне сигурности пожељно да дете има само једну мајку, односно оца. Раздавајање биолошког и правног родитељства сматрамо беспредметним, јер у правном промету учествују лица са одређеним, правом признатим статусом. Породични статус детета произлази из чињенице прописане правном нормом, било да је то генетско порекло или нешто друго. Ствар је оцене законодавца која је чињеница неопходна и довољна за успостављање односа родитеља и детета. Уколико се права и обавезе родитеља посматрају као целина, њих могу вршити само она лица која се по закону сматрају мајком, односно оцем. С друге стране, очигледно је да су у савременом друштву односи између родитеља и детета све сложенији и да се неретко у њих укључују извесна

Преузето 20.02.2018. <https://www.servat.unibe.ch/dfir/em542730.html>), *Jeunesse v. the Netherlands* (Judgment бр. 12738/10. Преузето 20.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-147117>), *X v. Latvia* (Judgment бр. 27853/09. Преузето 20.02.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-9245&filename=002-9245.pdf&TID=thkbhnilzk>), *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Judgment бр. 41615/07. Преузето 20.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/FRE?i=001-99817>), *Şerife Yiğit v. Turkey* (Judgment бр. 3976/2005. Преузето 20.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-101579>).

⁴⁹ Вид. чл. 3:2 ст. 2 (б) Принципа.

⁵⁰ Инсистирање на атрибуту *правни* указује на тежњу да се појмом родитељства обухвате сва лица која на основу закона, макар и независно од биолошких чињеница, могу стећи овај статус.

⁵¹ Вид. чл. 3:8 Принципа.

⁵² Вид. чл. 3: 18 Принципа.

⁵³ Породичним законом је прописано да родитељи имају право и дужност да се старају о детету, а то подразумева: чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање, те управљање и располагање имовином детета (Вид. чл. 68 ст. 1 и 2 ПЗ).

трећа лица, тако да треба оставити простора да и она остваре одређену улогу блиску родитељској, наравно, с циљем заштите најбољег интереса детета. Ми и не искључујемо могућност да извесна трећа лица према детету имају одређена права и обавезе, у неком делу налик родитељским, али сматрамо да у том случају може бити речи само о њиховом специфичном, законом прецизно уређеном и од родитељског статуса јасно разграниченом правном положају.

3. Право на слободно родитељство

3.1. Појам и елементи права на слободно родитељство

Излагање о условима заснивања родитељско-дечијег односа је немогуће без осврта на право на слободно родитељство (право на планирање породице, право на слободно одлучивање о рађању деце). Оно се дефинише као право сваке жене и мушкарца да одлуче да ли ће, када и колико деце имати.⁵⁴ Када је у питању природно зачеће, потомство се остварује сагласношћу воља жене и мушкраца, без обзира да ли су у браку или не. Свако лице које испуњава биолошке критеријуме има право да добије дете природним путем. Уколико то није могуће, услед неплодности једног или оба партнера, а ниједна од других доступних медицинских метода није дала резултате, потомство може бити остварено биомедицинским путем. Како је реч о зачећу детета уз помоћ трећих лица, постоји већи степен друштвене заинтересованости у погледу услова под којима је оно могуће, па су они строго прописани.

У домаћем поретку, право на слободно родитељство, има ранг уставног права, будући да Устав Републике Србије⁵⁵ прописује да свако има право да слободно одлучи о рађању деце, а да држава треба да подстиче родитеље⁵⁶ у доношењу такве одлуке и да им

⁵⁴ Поњавић (1992:64) с правом истиче да ово право не подразумева позитивно или негативно поступање друге стране, већ искључује присилу у његовом остваривању. Када се, пак, право на слободно родитељство остварује вештачким путем, оно подразумева ангажовање трећих лица, пре свега лекара (Поњавић, 1992: 66).

⁵⁵ *Службени гласник РС*, 98/2006. У даљем тексту: Устав.

⁵⁶ Константиновић Вилић (2010:143) предлаже уставотворну измену тако да уместо *родитеља*, као титулари права на слободно родитељство буду означени *парови* и *појединци*, сматрајући да је постојеће решење неисправно, будући да се одређена лица могу називати родитељима тек по рођењу детета.

помаже.⁵⁷ Породичним законом је прописано да жена слободно одлучује о рађању.⁵⁸ Треба, ипак, имати у виду да је титулар права на слободно родитељство не само жена, него сваки појединац (Тако и Живојиновић, 2011: 696, Петрушић, 2010: 79). У одредби из чл. 2216 радне верзије будућег српског Грађанског законика, комплементарној претходно цитираном правилу из Породичног закона, видљива је наизглед незнатна, али, заправо, врло значајна измена, па је стипулисано да жена, *као и мушкарац* слободно одлучују о рађању деце. Предложена одредба је у већој мери у духу равноправности полова, а може се рећи и да више одговара реалности, јер брачни и ванбрачни партнери одлуку о рађању деце, по правилу, доносе заједно. Осим тога, као што постоји могућност да жена без партнера оствари потомство, исто би могло важити за мушкараца, мада на другачији начин, уколико буде усвојен предложени концепт сурогат материнства, о коме ће бити више речи у одговарајућем делу рада. У сваком случају, предложена измена не дира у искључиво право жене да доноси одлуке које се тичу њеног тела и здравља, па тако и ону о нерађању већ зачетог детета. У стручној литератури такође има прецизних предлога за промену постојећих норми којима је успостављено право на слободно родитељство. Тако се наводи да би, уместо раније изложене, одговарајућа уставна одредба могла да гласи: „Свака жена и мушкарац (у генеративном добу) имају право да слободно одлучују о рађању (Ковачек Станић et al, 2017: 64).“ Тиме би у већој мери била обухваћена и права мушкараца, попут оног на лечење неплодности и права која жена и мушкарац заједно остварају, као што је приступ биомедицинским поступцима оплодње (Ковачек Станић, 2013: 2, Ковачек Станић et al, 2017: 64).

Конструкцијом слободно родитељство, поред права на рађање, обухваћено је и право на нерађање, које мушкарац може вршити само уз сагласност жене (Јовић, 2006: 87).⁵⁹ Под правом на нерађање се подразумева могућност зачећа применом контрацептивних средстава, као и овлашћење за прекид трудноће, под прописаним условима (Константиновић Вилић, 2010: 144). У правнотехничком смислу посматрано,

⁵⁷ Вид. чл. 63 Устава.

⁵⁸ Вид. чл. 5 ст. 1 ПЗ. Панов (2013:178) се изразито критички односи према наведеној одредби, истичићу њену неусклађеност са претходно наведеном уставном нормом, која прописује општу заштиту, без разлике по основу пола.

⁵⁹ Петрушић (2010:79) наводи да право на рађање обухвата право на лечење неплодности, односно смањене плодности, право на зачеће природним путем, право на зачеће артифицијелним путем, право на рађање детета и др. Право на нерађање, по њеном мишљењу, обухвата права чијим се остваривањем трајно или привремено спречава зачеће или рођење нежељеног детета.

субјект права на нерађање може бити само жена-мајка, јер је прекид трудноће⁶⁰ могућ само на њен захтев. Мишљење оца детета о њеној трудноћи је правно невидљиво и може бити само од психолошког утицаја на њену одлуку о томе да ли ће дете родити или не.⁶¹ У сваком случају, правно дејство производи изјава воље мајке, док отац у том смислу не ужива било какву правну заштиту. Законом о поступку прекида трудноће у здравственим установама⁶² прописано је да је прекид трудноће могућ само на захтев трудне жене, односно када она да писану сагласност.⁶³ Уколико је млађа од шеснает година или лишена пословне способности, неопходна је сагласност њених родитеља или старатеља.⁶⁴ Ако су они одсутни или спречени, захтева се сагласност органа старатељства.⁶⁵ У домаћем праву постоје тзв. слободан и дозвољен абортус. За извршење првог је довољан захтев трудне жене, док је код другог, због постојања посебних околности, неопходно одобрење медицинских стручњака (Влашковић, 2011: 735, Константиновић Вилић, Петрушић, 2010: 101). Наиме, према одредбама ЗППТ извршење абортуса је редовно могуће до десете недеље трудноће, а касније само уколико лекари утврде да се на други начин не може спасити живот или отклонити тешко нарушавање здравља жене, када се на основу научно-медицинских сазнања може очекивати да ће се дете родити са тешким телесним или душевним недостацима или је до зачећа дошло извршењем тешких кривичних дела – силовања, обљубе над немоћним лицем, обљубе над малолетним лицем, обљубе злоупотребом положаја, родоскрвњења.⁶⁶ Лицу које уз пристанак трудне жене изврши или започне са вршењем абортуса или јој помогне у томе, противно прописима о условима прекида трудноће, може бити изречена казна затвора од три месеца до три године.

⁶⁰ Реч је о законској терминологији, док се у теорији и свакодневном говору за исти појам користи и израз *абортус*, који потиче од латинске речи *aboriri*, која значи пропасти, нестати. У овом раду ће подједнако бити коришћена оба термина, са значењем насилног, намерног прекида трудноће. Петрушић (2010:112) дефинише абортус као субјективно право којим жена остварује право на слободно родитељство, тј. као један од начина вршења права на нерађање.

⁶¹ Истраживања показују да се права оца у вези са опстанком фетуса сматрају једним од најмање битних чинилаца у процесу одлучивања жене о абортусу (Вид. Константиновић Вилић, Петрушић, 2010: 62).

⁶² *Сл. гласник РС*, 16/95 и 101/2005-др. Закон. У даљем тексту: ЗППТ.

⁶³ Вид. чл. 2 ст. 1 и чл. 9 ЗППТ.

⁶⁴ Вид. чл. 2 ст. 2 ЗППТ.

⁶⁵ Вид. чл. 2 ст. 3 ЗППТ.

⁶⁶ Вид. чл. 6 ЗППТ. Вид. и Константиновић Вилић, Петрушић, 2010:101-102. О захтеву за прекид трудноће старе до десет недеља одлучује лекар специјалиста, од десет до двадесет недеља конзилијум лекара, а преко двадесет недеља етички одбор здравствене установе. Етички одбор је тело које чине специјалисти гинекологије и акушерства, педијатрије, интерне медицине, неуропсихијатрије и дипломирани правник, који имају звање професора медицинског или правног факултета или степен доктора наука из ових области (Ковачек Станић, 2015: 487).

Уколико се оно тиме бави, може му бити изречена затворска казна од шест месеци до пет година, а уколико његове радње проузрокују тешко нарушавање здравља или друге тешке телесне повреде жене над којом су предузете, прети му изрицање казне затвора од две до дванаест година.⁶⁷ Обављање абортуса без пристанка трудне жене, односно без сагласности њеног законског заступника, уколико је млађа од шесанест година, подлеже кривичноправној одговорности, па ће затворском казном од једне до осам година бити кажњен свако ко на овај начин изврши абортус или започне са тиме. Казна од две до чак дванаест година затвора прети ономе ко притом изазове тешко нарушавање здравља или другу тешку телесну повреду те жене.⁶⁸

Питање прекида трудноћа није само правног, већ и етичког, социолошког, медицинског, психолошког, филозофског, религиозног карактера, а у његовој основи је сукоб између различитих, легитимних интереса. Оно је нераскидиво повезано са правом на живот, а с њим у вези, захтева одговор на сложено питање у ком моменту оно настаје.⁶⁹ Према једном становишту, углавном религиозно обојеном, човек, тј. право на живот настаје моментом оплођења. Према другом, оно је везано за одређени временски тренутак (примера ради, четрнаести дан од момента оплођења) или за развој одређених система органа (Вид. Самарџић, 2014: 367-369). У сваком случају, право на абортус, представља једно од најзначајнијих репродуктивних права и слобода. Имајући у виду да су бројни аспекти овог права подложни расправама и заузимању, често потпуно супротних ставова о њима, оно није уређено на исти начин у свим правним системима. Управо због расправа различитих стручњака и шире јавности о томе да ли и под којим условима оно треба да постоји, законодавства појединих земаља се могу оценити као изразито либерална, а друга као изузетно рестриктивна у том погледу. Наиме, у појединима од њих постоје широке могућности за обављање абортуса на захтев трудне жене, временски ограничене из медицинских разлога, док у другима абортус може бити обављен само услед специфичних здравствених или неких других околности. Домаће законодавство, очигледно, спада пре у прву, него у другу групу. Такав приступ и ми подржавамо, јер сматрамо да треба

⁶⁷ Вид. чл. 120 ст. 1, 2 и 4 Кривичног законика Републике Србије (*Сл. гласник РС*, 85/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019. У даљем тексту: КЗ.).

⁶⁸ Вид. чл. 120 ст. 3 и 4 КЗ.

⁶⁹ Тако поборници права на абортус (тзв. покрет „за избор“) заступају тезу да живот настаје чином рођења, док се њихови противници (тзв. покрет „за живот“) залажу за становиште да живот настаје моментом зачећа (Петрушић, 2010: 13).

поштовати телесни интегритет трудне жене и њену слободу избора у том смислу, а да друштвени интерес у виду заштите права на живот мајке и детета треба да дође до изражаја управо приликом прописивања одређених ограничења за извршење абортуса, инспирисаних, пре свега, медицинским сазнањима. С друге стране, због важности свих његових аспеката, од великог је значаја да услови под којима се ово право може остварити, како материјални тако и процесни, буду прецизно прописани. Заправо, мишљења смо да због својеврсне оптерећености појединаца и одређених интересних група етичким димензијама права на абортус, неоправдано изостају расправе медицинских и правних стручњака о условима под којима оно може или треба да буде остварено. Тиме не занемарујемо значај моралне компоненте овог права, али сматрамо да она не сме имати преовлађујући значај, већ да треба да буде усклађена са свим другим. Уместо начелних расправа о томе да ли абортус као једно од репродуктивних права, чији је титулар жена, треба да буде рапрострањен или не, пажњу треба усмерити на временску границу до које трудна жена може вршити ово право, затим правила поступка у коме овлашћена стручна лица могу одлучивати о прекиду трудноће, као и на рок за доношење такве одлуке, правила о правном леку, поступку и року за одлучивање о истом. Од посебног је значаја тежња ка обезбеђивању одговарајућих социјално-економских услова за остваривање родитељске улоге, али и улагање напора усмерених на стварање механизма за пружање неопходних информација и подршке појединцима и паровима у свим фазама процеса планирања породице. Једино тако може бити остварен општи друштвени интерес у виду рађања жељене деце, чији су родитељи способни да задовоље све потребе у вези са њиховим нормалним развојем.

3.2. Заштита права на слободно родитељство пред Европским судом за људска права

Имајући у виду постојећа бројна неслагања у теорији и пракси о појединим аспектима права на слободно родитељство, не изненађује чињеница да се и Европски суд за људска права, чији је утицај у савременом праву несумњив, бавио њиме. Један од очигледних примера његових ставова о праву на слободно родитељство представља

одлука донета у предмету *I.G. and others v. Slovakia*⁷⁰. Овај предмет је формиран поводом представке поднете од стране три словачке држављанке ромске националне припадности, које су подвргнуте поступку стерилизације приликом порођаја оперативним путем (тзв. царским резом) у здравственој установи. Након безуспешног обраћања надлежним органима домаће државе, оне су затражиле наднационалну заштиту због тога што о поменутој медицинској интервенцији, извршеној непосредно након порођаја, нису биле детаљно информисане нити су дале јасан и изричит пристанак за њено спровођење. У представци ЕСЉП су навеле и то да су у критичном периоду биле малолетне и да је због тога за обављање поменутог медицинског поступка била неопходна сагласност њихових родитеља као законских заступника, али да је и она изостала. Пре обраћања међународном суду, настојале су да, након утврђивања свих битних околности у вези са овим догађајима, издејствују правично обештећење у кривичном и парничном поступку пред домаћим судовима, али у томе нису успеле. Правни основ њихове представке поднете ЕСЉП почивао је на одредбама из чл. 3⁷¹, 8 и 12⁷² ЕК. Суд је закључио да је захтев подносиатељки оправдан и да су им повређена права из чл. 3 и чл. 8 ЕК, сматрајући да није неопходан посебан осврт на чл. 12 ЕК. Од нарочитог утицаја на одлуку суда било је то што здравствене установе у Словачкој, упркос таквој својој обавези, нису упознале подносиатељке са начинима заштите њиховог репродуктивног здравља, са својствима и последицама стерилизације, као ни са алтернативним методама контрацепције. Домаћој држави је стављено на терет и то што у релевантном периоду нису постојали прописи који би, у складу са међународним стандардима, прописивали обавезу изричитог и информисаног пристанка за спровођење процедура попут стерилизације. Отежавајућа околност је било то што је пракса приступања стерилизацији без одговарајућег пристанка пацијенткиње у то време постојала у Словачкој и што је представљала посебну опасност за оне које су припадале мањинским етничким групама, нарочито Ромкиње. Због ових недостатака у правном поретку, ЕСЉП је закључио да домаћа држава није испунила своју обавезу да одговарајућим прописима осигура права гарантована Европском конвенцијом,

⁷⁰ *Judgment* бр. 15966/04. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114514>.

⁷¹ Одредба из чл. 3 ЕК гласи: „Нико не сме бити подвргнут тортури, нечовечном или нехуманом поступању или казни“.

⁷² Одредба из чл. 12 ЕК гласи: „Мушкарац и жена одговарајућег узраста имају право да закључе брак и да формирају породицу, у складу са домаћим прописима којима је вршење овог права уређено“.

односно да обезбеди ефикасне правне инструменте за нарочиту заштиту репродуктивног здравља жена из поменуте мањинске групе.⁷³

На овом месту треба поменути и предмет *Csoma v. Romania*⁷⁴, у коме је поступак покренула румунска држављанка којој је у шеснаестој недељи прекинута трудноћа, због уочене абнормалности фетуса. Било је неколико разлога због којих је она, најпре пред домаћим, а онда и пред међународним судом, позивајући се на одредбе из чл. 8 ЕК, затражила одговарајућу заштиту. Најпре, компликације настале у току поменуте медицинске интервенције за последицу су имале стерилитет. Затим, иако није било потребе за нарочитом хитношћу, она је спроведена без одговарајућих провера и без прибављања информисаног пристанка. При таквим околностима, ЕСЉП је закључио да је очигледно да је представка основана и да је подносиоцима повређено право на приватни живот, нормирано у чл. 8 ЕК.

У образложењу одлуке којом је резултирао предмет *Nedescu v. Romania*⁷⁵, суд је прво поновио да су појмом *приватни живот* обухваћени бројни феномени, који не могу бити исцрпно наведени, а пре свега физички и психички интегритет једног лица, право на стварање и развој односа са другим особама, одређени видови социјалног идентитета, право на лични развој и на самоопредељење, право на поштовање одлуке о заснивању потомства. За нас је посебно значајно и то што је указано на раније одлуке у којима је изражен став да конвенцијску заштиту ужива одлука одређених лица да постану биолошки родитељи. У конкретном случају, подносиоци су се подвргли поступку биомедицински асистираних репродукција⁷⁶, с циљем добијања потомства генетски повезаног с њима. Поступак је успешно окончан и постали су родитељи. Четири ембриона су замрзнута, како би евентуално били употребљени у будућности. Међутим, након спроведене истраге клиника у којој је био похрањен њихов генетски материјал је изгубила дозволу, па је без њиховог пристанка и обавештења он одузет од стране надлежног

⁷³ Вид. и *V.C. v. Slovakia (Judgment бр. 18968/07)*. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-290&filename=002-290.pdf> и *N.B. v. Slovakia (Judgment бр. 29518/10)*. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-111427>.

⁷⁴ *Judgment*, бр. 8759/05. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/?i=001-115862>.

⁷⁵ *Judgment* бр. 70035/10. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-115099>.

⁷⁶ Овим поступцима ће бити посвећен одговарајући део рада, а на овом месту истичемо само то да они спадају у методе лечења неплодности, тј. да неплодним паровима омогућавају да уз помоћ медицине остваре потомство.

тужилаштва. Како су из процесних разлога били онемогућени да благовремено преузму своје ембрионе из установе у којој су се налазили, покушали су да понове читаву процедуру, али из здравствених разлога на страни подносиатељке, то није било могуће. Суд у Стразбуру је закључио да намера подносиоца представке да постану родитељи ужива заштиту не само по основу права на остваривање биолошког потомства, већ и по основу права на лични развој, кроз родитељску улогу. Што се тиче начина употребе ембриона, суд је закључио да такав избор спада у интимну сферу подносиоца.⁷⁷ С обзиром на то да одузимање, чување и ускраћивање ембриона подносиоцима није спроведено у складу са домаћим правом, суд је констатовао да им је повређено право на приватни живот из чл. 8 ЕК, па се није упуштао у то да ли су такви поступци били сразмерни и легитимни у односу на циљ који се желео постићи.⁷⁸

У предмету *Dickson v. The United Kingdom*⁷⁹, суд је такође одлучивао о праву на формирање породице, на које су се изричито позвали подносиоци представке, а чињенично стање на коме је почивао је било знатно другачије у односно на претходно анализоване предмете из ове групе. Подносиоце представке је на обраћање ЕСЉП нагнало одбијање домаћих органа да им одобре коришћење техника биомедицински потпомогнуте репродукције за време док је мушки партнер био на издржавању затворске казне због извршеног тешког кривичног дела против живота и тела. Заступник домаће државе је навео да су критеријуми којима су се руководили надлежни министар и други овлашћени домаћи субјекти били бројни. Они су утврђивали да ли је вештачка оплодња била једини начин за зачеће, да ли су оба партнера желела да тим пут путем постану родитељи и какво је било мишљење здравствене установе о томе. Процењивали су и да ли је период до тренутка напуштања пеналне установе од стране мушког партнера сувише кратак, што би захтев за приступ биомедицински потпомогнутој оплодњи чинило преурањеним или, пак,

⁷⁷ Суд је овом приликом истакао и веома значајну чињеницу да ембрион мора уживати одговарајућу заштиту, не нужно по основу гаранције права на живот, већ у оквиру заштите људског достојанства, самим тим што поседује капацитет да у одређеном тренутку постане људско биће. Видети и пресуду *VO v. France (Chamber judgment* бр. 53924/00. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1047783-1084371>).

⁷⁸ Видети и пресуду донету у предмету *Knecht v. Romania (Judgment* бр. 10048/10. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-113291>).

⁷⁹ *Judgment* бр. 44362/04. Преузето 05.03.2018.

<http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2018/05/Case-of-Dickson-v-the-United-Kingdom-United-Kingdom-2007.pdf>.

сувише дуг, због чега је било разумно претпоставити да подносилац неће моћи да преузме родитељску дужност благовремено. Затим се наметнуло питање да ли је однос подносилаца стабилан и трајан, тј. да ли је започео пре одласка намераваног оца на издржавање казне и да ли се могло претпоставити да ће бити настављен и по његовом пуштању на слободу. Требало је одговорити и на питање да ли би одобравање овог подухвата било у складу са оправданим интересима детета, са посебним освртом на време у току кога ће одрастати без једног родитеља и, најзад, да ли би усвајање овог захтева противречило јавном интересу. Аргумент домаће државе се састојао и у томе да у конкретном случају не може бити примењен члан 8 ЕК, с образложењем да породични живот не може постојати у условима (неужне) физичке одвојености подносиоца мушког пола и детета које би било зачето. Суд није прихватио ове наводе, истакавши да под окриље члана 8 ЕК свакако потпада право на стварање биолошког потомства. Затим се као спорно поставило питање да ли у конкретном случају треба утврђивати евентуалне негативне или позитивне обавезе домаће државе, тј. да ли у постојећим околностима може бити речи о повреди постојећег права на заснивање потомства или о пропуштању домаће државе да својим прописима то право гарантује. Опредељење суда је било да треба испитати да ли је домаћа држава испунила своје позитивне обавезе, иако то није уобичајено за предмете у којима се подносиоци позивају на одредбе из чл. 8 ЕК. Објашњено је да по основу ових одредаба, осим обавезе уздржавања од произвољног мешања у интимну сферу појединаца, могу настати и обавезе предузимања одређених мера неопходних ради остваривања права на поштовање приватног и породичног живота. У сваком случају, било да је реч о обавезама једне или друге врсте, неопходно је да постоји правична равнотежа између појединачних супротстављених интереса. Зато је у конкретном случају требало утврдити да ли су акти домаћих органа допринели правичној равнотежи између јавног и приватних интереса или су је нарушили. Подносиоци су инсистирали на томе да је вештачка оплодња представљала једину могућност да се они остваре као родитељи, имајући у виду старост једног и преостало време боравка у затвору другог партнера. Заступник британске владе је тврдио да је једна од неизбежних и неопходних последица издржавања затворске казне немогућност подизања деце. Изнео је и претпоставку да би омогућавање заснивања потомства осуђеницима за тешка кривична дела проузроковало неповерење у пенални систем. Изразио је и став домаће државе да

није у интересу детета нити друштва у целини да оно одраста без физичког присуства једног родитеља. Међутим, насупрот сваког од наведених аргумената, постојао је онај супротне садржине. Примера ради, домаћа држава није доказала да је подвргавање биомедицинској оплодни лица лишеног слободе скопчано са посебним сигурносним потешкоћама или да изискује нарочита финансијска средства. С друге стране, иако је брига о ставу јавности према правцима развоја пеналне политике оправдана, чињеница је да њен циљ није само кажњавање учинилаца кривичних дела, већ и њихова успешна ресоцијализација. Најзад, не може се прихватити тврдња да обавеза старања о добробити детета у потпуности искључује право лица која то желе, а налазе се у сличном положају као у овом случају, да покушају да заснују потомство. То се нарочито односи на партнера на слободи, који се може несметано старати о детету до пуштања на слободу осуђеног партнера. Право на родитељство је нарочито важно субјективно право, због чега је ЕСЉП и раније изразио став да је поље мешања државе у остваривање таквих права уже него у другим случајевима. Сагледавши све чињенице, ЕСЉП је најзад закључио да је поднета представка основана, јер представници националне државе нису доказали да је у конкретном случају процена њених органа била заснована на сразмерној бризи о свим легитимним интересима.

У свим поменутих предметима, подносиоци представки су њихово правно образложење заснивали и на одредбама из чл. 12 ЕК, којима се суд није подробније бавио, јер је претходно размотрио све важне околности у светлу, пре свега, одредаба из чл. 8 ЕК. Међутим, у пракси ЕСЉП има и оних предмета у којима је овај суд морао посебно да размотри и конвенцијске одредбе о праву на брак, у контексту права на слободно родитељство, изазван аргументом домаће државе да је једна од његових бројних функција управо стварање потомства. Наводимо као пример предмет *Schalk and Kopf v. Austria*⁸⁰. У овом случају, у улози подносилаца представке су се наша два партнера мушког пола, који су истицали да су им забраном закључења брака, прописаном аустријским правом, повређена права из чл. 12 и чл. 14⁸¹ (у вези са чл. 8) ЕК, тј. да су због своје сексуалне

⁸⁰ Judgment бр. 30141/04. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-99605>.

⁸¹ Одредба из чл. 14 ЕК гласи: „Уживање права и слобода гарантованих Конвенцијом мора бити обезбеђено тако да не буде дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, религија, политичко или друго мишљење, национално или друштвено порекло, припадност националним мањинама, имовно стање, рођење или било који други статус“.

оријентације дискриминисани. Указивали су на то да је институт брака претпео бројне промене и да у друштвеним условима у којима су они живели његове функције превазилазе рађање и подизање деце. На процену суда да у конкретном случају нису повређена права из чл. 12 и чл. 14 (у вези са чл. 8) ЕК није пресудно утицала идеја о браку као одговарајућем окружењу за подизање деце, будући да је претходно, у предмету *Christine Goodwin v. the United Kingdom*⁸², већ заузет став да немогућност стварања потомства не искључује аутоматски право на закључење брака. Чињеница је, међутим, да је европски суд закључио да установа брака има социјални и културолошки аспект, који се разликују у појединим друштвима, због чега су надлежни домаћи органи у бољем положају да процене и да одговоре захтевима друштва. У аустријском праву је схватање брака такво да се он сматра основом породичних односа и почива на правно уобличеној намери лица различитог пола да живе у нераскидивој заједници, да се међусобно подржавају, али и да подижу децу. Због тога је јасан утицај могућности за остваривање родитељске улоге на круг титулара права на закључење брака, што је увидео и уважио и суд у Стразбуру.

Осим претходне, треба имати у виду још неколико негативних одлука у којима је ЕСЉП, оценивши све околности, закључивао да предност треба дати неким другим принципима у односу на легитимну жељу подносилаца да стекну биолошко потомство или да заснују усвојење. Примера ради, у предмету *Evans v. the United Kingdom*⁸³, суд је одбио да пружи заштиту легитимном интересу подносиољке представке да се оствари као мајка, уз помоћ биомедицинки потпомогнуте оплодње. Наиме, за подносиољку је то био једини начин за стицање потомства, из здравствених разлога, али јој је та могућност ускраћена због повлачења сагласности њеног бившег партнера за употребу ембриона у чијем је стварању учествовао његов генетски материјал. У познатом предмету *S.H. and Others v. Austria*⁸⁴, суд је истакао да забрана хетерологне *in vitro* оплодње у аустријском праву није у супротности са правом подносиољке на поштовање њеног породичног

⁸² *Judgment* бр. 28957/95. Преузето 05.03.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=001-60596>.

⁸³ *Judgment*, бр. 6339/05. Преузето 06.03.2018. <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/evans-v-united-kingdom/>. О околностима овог предмета биће речи и у Трећем поглављу рада.

⁸⁴ *Judgment* бр. 57813/00. Преузето 06.03.2018.

[https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-309&filename=002-](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-309&filename=002-309.pdf&TID=thkbhnilzk)

[309.pdf&TID=thkbhnilzk](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-309&filename=002-309.pdf&TID=thkbhnilzk). Ова одлука ће бити предмет подробније анализе у Трећем поглављу рада.

живота, имајући у виду општи друштвени став о овом питању и доступност спорних техника у иностранству.

Суд у Стразбуру се бавио и оним видом права на слободно родитељство који се означава као право на нерађење, а заузео је општи став да оно спада у домен права на приватни живот, попут права на рађање и права на стицање биолошког потомства. Не изненађује чињеница да је у већини случајева о овом питању одлучивао по представкама држављанки оних земаља у којима је обављање абортуса, услед израженог верског утицаја, дозвољено само изузетно. У групу таквих земаља спадају и Република Ирска и Република Пољска, чија је заступљеност у предметима ове врсте доминантна. Наводимо најпре као пример одлуку ЕСЉП донету у предмету *A, B. and C v. Ireland*⁸⁵. Представку су поднеле три Иркиње, истичући повреду права из чл. 8 ЕК, проузроковану немогућношћу извршења абортуса у домаћој држави, у околностима у којима су се оне налазиле. Све три подносиоце су због тога биле принуђене да жељени прекид трудноће обаве у Великој Британији. Прва подносиоца је то учинила због свог лошег материјалног стања и породичних прилика, борбе са алкохолизмом и постпорођајном депресијом изазваном претходним порођајима. Друга подносиоца је навела да је желела да прекине непланирану трудноћу, да није могла да се стара о детету у том животном периоду, те да јој је указано на ризик од развоја ектопијске трудноће, мада је пре одласка у Велику Британију ради обављања захвата установљено да је трудноћа, ипак, уредна. Разлог због кога је трећа подносиоца поступила на исти начин је био претежно здравствене природе. Наиме, дијагностификован јој је тумор, због чега је, не знајући за трудноћу, обавила низ медицинских тестова, који нису препоручљиви у том периоду. Осим тога, према информацијама које је добила од свог лекара и пронашла на интернету, било је неизвесно како ће трудноћа утицати на њено здравље и како би хемотерапија, уколико би морала да је користи, утицала на фетус. Суд је најпре установио да је забрана абортуса у Ирској, у околностима у којима су се налазиле прва и друга подносиоца, била заснована на закону и да је одражавала морална уверења већине Ираца, изражена на референдуму одржаном још 1983. године. Затим је констатовао да је поље процене домаће државе у овој сфери изузетно широко, али и то да у свега три државе чланице Савета Европе постоје

⁸⁵ *Judgment* бр. 25579/05. Преузето 06.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332>.

рестриктивнији услови за извршење абортуса од оних у Ирској. Наведено је и то да би прва подносиатељка у чак четрдесет држава од поменутих имала право на абортус, док би друга то право могла да оствари у тридесет пет таквих држава. Међутим, по оцени суда, овај податак није подразумевао сужавање поља слободне оцене домаће државе. Уважио је још једну чињеницу у њену корист, тј. то што је, према ирским прописима, било допуштено обављање абортуса у иностранству, док је женама заинтересованим за ту могућност било гарантовано право на одговарајуће информације, као и на здравствену заштиту у домаћој држави, пре и након тог чина. Прва и друга подносиатељка, притом, нису ни истицале да су им ускраћене информације или медицинска помоћ након обављеног захвата у иностранству. Имајући у виду све околности, суд је, најзад, закључио да је домаћа држава успоставила одговарајућу равнотежу између права на приватни живот прве и друге подносиатељке и права нерођеног детета. Међутим, у делу који се односио на трећу подносиатељку, суд је констатовао повреду права на приватни живот. Кључни разлог за такво опредељење суда био је недостатак одговарајућих механизма за поуздано утврђивање постојања ризика по живот труднице (као јединог законитог разлога за прекид трудноће), као и за остваривање овог права у случају негативне одлуке медицинских радника. Имајући у виду ирске кривичноправне одредбе о абортусу, мишљење суда је било да су пацијенткиње и лекари били под великим притиском у процесу доношења одлуке, јер је у одсуству јасних критеријума у погледу угрожености живота труднице, постојала објективна опасност од изрицања кривичне санкције према овим лицима. Другим речима, суд је закључио да пацијенткињама у Ирској, које су у сличном положају попут треће подносиатељке представке, није омогућено да остваре своје право на абортус, услед недостатка јасних прописа о условима који морају бити испуњени и о поступку у коме ће се они утврђивати.

Са сличним питањима како у претходно анализованом, ЕСЉП се суочио и у предмету *Tysiac v. Poland*⁸⁶. Он је у овом случају прво подсетио да његов задатак није да процењује да ли је одредбама ЕК нормирано право на абортус. Простор у коме се у конкретном случају кретао био је омеђен пољским прописима о условима под којима је допуштено обављање абортуса, с обзиром на то да се у улози подносиатељке представке

⁸⁶ *Judgment* бр. 5410/03. Преузето 06.03.2018. <https://reproductiverights.org/case/tysiacc-v-poland-european-court-of-human-rights>.

нашла пољска држављанка, која је сматрала да је негативна одлука лекара о њеном захтеву за прекид трудноће услед офталмолошких проблема довела до погоршања њеног здравља и могућег губитка вида. Према правилима пољског права трудноћа је могла да буде прекинута на законит начин једино у случају постојања озбиљне опасности по живот или здравље труднице, о чему су морала да посведоче бар два лекара. С тим у вези, као и у претходно анализованом предмету, ЕСЈП је указао на потребу да прописи о изузетним ситуацијама у којима је абортус законит буду довољно прецизни. Насупрот томе, у пољском законодавству је постојала правна празнина о начину превазилажења несагласности између труднице и лекара или између више лекара о томе да ли је прекид трудноће оправдан, односно неопходан. Имајући у виду општу забрану и, чак, криминализацију абортуса, могло се претпоставити да ће у критичним ситуацијама одлука медицинских стручњака бити негативна. У таквим случајевима, требало је омогућити трудној жени да буде саслушана пред независним телом, како би образложила свој захтев. У конкретном случају, ЕСЈП се није бавио исправношћу различитих ставова офталмолога и гинеколога о утицају трудноће на здравствено стање подносиоце, али је истакао да је довољно то што је она страховала да би њен вид могао да буде погоршан након порођаја. Оно што је најважније, подносиоци, према правилима пољског права, није био доступан било какав механизам помоћу кога би могла да захтева преиспитивање испуњености услова за извршење абортуса. Другим речима, Пољска није испунила конвенцијску обавезу да обезбеди поштовање подносиоциног права на приватни живот, у домену приступања абортусу из медицинских разлога, због чега је морала да буде утврђена повреда одредаба из чл. 8 ЕК.

Да је иста држава повредила одредбу из чл. 8 ЕК суд је утврдио и у предмету *P. and S. v. Poland*⁸⁷. Поновио је да у пољском законодавству нису прописани процесни механизми за остваривање права на абортус, гарантованог под одређеним условима. Конкретан случај је, притом, нарочито репрезентативан у научном смислу, јер је у улози прве подносиоце представке била девојчица од петнаест година, чија је трудноћа била последица силовања, дакле, извршења кривичног дела. Према правилима пољског права, оваква трудноћа је могла бити прекинута, уколико је постојала потврда органа гоњења да

⁸⁷ *Judgment* бр. 57375/08. Преузето 06.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114098>.

је реч о криминалном чину. Без обзира на испуњеност овог услова, прва подносиатељка и њена мајка (друга подносиатељка) суочиле су се са низом потешкоћа, укључујући притиске од стране представника католичке цркве и шире јавности, одбијање појединих лекара да обаве абортус, као и покретање поступка за лишење родитељског права у односу на другу подносиатељку и кривичних поступака против ње и прве подносиатељке. Суд у Стразбуру се осврнуо на право медицинских професионалаца да се позову на своју савест као разлог одбијања да изврше поједине захвате, али је појаснио да притом морају бити осигурана права пацијената на приступ здравственим услугама. По схватању суда, здравствени радници би у таквим ситуацијама морали да дају изјаву у писаној форми и да је приложе медицинском картону пацијента, а затим да га упуте код другог стручњака који може пружити жељену услугу, што у конкретном предмету није био случај. Суд је, такође, констатовао да у анализованом предмету лекари нису сматрали да су обавезани исправом издатом од стране јавног тужиоца и да су због њеног постојања морали да изврше абортус. Истовремено, првој и другој подносиатељки нису обезбеђени јасни и благовремени стручни савети, према њиховим потребама и захтевима нити им је омогућено да у правичном поступку образложе своје ставове. Због тога је ЕСЉП још једном истакао да је Пољска пропустила да обезбеди посебне методе за примену прописа о абортусу, јер општи режим надокнаде штете, који је ретроактивног карактера, није подесан за решавање оваквих ситуација. Управо због непостојања практичних механизма за стварно уживање овог сегмента права на поштовање приватног живота, суд је закључио да је у конкретним околностима поднета представка основана.

Поменуте ставове ЕСЉП није променио ни у предмету *R.R. v. Poland*⁸⁸, у коме је недвосмислено истакао да је заштитом приватног живота свакако обухваћена и одлука о родитељству. Пошао је од општих, раније истакнутих принципа о заштити права на приватни живот и о праву на абортус, али је, наравно, сагледао и специфичне околности у којима су подносиатељки представке ускраћени благовремени резултати генетских истраживања, што је за коначну последицу имало рађање детета са Тарнеровим синдромом. Јасно је да се стање фетуса одражава на здравље трудне жене, али је у конкретном случају значај блавременог информисања о евентуалним поремећајима у

⁸⁸ *Judgment* бр. 27617/04. Преузето 06.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104911>.

његовом развоју био још и већи, јер је од тога зависила оцена испуњености услова за обављање абортуса, уколико би таква намера постојала. Како пољска држава женама у сличној ситуацији, па тако и подносиоци, није обезбедила механизме за правовремено коришћење дијагностичких процедура, што је за директну последицу имало ускраћивање права на абортус, суд је закључио да је у овом предмету дошло до повреде права на приватни живот.

Исти исход имао је и поступак спроведен пред ЕСЈП у предмету *A.K. v. Latvia*⁸⁹. Иако у овом случају није било речи о непосредној повреди права на обављање абортуса из медицинских разлога, чињеница је да је непажња лекара у испуњавању законске обавезе да се трудница одређене старосне доби подвргне извесним испитивањима утицала на могућности подносиоци да оствари право на избор у вези са рађањем детета. Како је подносиоци у периоду зачећа била старија од тридесет пет година, морала је бити подвргнута одређеним пренаталним тестовима. Услед пасивног држања докторке која је пратила трудноћу, ови тестови нису обављени, а подносиоци је родила девојчицу са Дауновим синдромом. Узевши у обзир све околности случаја, међу којима је било чак и фалсификовање медицинске документације од стране здравствене установе, суд је закључио да је подносиоци повређено право на приватни живот, прокламовано одредбом из чл. 8 ЕК.

Истичемо најзад, као једну од најзанимљивијих одлука ЕСЈП, када су у питању његови погледи на право на абортус, ону донету у предмету *Paton v. United Kingdom*⁹⁰. Он је карактеристичан већ по томе што се суду обратио мушкарац – брачни партнер жене која је самостално донела одлуку о прекиду трудноће. Наиме, господин *Paton* је поднео представку сматрајући да су повређена његова права као оца, тиме што је над његовом супругом, иако се он томе успротивио, извршен абортус. Госпођа Патон је изразила своју вољу да у осмој недељи прекине трудноћу, услед ризика по њено физичко и ментално здравље, чему се њен супруг успротивио, покренувши одговарајући поступак, како би је у томе спречио. Његов захтев је одбачен од стране националног суда, тако да је планирани абортус обављен. Он се, стога, након исцрпљивања правних средстава у домаћој држави, обратио европском суду, тврдећи да прописи о абортусу важећи у Енглеској и Велсу нису

⁸⁹ *Judgment* бр. 33011/08. Преузето 06.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/?i=001-145005>.

⁹⁰ *Decision as to Admissibility* бр. 33011/08. Преузето 06.03.2018. <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/paton-v-united-kingdom/>.

усклађени са одредбама ЕК. Конкретно, његове замерке су се односиле на непризнавање било каквих права фетусу и на недовољан утицај оца у поступку одлучивања о абортусу. Сматрао је да из одредаба из чл. 2⁹¹, 5⁹², 6⁹³, 8 и 9⁹⁴ ЕК произлази обавеза прописивања права оца да приговори намераваном абортусу, да се обрати суду како би спречио или одложио извршење абортуса, да буде информисан и да буде упитан за мишљење о том чину. Његов став је био да треба прописати и могућност да мишљење (независног) лекара о оправданости захтева за абортус буде проверено од стране његовог колеге, кога би одабрали отац или суд. Иначе, ово је био први предмет у коме је ЕСЉП требало да разматра да ли се чл. 2 ЕК, који за предмет има право на живот, односи и на фетус. Како би дошао до одговора на ово сложено питање, суд је прибегао анализи различитих националних поредака у којима је било прилике да се о њему расправља. Тако је узео у обзир тумачење аустријског Уставног суда, по коме се чл. 2 ЕК не односи на дете које још увек није рођено. Суд је запазио да у предметној одредби ЕК, у којој је титулар права одређен изузетно општим изразом *свако*, нема ниједне назнаке да се она односи и на зачетак. Као супротан пример наведена је одредба из Америчке конвенције о људским правима, којом је недвосмислено прописано да право на живот настаје у моменту зачећа. Суд је навео и то да је, примера ради, у пракси највишег немачког суда заузет став да појам *свако* обухвата и зачето, а нерођено дете. Осврнувши се још једном на тумачење

⁹¹ Одредбом из чл. 2 ст. 1 ЕК прописано је да свако има право на живот. Никома не може бити намерно ускраћено ово право, осим ако је то неопходно ради извршења прописане казне за извршено кривично дело, у складу са одлуком суда. Право на живот, онако како је уређено одредбама ЕК, подлеже одређеним ограничењима. Њени творци су имали у виду могућност прописивања, односно извршења смртне казне у појединим државама и употребу апсолутно неопходне силе у три случаја: уколико неко лице треба заштитити од незаконитог насилног поступања, ради хапшења или спречавања бекства лица задржаног у складу са прописима, као и када је законитим радњама неопходно сузбити побуну (Вид. чл. 2 ст. 2. ЕК).

⁹² Одредбом из чл. 5 ст. 1 ЕК гарантовано је право на слободу и сигурност, које може бити ускраћено само у прописаним случајевима. Одредбама из ст. 2-5 истог члана изложени су услови под којима ово право може бити ограничено, који долазе до изражаја у случају законитог задржавања, односно хапшења одређеног лица.

⁹³ Одредбама из чл. 6 ст. 1 ЕК је уређено право на правично суђење, тако што је прописано да свако има право на правично и јавно суђење, у разумном року, од стране непристрасног и независног суда установљеног законом, у сваком поступку у коме се одлучује о његовим грађанским правима и обавезама или о његовој кривичној одговорности. Судска одлука треба да буде објављена, али јавност може бити искључена када то захтевају интереси морала, јавног реда или националне сигурности у демократском друштву, интерес малолетника, заштите приватног живота странака или специфичне околности, због којих је, по оцени суда, неопходно искључење јавности, како не би био угрожен интерес правде. Одредбе из ст. 2 и 3 истог члана имају за предмет стандарде правичног суђења у кривичном поступку.

⁹⁴ Према одредбама из чл. 9 ЕК, свако има право на слободу мисли, савести, вероисповести, које укључује и право на промену верског убеђења и мишљења, слободу да сам или заједно са другима, јавно и у приватном животу, испољава верска и друга убеђења, да их ужива, проповеда и практикује.

аустријског суда, као и на ограничења права на живот садржана у одредби из чл. 2 ЕК, ЕСЉП, оценио је да се најпре може утврђивати да ли се ова одредба уопште не односи на фетус или је његово право на живот ограничено или апсолутно. Уколико би се поменута одредба ЕК тумачила екстензивно, тако да се титуларом права које она уређује сматра и фетус, и то без икаквог ограничења, било би доведено у питање и право на живот трудне жене, у ситуацији када би наставком трудноће било угрожено њено здравље, јер би оно губило превагу над истим правом фетуса. Суд је правилно закључио да такво тумачење није подударно предмету и циљевима ЕК. Затим је подсетио да је у конкретном случају трудноћа прекинута у раном стадијуму, услед ризика по телесно и душевно здравље трудне жене. Суд се, притом, није бавио општим ограничењима права на абортус, сматрајући да су у овом предмету значајна само она медицинске природе. Сматрајући да није његов задатак да утврђује да ли фетус уопште не ужива конвенцијску заштиту или му је она гарантована под одређеним условима, утврдио је да је одобравање обављања абортуса у конкретном случају сагласано одредби из чл. 2 ЕК, с обзиром на то је у раној трудноћи право фетуса на живот ограничено потребом заштите живота и здравља трудне жене. Из истог разлога, суд се изјаснио да у конкретном случају није повређено ни подносиочево право на поштовање његовог приватног и породичног живота, тиме што му је ускраћено изјашњавање о намераваном абортусу. Наиме, по мишљењу суда, права трудне жене су примарног карактера, јер се трудноћа првенствено на њу одражава, тако да се трајање, односно прекид овог стања, пре свега тичу њеног приватног живота. То значи да право на поштовање приватног и породичног живота супруга, односно оца, по схватању суда, није толико широко, да би обухватило и његову консултативну улогу у процесу одлучивања трудне жене о даљој судбини трудноће. Исход оваквог резонувања суда је био негативан за подносиоца, а састојао се у проглашавању његове представке неприхватљивом.

Уколико сумирамо коначне ставове ЕСЉП у анализованим предметима, можемо закључити да је његово схватање права на слободно родитељство такво да се не може тврдити да је одредбама ЕК гарантовано нити право на стицање потомства нити право на абортус. Међутим, чињеница је да одређени њихови аспекти, под извесним условима уживају конвенцијску заштиту, првенствено под окриљем члана 8 ЕК. Досадашња пракса ЕСЉП је изнедрила његов принципијелни став да право на заштиту приватног живота

појединаца и парова мора бити у равнотежи са правима и слободама заинтересованих лица, а пре свега са интересима нерођеног детета. Који ће интерес најзад превагнути зависи од свих конкретних околности, а нарочито постојања медицинских разлога или неке друге добробити.

4. Право детета да зна своје порекло као саставни део права на идентитет

У појмове који су нераскидиво повезани са породичним статусом детета спада и његово право да зна своје порекло. Њега треба посматрати у склопу права детета на идентитет, будући да се оно односи на његов биолошки и породични аспект. Наиме, право на идентитет обухвата упис у матичну књигу рођених, право на име, држављанство, родитељско старање, као и право на очување ових категорија. О значају чињенице уписа у матичну књигу рођених, који произлази не само из домаћих правила, већ и из релевантних међународних докумената, говорили смо на самом почетку рада, па ћемо се овде позабавити заштитом осталих сегмената дететовог идентитета.

4.1. Право детета на име и на држављанство

Одредбом из чл. 64 ст. 2 Устава прописано је да свако дете има право на лично име. Породичним законом је прецизирано да породично име детета одређују родитељи.⁹⁵ Њихова слобода избора је ограничена тиме што не могу одредити погрдно име, оно којим се вређа морал или обичаји и схватања средине.⁹⁶ Уколико родитељи, ипак, одреде такво име, не могу да се споразумеју о њему, прекораче прописани рок или нису живи или познати, тај њихов задатак ће извршити орган старатељства.⁹⁷ Деца-припадници националних мањина уживају додатну заштиту, јер њихово име може бити уписано и на језику, односно писму једног или оба родитеља.⁹⁸ Дете стиче презиме једног или оба родитеља, према њиховом договору, с тим што њихова заједничка деца морају имати исто презиме. У случају изостанка споразума, као и у ситуацији када су они непознати или

⁹⁵ Вид. чл. 344 ст. 1 ПЗ.

⁹⁶ Вид. чл. 344 ст. 3 ПЗ.

⁹⁷ Вид. чл. 344 ст. 4 ПЗ.

⁹⁸ Вид. чл. 344 ст. 2 ПЗ.

нису живи, орган старатељства је овлашћен и дужан да детету одреди презиме.⁹⁹ Веома важно право да промени своје лично име има дете које је навршило петнаест година и способно је за расуђивање.¹⁰⁰ С навршених десет година, под условом да је способно за расуђивање, оно се мора сагласити са променом имена, да би тај акт произвео правно дејство.¹⁰¹ Промена презимена детета, сасвим оправдано, може уследити након утврђивања или оспоравања материнства или очинства.¹⁰² По аналогији са претходним правилом, усвојитељи, такође, могу одлучити да дете стекне њихово или презиме једног од њих. Уколико дође до поништења усвојења, дете, наравно, може узети своје раније презиме.¹⁰³

О значају држављанства¹⁰⁴, као елемента дечијег идентитета, најбоље сведочи то што су могућности за његово стицање многобројне.¹⁰⁵ Према Закону о држављанству Републике Србије¹⁰⁶ дете стиче српско држављанство ако су му оба родитеља, у моменту рођења, држављани Републике Србије¹⁰⁷ или је само један од њих српски држављанин, а дете је рођено на територији РС или је пак рођено у иностранству, а други родитељ је непознат, непознатог држављанства или спада у категорију лица без држављанства - апатрида.¹⁰⁸ Српско држављанство ће стећи и дете рођено у иностранству, уколико му је један родитељ српски, а други страни држављанин, под условом да је родитељ српског

⁹⁹ Вид. чл. 345 ПЗ.

¹⁰⁰ Реч је о једној од тзв. посебних пословних способности детета. Наиме, према одредбама ПЗ, малолетник који није навршио четрнаест година (млађи малолетник) може предузимати само правне послове којима прибавља искључиво права, којима не стиче ни права ни обавезе и послове малог значаја (чл. 64 ст. 1). Старији малолетник (дете од четрнаесте до осамнаесте године живота) може предузимати и све остале правне послове, уз претходну или накнадну сагласност родитеља или старатеља (Вид. чл. 64 ст. 2 ПЗ). Међутим, поједине правне послове дете одређеног узраста, под условом да је способно за расуђивање, може предузимати потпуно самостално. У те посебне пословне способности спадају, примера ради, она за закључење уговора о раду и свих правних послова којима се располаже зарадом, која се стиче са петнаест година и она која се односи на промену личног имена, а стиче се у истом узрасту, али и многе друге (Вид. чл. 64 ст. 3 и 4 ПЗ и Петрушић, 2015: 106-107). Поред тога, значајна је и тзв. консултативна способност детета, која подразумева право његовог изјашњавања о томе да ли је сагласан са актима свог законског заступника (Митић, 1963: 35).

¹⁰¹ Вид. чл. 346 ПЗ.

¹⁰² Вид. чл. 349 ст. 1 ПЗ.

¹⁰³ Вид. чл. 349. ст. 2 ПЗ.

¹⁰⁴ Држављанство представља јавноправни однос на основу кога се одређује припадност одређеног лица одређеној држави.

¹⁰⁵ Шаховић Вучковић и Петрушић (2015:112) истичу да је распрострањено схватање да особа има право на стицање држављанства, не и на држављанство *per se*.

¹⁰⁶ *Сл. гласник РС*, 135/2004, 90/2007 и 24/2018. У даљем тексту: ЗОД.

¹⁰⁷ У даљем тексту: РС.

¹⁰⁸ Вид. чл. 7 ЗОД. У овом случају је реч о систему стицања држављанства по пореклу, тј. посредством крвне везе (*ius sanguinis*).

држављанства пријавио рођење надлежном дипломатском или конзуларном представништву РС и поднео захтев за упис у књигу домаћих држављана надлежном органу у РС, до навршене дететове османесте године живота. Наведени услови не морају бити испуњени, уколико би инсистирање на њиховом постојању довело до апатридије. У сваком случају, дете старије од четрнаест година има значајно право саглашавања са стицањем држављанства на описани начин. Иначе, под истим условима српско држављанство може стећи и усвојеник-странац или усвојеник без држављанства, у случају потпуног усвојења.¹⁰⁹ Српско држављанство дете може стећи и простом чињеницом рођења на територији Србије, уколико су му родитељи непознати, непознатог држављанства или апатриди или би дете, у одсуству овог правила, остало без држављанства. Дете старије од четрнаест година се мора сагласити са овим поступком, а уколико се до његове осамнаесте године установи да су му родитељи страни држављани, достављањем решења о усвајању њиховог захтева одговарајуће садржине, њему ће престати српско држављанство.¹¹⁰ Српско држављанство дете може стећи и пријемом¹¹¹, уколико су му родитељи на исти начин постали српски држављани или је бар један од њих то постао, а други родитељ се с тиме сагласио, било да дете живи у РС или у иностранству. Узраст од четрнаест година је још једном прописан као старосна граница од које ће се захтевати и сагласност детета.¹¹² Усвојеник-странац из непотпуног усвојења може стећи српско држављанство на захтев усвојиоца-држављанина РС, под условом да с њим живи на њеној територији. Ако је усвојеник старији од четрнаест година, тражиће се и његова сагласност.¹¹³ Држављанство РС дете може стећи још и међународним уговором.¹¹⁴ Очигледно је да су правила о стицању српског држављанства бројна и да је њима обухваћен велики број разних ситуација. Узрок томе јесте општа тежња за сузбијањем апатридије, али и настојање сваке, па и српске државе, да круг њених

¹⁰⁹ Вид. чл. 9 и чл. 11 ЗОД. Примећујемо да је подела на потпуно и непотпуно усвојење, коју породично законодавство више не познаје, још увек присутна у појединим позитивним прописима, о чему ће бити више речи у делу рада о врстама усвојења.

¹¹⁰ Вид. чл. 13 ЗОД. Реч је о систему стицања држављанства посредством места рођења (*ius soli*).

¹¹¹ Пријем у држављанство или натурализација подразумева да држављанство одређене државе може стећи лице које то жели, тј. изјави вољу одговарајуће садржине и испуни прописане услове. Док се статус српског држављанина пореклом и по основу рођења на територији РС стиче уписом ове чињенице у матичну књигу рођених, у случају пријема, исти је условљен правноснажношћу решења донетог у прописаном поступку од стране министарства унутрашњих послова (Вид. чл. 6 ст. 2 и 3 ЗОД).

¹¹² Вид. чл. 20 ЗОД.

¹¹³ Вид. чл. 21 ЗОД.

¹¹⁴ Вид. чл. 6 ст. 1 т. 4 ЗОД.

држављана буде што шири. Оно што је још значајније, приметни су напори законодавца да се правна заштита пружи сваком детету, без обзира на начин на који је оно повезано са домаћом државом.

4.2. Право детета на сазнање биолошког порекла

Право детета да зна своје (биолошко) порекло је субјективно право гарантовано актом највише правне снаге у Републици Србији – Уставом. У чл. 64 Устава, у коме су изложена права детета, између осталог се наводи да дете има право на упис у матичну књигу рођених, да сазна своје порекло и да сачува свој идентитет. Најважнијим међународним документом из области заштите дечијих права – Конвенцијом о правима детета, такође је уређено ово право. Одредбом из чл. 7 ст. 1 КПД прописано је да дете од самог рођења, осим неких других, има и право да зна ко су му родитељи. Породичним законом је прецизније прописано да дете има право да зна ко су му родитељи, без обзира на узраст.¹¹⁵ Ако је навршило петнаест година и способно је за расуђивање, може извршити увид у матичну књигу рођених и друге документе са подацима о његовом пореклу.¹¹⁶ Ово право, ипак, није апсолутно, па законом могу бити прописана његова ограничења.¹¹⁷ Осим наведених, право детета на сазнање порекла¹¹⁸ је конкретизовано и низом других одредаба ПЗ. Тако је њиме прописано да је дете један од активно легитимисаних субјеката у поступку за утврђивање и оспоравање материнства и очинства,

¹¹⁵ Вид. чл. 59 ст. 1 ПЗ.

¹¹⁶ Вид. чл. 59 ст. 3 ПЗ. Видети и одлуку ЕСЉП донету у предмету *Gaskin v. the United Kingdom (Judgment бр. 10454/83)*. Преузето 20.03.2018. <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1989/13.html>.). Подносилац представке чија је мајка умрла на порођају и који је био збринут од стране градског савета, пожелео је касније да приступи поверљивим подацима о свом детињству. То му је било ускраћено, с образложењем да би тиме била угрожена приватност учесника у систему социјалне заштите (социјалних радника, лекара, хранитеља, њихових комшија итд.), што би довело у опасност и јавни интерес, будући да је постојала бојазан да би појединци из тог разлога одбијали сарадњу са социјалним службама. Подносилац је пак, између осталог, навео да су му подаци о раном развоју неопходни из медицинских разлога. Суд је најпре утврдио да је у британском праву, у коме је приступ оваквим подацима зависио од сагласности заинтересованих лица, требало да постоји и поступак по коме би се поступало уколико би се та лица неосновано противила издавању тражених информација или била недоступна. У одсуству таквог процесног механизма, суд је морао да утврди повреду права из чл. 8 ЕК.

¹¹⁷ Вид. чл. 59 ст. 2 ПЗ.

¹¹⁸ Оно, иначе, обухвата и информације о другим крвним сродницима, не само родитељима (Шаховић Вучковић et al, 2015: 116).

и то једини субјект чије право на подизање тужбе није временски ограничено.¹¹⁹ С друге стране, материнство и очинство усвојитеља се не може оспоравати¹²⁰, али дете може остварити право на сазнање порекла и у овом случају - увидом у матичну књигу рођених.¹²¹

Једно од највећих ограничења права детета на сазнање порекла представља институт тзв. анонимног порођаја, који постоји у појединим правним поретцима, а омогућава да подаци о дететовој мајци остану у тајности. Ова установа је позната од давнина, будући да је женама одавно омогућавано да на за то предвиђеним местима оставе новорођенчад без откривања свог идентитета. То су углавном биле цркве или болнице, испред којих би било постављено звоно, па би породиља оставила тек рођено дете, истовремено зазвонивши, како би било преузето. У савременом праву, анонимни порођај подразумева овлашћење мајке да не уписује дете у одговарајући регистар или да то учини без навођења података о себи. Оно је обрнуто пропорционално праву детета да сазна своје порекло и то је разлог због кога је овај институт прихваћен у свега неколико земаља.¹²² Данас, породиља има законско право да остане непозната у Француској, Италији и Луксембугу, а извесних иницијатива у том правцу има у Белгији, Немачкој и Аустрији. Ова установа ужива нарочито дугу традицију у Француској, будући да се њени зачеци могу пронаћи у 17. веку. Декларација из 1793. године је такође садржала одредбу о обавези читавог друштва да мајци обезбеди све неопходне услове у току трудноће и након порођаја, али и поверљивост података о њој. Законодавством 20. века (почев од 1993. године) овај институт је исцрпно уређен, а у позитивном француском праву (од законодавне реформе спроведене 2002. године) почива на чл. 341 и 341-1 Француског грађанског законика¹²³ и чл. L 222-6. Закона о социјалној заштити и породици¹²⁴. Тако је

¹¹⁹ Вид. чл. 43 ст. 2, чл. 44 ст. 2, чл. 55 ст. 2, чл. 56 ст. 2, чл. 249 ст. 1, чл. 250 ст. 1, чл. 251 ст. 1 и чл. 252 ст. 1 ПЗ. Треба имати у виду да је ово право детета значајно ослабљено непостојањем одговарајуће економске подршке у матернитетским и патернитетским парницама у којима оно има улогу тужиоца. Наиме, имајући у виду износе судских такси, трошкове вештачења и заступања од стране пуномоћника-адвоката, реч је о парницама које спадају у финансијски најзахтевније.

¹²⁰ Вид. чл. 44 ст. 4 и чл. 56 ст. 5 ПЗ.

¹²¹ Вид. чл. 326 ст. 2 ПЗ.

¹²² У теорији се основано истиче и то да се у земљама у којима је дозвољен анонимни порођај недовољно води рачуна о правима оца и других сродника (Поњавић, Палачковић, 2017: 26-28).

¹²³ Code civil. Преузето 10.04.2018. https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/. У даљем тексту: СС.

¹²⁴ Code de l'action sociale et des familles. Преузето 10.04.2018.

изричито прописано, у делу који се односи на право детета да утврђује материнство жене за коју сумња да је његова мајка, да жена пред порођајем може захтевати да њен пријем у здравствену установу и идентитет остану у тајности.¹²⁵ На њен захтев или уз њену сагласност, поред материјалне, биће јој обезбеђена и психолошка подршка, а трошкови у вези са њеним боравком у здравственој установи падају на терет Службе дечије заштите. Нарочито је важно то што се од ње ни у једном тренутку неће захтевати да открије било шта о свом идентитету. Свакој жени која жели да сачува у тајности свој идентитет приликом порођаја биће пружена правна помоћ, тако што ће јој бити објашњене правне последице њене одлуке и општи значај познавања свог порекла и породичне историје. Због тога ће она бити позвана да у запечаћеној коверти остави извесне податке о себи, о свом и здрављу биолошког оца, као и о околностима рођења детета. Биће поучена и о томе да је њена одлука опозива, будући да у сваком тренутку може открити свој идентитет. На поменутој коверти ће бити забележено дететово име, пол, датум и место рођења.¹²⁶ Захваљујући дугој традицији овог института и опсежном приступу његовом уређењу, у Француској је формирано и посебно тело - Национални савет за приступ информацијама о пореклу, у чији делокруг спада одлучивање о захтевима упућеним од стране детета или других овлашћених лица, који се односе на његово порекло, као и пријем изјава којима се биолошки родитељи саглашавају са откривањем података о њима или захтевају да им се достави информација о томе да ли се дете интересује за њихов идентитет. Захтеви у вези са дететовим пореклом морају бити поднети у писаној форми. Ако је подносилац захтева дететов блиски сродник, а родитељи су претходно захтевали поверљивост, тим лицима ће бити објашњено да подаци о њима могу бити саопштени детету једино ако оно захтева информације о свом пореклу. Дете, иначе, такав захтев може поднети самостално након пунолетства, а док је малолетно преко законског заступника. Уколико је постало пунолетно, али се налази под старатељством, такав захтев може поднети његов старатељ, а уколико је преминуло, његови пунолетни потомци. Детету ће бити откривени подаци о његовој биолошкој мајци уколико се она с тим чином сагласила или није изразила вољу

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074069&dateTexte=20200423>.

У даљем тексту: CASF.

¹²⁵ Вид. чл. 341 и 341-1 СС.

¹²⁶ Вид. чл. L 222-6 CASF.

супротне садржине пре своје смрти. Приступ овим информацијама неће прузроковати промену статуса детета нити довести до настанка неког права или обавезе.¹²⁷

У излагањима о праву на анонимни порођај, у француском праву и уопште, незаобилазна је пресуда Европског суда за људска права, донета у предмету *Odièvre v. France*¹²⁸. Подносиатељка представке, иначе француска држављанка, обратила се суду у Стразбуру истичући повреду права на поштовање приватног и породичног живота, с обзиром на то да су јој ускраћени подаци о сестри, браћи, биолошком оцу и о биолошкој мајци, која је искористила законску могућност анонимног порођаја, што је имало за последицу заснивање усвојења. Она је рођена 1965. године, а њена мајка је захтевала да чињеница да је она родила дете остане у тајности, попунила одговарајући образац и написала писмо следеће садржине: „Напуштам своје дете *Berthe Pascale*. Обавештена сам да је овај поступак неопозив по протеклу периода од месец дана од напуштања детета и да тада може бити засновано усвојење. Одбијам помоћ која ми је понуђена. Захтевам да рођење детета остане у тајности. Потврђујем да сам добила документ са информацијама о напуштању детета.“ Подносиатељка је након тога предата Служби дечије заштите, а четири године касније су је усвојили супружници *Odièvre*. Године 1990. покушала је да приступи оригиналним исправама о свом рођењу, али су оне биле заштићене ознаком поверљивости. Оно што јој јесте било доступно јесу извесни подаци о околностима њеног напуштања и о физичким карактеристима биолошких родитеља. Сазнала је да су они били у седмогодишњој ванбрачној вези и да су већ имали сина. Њен отац је био ожењен и имао је кћер из тог брака. Одбио је да на било који начин доприноси подизању новорођеног детета, које је мајка под његовим утицајем напустила. Подносиатељка је накнадно сазнала да су њени биолошки родитељи касније добили још два сина. Она је ту чињеницу посебно истицала у поступку пред надлежним судом у Паризу, у коме је тражила да јој се омогући увид у сва документа која су се тичала њеног рођења и да јој се доставе њихове фотокопије. Мишљење суда коме се обратила је било да је тужбу требало да поднесе управном суду, али да је њен захтев свакако незаконит. У поступку пред ЕСЉП, представник француске владе је најпре инсистирао на томе да представку треба одбацити јер подносиатељка није искористила сва домаћа правна средства, имајући у виду да није

¹²⁷ Вид. чл. L 147-1 – L 147-8 CASF.

¹²⁸ *Judgment* бр. 42326/98. Преузето 10.04.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=001-60935>.

поднела тужбу управном суду. Овај аргумент није уважен, због тога што је било очигледно да она у постојећим околностима не би представљала делотворно правно средство. Суд је затим констатовао да чињенице на које се подносиатељка позвала потпадају под окриље права на приватни живот, тј. права на идентитет и лични развој. Она није настојала да доведе у питање породичне односе који су успостављени њеним усвојењем, већ да сазна околности под којима је рођена и напуштена, укључујући идентитет биолошких родитеља, сестре и браће. У представци ЕСЉП изнела је своје мишљење о свим манама института анонимног порођаја у француском праву. Навела је да овај институт ни на који начин не доприноси добробити детета, да не утиче на смањење броја абортуса, да не поспешује занимање усвојења и да нема за последицу стабилније односе између детета и усвојитеља. Тврдила је да је француски приступ овом питању јединствен и, притом, погрешан, те да би интреси мајке били много боље заштићени уколико би јој се пружила економска подршка или помоћ у заснивању усвојења, а да би и интереси детета на тај начин били у већој мери задовољени. Заступник француске државе је инсистирао на праву мајке на приватност и на томе да институт анонимног порођаја на разне начине олакшава положај оним женама које због економских, верских, породичних или других околности желе да роде дете само под условом тајности. Указао је на законодавне реформе из 2002. године, којима је омогућено да се од анонимне мајке, преко посебног тела, ипак добије сагласност да се детету открије њен идентитет. Одлучујући о суштини предмета, ЕСЉП је пошао од чињенице да у конкретном случају постоји непожељан сукоб између права детета да зна своје порекло и права мајке на заштиту здравља, обављањем анонимног порођаја у одговарајућим медицинским условима. Констатовао је да треба имати у виду и интересе усвојитеља, биолошког оца и других сродника. Истакнут је и значај општег интереса да се смањи број (нелегалних) абортуса, тј. да се заштити право на живот. Суд није изгубио из вида ни то да су подносиатељки ипак откривени извесни подаци о њеним биолошким родитељима, на основу којих је она касније дошла до других сазнања о њима. Значајна је и чињеница реформе релевантних прописа која је омогућила подносиатељки и свим лицима у сличном положају да посредством новоформираног националног тела на лакши начин открију свој биолошки идентитет. Ценећи све супротстављене интересе, суд је коначно закључио да француски носиоци јавне власти у овом случају нису прекорачили границе слободне процене и да

нису повредили права из чл. 8 ЕК. Од великог значаја за разумевање установе анонимног порођаја је још једна пресуда донета у поступку који се пред ЕСЉП водио против француске државе. Реч је о предмету *Kearns v. France*¹²⁹ и подносиоцима из Даблина која се у Француској подвргла анонимном рађању детета зачетог изван брачне заједнице. По рођењу девојчице уследила је процедура уобичајена за анонимни порођај, па је након вишечасовног саветовања у присуству медицинског радника као преводиоца, она предата социјалној служби, заједно са фотографијама, писмом и документима њој намењеним. Подносиоцима је том приликом потписала изјаву да жели да са дететом буде поступљено на овај начин и да се саглашава са усвојењем. Она је изабрала да не открива детаље о себи и разлозима због којих је искористила ову могућност, наводећи да је њена жеља да се девојчици тек по пунолетству и на њен захтев уручи запечаћена документација. Том приликом је поучена о могућности да се предомисли у погледу предаје детета у року од два месеца, без икаквих последица. Објашњено јој је и да други родитељ, који није био укључен у ову процедуру, може у року од шест месеци захтевати да дете њему буде предато, односно да у року од тридесет дана од протеча поменутих рокова обоје могу судским путем захтевати да им се дете врати, док је наведена могућност искључена по протеклу свих ових периода. Уручен јој је и пример захтева за враћање детета, након поучавања о свим последицама његове предаје и саглашавања са усвојењем. Уследио је још један вишечасовни разговор са социјалним радницама, да би након поменутих рокова девојчица била смештена код потенцијалних усвојитеља. Након тога, биолошки отац је у Ирској покренуо поступак за утврђивање очинства, а суд је пресудио у његову корист, наложивши да се прекине поступак усвојења и да се документација која је по пунолетству требало да буде уручена његовој ћерки, достави њему. Подносиоцима је због тога захтевала да јој се дете врати, али је такав њен захтев одбијен, због истека поменутих преклузивних рокова. Због тога је покренула поступак пред надлежним судом. У првостепену поступку њен захтев је био одбијен, да би по жалби та одлука била укинута, али је Касациони суд најзад њен захтев одбацио. Европски суд за људска права је и овом приликом истакао да није лако помирити интересе детета, биолошких родитеља и усвојитеља, али да оно што је у најбољем интересу детета мора превагнути. Због тога је уважена тврдња представника француске државе да је прописивање изузетно кратког

¹²⁹ *Judgment* бр. 35991/04. Преузето 10.04.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/?i=001-84339>.

преклузивног рока, у коме се мајка која се сагласила са усвајањем детета може предомислити, инспирисан жељом да се што пре успостави стабилно окружење за дете. У конкретном случају је од значаја било и то што је подносиатељка допутовала у Француску, како би искористила могућност анонимног порођаја, у пратњи мајке и стручног лица - адвоката. Наглашена је чињеница да је она два дана након порођаја учествовала у вишечасовним разговорима о свим последицама предаје детета и да је потписала изјаву у којој је наведено да је свесна њене неопозивости по протеклу два месеца од одвајања од детета. Суд је, стога, утврдио да поднета представка није основана, тј. да подносиатељки, насупрот њеном уверењу, нису повређена права прописана одредбама ЕК. Од подједнаког значаја за ову тему је и одлука суда донета у предмету *Godelli v. Italy*¹³⁰. Попут поменутог предмета *Odièvre v. France* и у овом случају се у улози подносиатељке представке нашла жена која је желела да сазна податке о својој мајци и да провери своју сумњу да има сестру близнакињу, која је такође усвојена. Наиме, подносиатељка је одмах по рођењу, будући да је њена мајка желела да остане анонимна, смештена код хранитеља, који су је касније и усвојили. Како јој усвојитељи нису дали ближе податке о мајци, као што су јој и забранили контакте са особом за коју је сматрала да је њена сестра близнакиња, подносиатељка се обратила најпре органу старатељства, а потом и надлежном суду, захтевајући да јој се открије ко је њена мајка. Међутим, такви њени напори су остали без резултата, јер су ови органи сматрали да у италијанском праву постоји обавеза поштовања мајчине жеље. Иначе, у документу о њеном рођењу је стајало само то да је одређеног датума жена, која се није сагласила да се упише њено име, родила девојчицу. Представка је била заснована на тврдњи да је италијанско законодавство противречно подносиатељкином праву на приватни живот, будући да она није била овлашћена да покрене матернитетску парницу, као што је служби дечије заштите и другим телима било забрањено да јој дају било какве податке о мајци. Суд је указао на сукоб између права подносиатељке да зна своје порекло и права мајке да приликом порођаја и након тога остане анонимна, како би се он одвијао у медицински безбедним условима. Општи интерес је такође налагао очување мајчине анонимности, а огледао се у тежњи да се очува здравље како мајке, тако и детета и да се сузбију незаконити абортуси и напуштање деце

¹³⁰ *Judgment* бр. 33783/09. Преузето 10.04.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-113460>.

ван прописане процедуре. Ипак, за разлику од француског законодавства, у италијанском, као што је поменуто, није постојала могућност сазнавања ни оних података који би у извесном смислу допринели сазнавању порекла, а не би довели до откривања мајчиног идентитета. Такође, није била прописана ни могућност накнадног саглашавања мајке са откривањем њене личности детету. Управо поређењем италијанског и француског система, тј. околности овог и предмета *Odièvre v. France*, суд је закључио да у конкретном случају није постигнута равнотежа између интереса свих заинтересованих субјеката и да је на тај начин подносиољки повређено право на поштовање њеног породичног живота.

Из приложеног је очигледно да је нормирањем права мајке да ускрати податке о својој личности, међународно признатом праву детета да зна своје порекло супротстављено право на приватност жене која га је родила. Док се анонимним порођајем, с једне стране, утиче на смањење броја насилних побачаја и абортуса, с друге стране, неспорно се њиме ограничава право детета да зна своје порекло (Ковачек Станић, 2011: 197).¹³¹ Наш општи суд гласи да у сукобу ова два интереса треба дати предност првом – оном да дете буде рођено (Тако и Поњавић, Палачковић, 2017: 23-24.).

У домаћем праву није допуштена могућност анонимног порођаја нити има назнака да ће она икада постојати. Због тога, у важећем српском праву, најдрастичнији изузетак од права на сазнање порекла представља случај зачећа детета уз биомедицинску помоћ. Према важећим прописима, тада не може оспоравати на закону засновано очинство¹³² нити се може утврђивати материнство жене која је даровала јајну ћелију или очинство мушкарца који је даровао семене ћелије.¹³³ *De lege ferenda* посматрано, у случају усвајања предложеног концепта сурогат материнства као једног од биомедицински потпомогнутих метода, посебан изазов ће представљати питање улоге сурогат мајке у дететовом животу, а тиме и његовог права да сазна њен идентитет. У случају увођења ове установе у домаћи правни систем, мишљења смо да због специфичног положаја сурогат мајке у дететовом животу, под условом да она није изричито искључила такву могућност, треба осигурати

¹³¹ Као што Поњавић (2015:27) примећује, чини се да субјективна права постепено стичу преимућство у односу на општи интерес који је изражен и у правним нормама о праву детета да зна ко су му биолошки родитељи. Јањић Комар (2001:526) уопштено говори о претераној индивидуализацији, која је довела до занемаривања интереса заједнице у породичним односима.

¹³² Тиме се не дира у право мушкарца који себе сматра оцем да оспорава ову чињеницу на бази тврдње да дете није зачето биомедицинским путем (Вид. чл. 58 ст. 4 ПЗ).

¹³³ Вид. чл. 58 ПЗ.

детету право да сазна њене податке и да с њом одржава личне односе, уколико то обоје желе.

Друго поглавље

Материнство и очинство као елементи породичног статуса детета

1. Општи појам материнства у домаћем породичном законодавству

О значају везе између мајке и детета сведоче бројна уметничка и научна дела, као што је он очигледан и у свакодневном животу.¹³⁴ То је уједно и разлог улагања великих напора у изналагање одговарајућег начина за уређење овог елемента дечијег статуса. Дакле, посебно је важно да правила путем којих се овај однос успоставља буду прецизна и свеобухватна. Иако се он до те мере чини очигледним, да изгледа да, осим дејства биолошких законитости, није потребна никаква спољна интервенција, да би он настао и развијао се, животне околности га, ипак, чине сложенијим. Разноликост животних ситуација се нужно одражава на право, тако да ни правила о утврђивању материнства нису монотона.

У српском праву, материнство се утврђује на основу прастарог правног и природног правила, по коме је мајка детета жена која га је родила.¹³⁵ Трудноћа и порођај се тешко могу сакрити, па од давнина важи изрека: *mater semper certa est*.¹³⁶ Као што смо већ напоменули, чињеница рођења детета није довољна, већ подаци о том догађају морају бити забележени на прописани начин. Ово опште правило важи без изузетка, па тако и наизглед неспорна чињеница о жени која је родила одређено дете мора бити правно констатована, тј. уписана у матичну књигу рођених, да би произвела правно дејство.¹³⁷

¹³⁴ Неке од најлепших мисли о мајци гласе: „Будућа судбина детета увек је мајчино дело“ (Наполеон), „Свака се људска љубав мора стећи, освојити, завредити и упркос запрекама сачувати. Само се мајчина љубав нити стиче нити завређује“ (Ауербах), „Држава почива на правди и судовима, домовина почива на матери и жени“ (Кнежевић), „Бог није могао бити на сваком месту, па је зато створио мајке“ (јеврејска пословица). Један од познатих романа чувеног руског писца Максима Горког насловљен је управо „Мати“.

¹³⁵ Вид. чл. 42 ПЗ.

¹³⁶ Дословно: „Увек се зна ко је мајка“.

¹³⁷ Поменули смо да у упоредном праву постоји установа анонимног порођаја, која представља изузетак од овог правила.

Имајући у виду разноврсност животних околности, не може се са потпуном сигурношћу искључити могућност да жена која јесте родила дете, из било ког разлога, не буде уписана у матичну књигу рођених. Њој, као и детету, у овом случају, загарантовано је право да захтева да се у судском поступку утврди наведена спорна чињеница.¹³⁸ Правноснажна пресуда којом се утврђује материнство одређене жене није довољна за успостављање правног односа између мајке и детета, па је поново неопходно да ова околност буде уписана у матичну књигу рођених.¹³⁹ То значи да се матерински статус стиче уписом у матичну књигу рођених чињенице рођења детета, која може бити неспорна или, пак, утврђена у судском поступку.

Основно правило о материнству, које се заснива на очигледним знацима трудноће, ипак, није довољно. Као што смо напоменули, чињеница рођења детета не производи правно дејство док се не евидентира, а разни догађаји могу условити неподударност фактичког стања и података уписаних у матичну књигу рођених. Грешке надлежног матичара или медицинског особља или умишљајне радње заинтересованих лица¹⁴⁰ могу

¹³⁸ Вид. чл. 43 ст. 2 ПЗ. У процесној теорији се истиче да су пресуде којима се отклања спор у погледу породичног статуса детета декларативне природе, а да је њихово дејство параконститутивно (Франић, Перкушић, 2012: 1009, Петрушић, 1990: 254). Ове пресуде имају ретроактивно дејство, не само у односу између детета и родитеља, већ према свима (нарочито сродницима) (Милутиновић, 2009: 203). Иначе, декларативне (утврђујуће) пресуде су оне којима се на несумњив начин утврђује постојање неког права или правног односа, односно истинитост или неистинитост неке исправе. Оне нису подобне за принудно извршење (Боранијашевић, 2008: 64).

¹³⁹ Вид. чл. 43 ПЗ.

¹⁴⁰ Примера ради, наводимо случај Зорице Јовановић, која је поднела представку суду у Стразбуру против Републике Србије, због пропуштања њених органа да јој обезбеде било какве информације о наводној смрти њеног сина. Подносиатељка је, наиме, остваривала редовне контакте са тек рођеним сином до дана планираног напуштања локалне болнице, када јој је саопштено да јој је син преминуо, а да је тело послато на обдукцију у Београд. Двадесетак година касније, након извештавања од стране медија о тзв. случајевима крађе беба у Србији, подносиатељка је поднела захтев да јој болница у којој се породила изда документа у вези са смрћу сина. Добила је одговор са оскудним подацима о изненадној смрти њеног сина одређеног дана и часа. Матична служба ју је, на њен захтев, обавестила да болница није пријавила смрт детета. Подносиатељки, иначе, ни у једном тренутку није уручен извештај о обављеној обдукцији. Због свега наведеног, сумњала је да је њен син жив и да је након незаконитих радњи запослених у здравственој установи усвојен. Њен супруг је затим поднео кривичну пријаву против медицинског особља, које је сматрао одговорним, али је она одбачена, без предузимања било каквих истражних радњи, с образложењем да има довољно доказа који упућују на смрт његовог и подносиатељкиног сина. Она се најзад обратила ЕСЉП, који је утврдио повреду права из чл. 8 ЕК и наложио РС да исплати подносиатељки износ од десет хиљада евра, на име накнаде нематеријалне штете, проузроковане пропуштањем државних органа да јој обезбеде било какве информације о судбини њеног сина. Што је још значајније, РС је наложено да у року од годину дана предузме све неопходне мере с циљем проналажења механизма за системско уређење истог или сличног положаја других родитеља (*Judgment* бр. 21794/08. Преузето 15.04.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-118276%22%5D%7D>). Вид. и Драшкић, 2017: 32-37). Уставни суд Србије се након доношења поменуте пресуде истим питањима бавио у предмету Г.Р. Међутим, захтев подносиоца уставне жалбе је одбијен, с образложењем да је реч о другачијем чињеничном стању у односу на случај госпође Јовановић. Утврђено је, наиме, да је медицинска установа уредно евидентирала све податке о

довести до тога да у матичну књигу рођених, као мајка детета, буде уписана жена која то, заправо, није.¹⁴¹ У том случају, материнство жене уписане у матичну књигу рођених може се оспоравати. Осим ње саме, то могу учинити дете, жена која тврди да је његова мајка, као и мушкарац који се по закону сматра оцем детета. Када је у улози тужиле жена која себе сматра мајком, тужбом се мора тражити и утврђивање њеног материнства.¹⁴² Тужбени захтев чији је циљ да се утврди да тужена није дететова мајка биће одбијен, ако у тужби није истакнут захтев да се утврди да тужила то јесте. Наведено правило је потпуно оправдано, јер је у интересу детета, доминантном у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима и интересима, да у континуитету буде познато ко му је мајка. Тежња да се утврди истинито стање ствари може постојати само паралелно са интересом детета да у сваком тренутку зна ко му је мајка. Уосталом, не може се закључити у чему би се

смрти подносиоцевих близанаца, да је ова чињеница уписана у матичну књигу умрлих, да је предузеће за погребне услуге такође применило прописану процедуру, те да сам подносилац није предузео неопходне радње након подношења неуредног захтева за спровођење истраге о смрти његових беба (Вид. Драшкић, 2017: 220-222). Епилог ових случајева је уследио 2020. године, када је донет Закон о утврђивању чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породицишта у Републици Србији (Сл. гласник РС, бр. 18/2020). Према одредбама овог закона, поступак за утврђивање чињеница у вези са децом за коју се сумња да су на незаконит начин одузета из породицишта покреће се предлогом родитеља, лица које сумња у своје порекло или заштитника грађана. Уколико родитељи нису у животу, поступак могу покренути брат, сестра, баба или деда несталиг новорођеног детета. У првом степену одлучују виши судови у Београду, Новом Саду, Нишу или Крагујевцу, зависно од места породицишта или пребивалишта/боравишта предлагача. О жалби одлучује месно надлежан апелациони суд. Преклузивни рок за подношење предлога износи шест месеци од ступања на снагу закона. Поступак се окончава решењем. Уколико предлог буде усвојен, решењем се утврђују чињенице о смрти детета или о томе шта се с њим десило и где се налази. Уколико из изведених доказа није било могуће утврдити шта се с дететом догодило, решењем ће се констатовати да не може да се утврди статус несталиг новорођеног детета. За случај да се касније појаве нове чињенице или докази, поступак се може поново покренути. Решењем суда мора бити утврђено који орган, организација или установа сноси одговорност за нестанак детета. Ако је такав захтев био истакнут и уколико предлог буде усвојен, суд ће предлагачу досудити правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде права на породични живот, чији износ не може бити већи од десет хиљада евра у динарској противвредности према званичном средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења решења суда. Прикупљање релевантних чињеница треба да олакша новооснована Комисија за прикупљање чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породицишта у Републици Србији, у чији састав улазе представници надлежних министарстава, Безбедносно-информативне агенције и удружења родитеља која се баве овим питањима (Вид. чл. 3, 15, 17, 23, 24, 25, 27 и чл. 29 Закона о утврђивању чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породицишта у Републици Србији). Општи утисак поводом овог *lex specialis*-а је да је исти донет под притиском закључака из изложене пресуде ЕСЈП и да је поступку његовог усвајања пропуштена прилика да се истражним и судским органима наметне већа одговорност у проналажењу и санкционисању лица одговорних за било коју незакониту радњу у вези са нестанком беба из српских породицишта.

¹⁴¹ Због тога опште правило о материнству спада у правне претпоставке. Под правним претпоставкама се подразумевају чињенице о чијем се постојању закључује на основу других, већ постојећих чињеница. Обориве правне претпоставке (*presumptiones iuris tantum*) јесу оне код којих је допуштено доказивање постојања супротне или другачије чињенице. Код необоривих претпоставки (*presumptiones iuris et de iure*) не постоји могућност доказивања супротног (Вид. Ковачевић Куштимовић, Лазић, 2008: 96).

¹⁴² Вид. чл. 44 ст. 1 и 2 ПЗ.

састојао правни интерес тужиље да побија претпостављено материнство, ако, притом, не жели да се легитимише као дететова мајка. Нису неважни ни разлози процесне природе, уобличени у тврдњу да је целисходније да се у истој, а не у два парницама, утврђују чињенице које указују на то која жена јесте дететова мајка. Уколико би се и водиле две парнице – једна за оспоравање, а друга за утврђивање материнства, у њима би свакако била коришћена иста доказна средства, пре свега медицинско вештачење, па би се беспотребно трошили материјални и други ресурси.

У случајевима у којима је материнство утврђено правноснажном судском одлуком, не постоји могућност његовог оспоравања.¹⁴³ Реч је о законској забрани прописаној у интересу правне сигурности, која истовремено представља разумну последицу чињенице да се у овом судском поступку, с циљем утврђивања истине, користе сва неопходна доказна средства, међу којима највећи значај имају одређене, изузетно поуздане, медицинске процедуре. Материнство се не може оспоравати ни после усвојења или смрти детета.¹⁴⁴ *Ratio legis* оваквог решења произлази из појма усвојења, које подразумева успостављање (трајног) односа родитеља и детета (ако су испуњени строго дефинисани услови) између субјеката за које је неспорно да то, у биолошком смислу, нису. Забрана оспоравања материнства након смрти детета мотивисана је заштитом његовог пијетета.¹⁴⁵ Мишљења смо, ипак, да ова забрана не би требало да постоји, јер је у колизији са родитељским правима фактичке мајке, а такође и са личним и имовинским (наследним) интересима дететових сродника.

У некада важећем српском породичном праву био је изражен став да је правило о материнству жене која је родила дете толико очигледно, да га не треба посебно наводити. У Српском грађанском закону, сва пажња је била посвећена утврђивању очинства, док се успостављање материнства поистовећивало са чином рођења. Као и очинство, и материнство је могло бити брачно и ванбрачно, а ова подела није била без значаја, јер је у другом случају родитељско право над дететом вршила мајка, која је морала да се стара о

¹⁴³ Вид. чл. 44 ст. 3 ПЗ.

¹⁴⁴ Вид. чл. 44 ст. 4 и 5 ПЗ.

¹⁴⁵ Ковачек Станић (2011:201) у вези с овим законским решењем наводи да се породичним правом првенствено штити дете, те да су могуће наследноправне злоупотребе. С обзиром на то да се у овом случају, по нашем мишљењу, заштитом оправданог интереса других лица не угрожавају права детета, сматрамо да је пожељна измена постојећег става о немогућности оспоравања материнства након његове смрти. Постојање опасности од злоупотребе је непожељна страна нормирања било ког, па и овог субјективног права, због чега треба прописати механизме којима се она може свести на најмању меру.

његовом животу, здрављу и васпитању.¹⁴⁶ Законом о браку и породичним односима¹⁴⁷, у делу који се односио на материнство и очинство, изричито је било регулисано само утврђивање очинства, док је одредбом из чл. 100 било стипулисано да се одредбе овог закона о утврђивању очинства сходно примењују и при утврђивању материнства, уколико из природе ствари не произлази нешто друго. То значи да је у периоду важења овог закона правило *mater semper certa est* било неприкосновено. Уколико је ова чињеница, ипак, морала да буде утврђена у судском поступку, сходном применом правила о очинству, закључујемо да су овај поступак могли да покрену дете и жена која је себе сматрала мајком. Материнство је могло да буде утврђено судским путем и након смрти детета, али није могло да буде истраживано након зачећа детета вештачком оплодњом мајке.¹⁴⁸ Имајући у виду прописану аналогну примену одредаба о очинству и из њих проистеклу могућност његовог признања, закључујемо да је и материнство могло да буде установљено на овај начин. Сматрамо да ово решење није неспојиво са природом материнства, што је кључни услов за сходну примену одредаба о утврђивању очинства. Према правилима ЗБПО, а имајући у виду наш позитиван став о одговарајућој примени норми о утврђивању очинства у овом случају, жена која је родила дете, а чије материнство није било уписано у матичну књигу рођених, могла је да дâ изјаву о признању ове чињенице пред матичарем, судом, органом старатељства или другим државним органом надлежним за састављање јавних исправа. Када би примили такву изјаву воље на записник, ови органи су били дужни да је проследе надлежном матичару. Материнство је могло да буде признато и у завештању, али не и преко пуномоћника.¹⁴⁹ Правило о могућности признања очинства пре рођења детета, тј. у односу на *nasciturus* није се могло применити и на признање материнства, имајући у виду да је пре рођења детета очигледно ко је његова мајка (Тако и: Ковачек Станић, 1986: 25). Након смрти детета, признање није било могуће, па је материнство у том случају могло да буде утврђено само судским путем.¹⁵⁰ Изјаву о признању материнства је могла да дâ жена са навршених шеснаест година живота, под условом да је била способна за расуђивање.¹⁵¹ Са тиме се морало

¹⁴⁶ Вид. § 129 и § 135 СГЗ.

¹⁴⁷ Сл. гласник СРС бр. 22/80, 24/84, 11/88, +22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/01. У даљем тексту: ЗБПО.

¹⁴⁸ Вид. чл. 98 и чл. 101 ЗБПО.

¹⁴⁹ Вид. чл. 90 ЗБПО.

¹⁵⁰ Вид. чл. 91 ЗБПО.

¹⁵¹ Вид. чл. 93 ЗБПО.

сагласити и дете са навршених шеснаест година.¹⁵² Ове изјаве су биле неопозиве, па је њихово правно дејство могло да престане у случају поништења, тј. уколико су биле дате под принудом, услед преваре или у заблуди.¹⁵³ Уколико би дете дало негативну изјаву или би рок од тридесет дана за саглашавање о признавању материнства безуспешно протекао, жена која је признала дете је могла подићи тужбу за утврђивање материнства.¹⁵⁴ По аналогiji са правилима о заснивању очинства, тужбу за утврђивање материнства је могло да поднесе и дете. У име малолетног или пословно неспособног детета, чији је отац непознатог боравишта, није жив или је лишен пословне способности или родитељског права, поступак је могао да покрене старатељ, са одобрењем органа старатељства.¹⁵⁵ Материнство су пред судом могли да оспоравају дете, жена уписана у матичну књигу рођених као мајка и жена која је себе сматрала мајком, под условом да је истовремено захтевала да та жена тврдња буде потврђена у судском поступку.¹⁵⁶

Поређењем позитивних правила о материнству и оних важећих до пре петнаест година, закључујемо да она, насупрот општем уверењу, нису ни једноставна ни статична. То што у правном претходнику важећег закона нису била садржана изричита правила о утврђивању материнства говори у прилог томе да се у време његовог доношења није сматрало да има нарочите потребе за тим. Међутим, у савременом праву је не само пожељно, већ и нужно да та правила буду јасна. Штавише, мишљења смо да ће промене које се очигледно дешавају у савременим породичним односима довести до тога да она у будућности буду све бројнија и садржајнија. Сматрамо да одговарајуће место међу њима треба да нађе и могућност признања материнства. Не мислимо притом на аналогну примену правила о признању очинства, која је раније постојала у српском праву, већ смо става да она треба да буде изричито прописана *de lege ferenda*. Наиме, неспорно је да је чињеница материнства, за разлику од чињенице очинства, најчешће очигледна, али понекад то није случај и тада она мора бити утврђена у судском поступку. Управо због тога треба прописати да у таквим, спорним ситуацијама и она може бити уписана у матичну књигу рођених, не само на основу пресуде, већ и на основу пуноважне изјаве

¹⁵² Вид. чл. 95 ст. 1 ЗБПО.

¹⁵³ Вид. чл. 97 ст. 2 ЗБПО.

¹⁵⁴ Вид. чл. 96 ст. 1 ЗБПО.

¹⁵⁵ Вид. чл. 98 ст. 1 и 2 ЗБПО.

¹⁵⁶ Вид. чл. 107 ст. 1, чл. 108 ст. 1 и чл. 109 ст. 1 ЗБПО. Примећујемо да се ово решење разликовало од важећег, јер међу овлашћеним лицима за опорављење материнства нема мушкарца који се сматра оцем детета.

воље жене која је родила дете. Сматрамо да је ово решење у духу поштовања принципа аутономије воље, који, по нашем мишљењу, све више обузима породично право, а да притом ни на који начин не штети добробити детета, већ, напротив, доприноси заштити његовог и општег интереса да његово порекло буде утврђено на ефикасан и економичан начин.

2. Општа правила о материнству у упоредном праву

Иако су, као што смо већ напоменули, правила о успостављању материнства, по природи ствари, универзалнија од оних о настанку очинства, она нису идентична у појединим правним поретцима. Разлике међу њима се огледају у прописивању мање или више различитих метода путем којих се биолошка истина о дететовој мајци претвара у правну. Понегде су ти методи разноврснији и детаљније уређени, а негде до пуног изражаја долази идеја о томе да материнство ретко може бити спорно, па су правила о њему изузетно оскудна.

У позитивном хрватском праву материнство се превасходно утврђује на основу општепознатог правила да је жена која је родила дете његова мајка, а уколико се о томе појави спор, неопходно је да ова чињеница буде утврђена у судском поступку.¹⁵⁷ Чини нам се да је у језичком смислу подеснија одредба из домаћег Породичног закона, којом је указано на то да се материнство утврђује судским путем када жена која јесте родила дете није уписана у матичну књигу рођених као мајка. Тиме је наглашен значај биолошких чињеница, које евидентирањем у прописаном поступку прерастају у изворе правног односа. У хрватском закону се напомиње да се материнство утврђује посредством суда када га није могуће установити на основу наведеног примарног правила, што се чини нелогичним, јер се у судском поступку не утврђује нешто друго, већ управо личност жене која је родила одређено дете, а, из било ког разлога, није уписана у матичну књигу рођених као његова мајка. Разлика у односу на српско законодавство постоји и у домену круга правних субјеката овлашћених за покретање овог поступка. Наиме, осим детета и

¹⁵⁷ Вид. чл. 58 и чл. 59 ст. 1 Обитељског закона (НН 103/15. Преузето 20.06.2018. <https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>. У даљем тексту: ОЗ РХ.) У важећем Обитељском закону је недвосмислено назначено да је основно правило о материнству једна од правних претпоставки, па је члан који га садржи тако и насловљен – „Пресумпција мајчинства“.

жене која себе сматра мајком, ово овлашћење има и центар за социјални рад.¹⁵⁸ Ако претпостављена мајка више није у животу, у улози туженог ће бити њени наследници.¹⁵⁹ Материнство жене уписане у матичну књигу рођених, осим ње саме, могу оспоравати и дете и жена која себе сматра његовом мајком (под познатим условом да истовремено тражи утврђивање свог материнства).¹⁶⁰ Судски утврђено материнство се не може оспоравати, као ни материнство над дететом које више није у животу.¹⁶¹

Доношењем новог Обитељског закона 2015. године, начињене су важне промене у хрватском праву о материнству, јер је укинута некадашње особено правило по коме је материнство, попут очинства, могло бити успостављено и признањем.¹⁶² Такву изјаву воље је могла дати жена која је навршила шеснаест година, под условом да је била способна да схвати њен правни значај. О важности утврђивања чињенице материнства сведочио је и правило по коме је чак и делимично пословно способно лице могло признати материнство, ако одлуком о лишењу пословне способности нису биле обухваћене изјаве које се тичу личних стања.¹⁶³ Са признањем се претходно морао сагласити орган старатељства чије се подручје рада поклапало са местом рођења, односно

¹⁵⁸ Вид. чл. 59 ст. 2 ОЗ РХ.

¹⁵⁹ Вид. чл. 59 ст. 3 ОЗ РХ.

¹⁶⁰ Вид. чл. 75 ОЗ РХ.

¹⁶¹ Вид. чл. 77 и 78 ОЗ РХ.

¹⁶² Вид. чл. 55 Обитељског закона (НН 116/2003. Преузето 20.06.2018. <https://www.zakon.hr/download.htm?id=831>. У даљем тексту: ОЗ РХ (2003.)). Хрватско породично законодавство је у периоду од скоро две деценије претрпело доста измена. Обитељски закон из 1999. године је као такав примењиван од момента ступања на снагу, али га је врло брзо заменио онај из 2003. године, који је неколико пута новелиран, да би 2014. године начињен покушај доношења новог закона који би за предмет имао уређење породичних односа. Његову примену је након четири месеца суспендовао Уставни суд, због великог броја поднетих иницијатива за оцену његове уставности. Након што су уважене примедбе овог суда, Влада Републике Хрватске је Хрватском сабору упутила нови предлог закона, па је 2015. године донет важећи ОЗ РХ, који је такође у неколико наврата мењан и допуњаван. Овај закон је почивао на институтима заступљеним у законском тексту из 2014. године, али су, у складу са замеркама подносилаца поменутих уставних иницијатива, бројне његове одредбе допуњене, појашњене или пак као сувишне уклоњене. У образложењу законског предлога наведено је да су бројни институти прописани Обитељским законом из 2014. године већ дали одговарајуће резултате у току четворомесечне примене, да је њихов циљ боља заштита угрожених категорија становништва, нарочито деце и одраслих особа са инвалидитетом, те да су као такви усклађени са директивама Европске Уније и праксом ЕСЉП успостављеном у поступцима који су вођени против Хрватске. Реч је о опсежном закону, који обухвата и ванпарничне поступке и поступке извршења и обезбеђења у вези са породичним односима, а садржи чак пет стотина шездесет два члана, што је знатно више у односу на његовог претходника, који их је садржао три стотине шездесет осам. Више у: Приједлог Обитељског закона. Преузето 20.06.2018. <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2015/231%20sjednica%20Vlade//231%20-%201.pdf>, као и Тезе за Обитељски закон. Преузето 20.06.2018. https://www.czss-pozega.hr/wp-content/uploads/prikaz-datoteka/teze_za_nacrt_prijedloga_obiteljskog_zakona_s_k.pdf.

¹⁶³ Вид. чл. 57 ОЗ РХ (2003.).

пребивалишта или боравишта детета.¹⁶⁴ Да би признање материнства било пуноважно, пред истим центром за социјални рад, пристанак је требало да дâ и дете које је навршило четрнаест година живота, под условом да је било способно да схвати значење овог акта.¹⁶⁵ Материнство се могло признати и у односу на дете које више није живо, али под условом да је имало надживеле потомке.¹⁶⁶ Тај акт је могао бити предузет не само пред матичарем, већ и пред центром за социјални рад и судом, који су били дужни да о томе обавесте матичара који води књигу рођених за дете.¹⁶⁷ Надлежни матичар, чим би саставио или примио записник или завештање које је садржало изјаву о признању материнства, морао је да затражи од надлежних центара за социјални рад да у року од тридесет дана доставе прописане изјаве о сагласности са признањем.¹⁶⁸ Уколико су му достављене поменуте изјаве о сагласности, односно престанку, надлежни матичар је уписивао признање материнства у матичну књигу рођених.¹⁶⁹ Жена која је признала чињеницу материнства није се могла предомислити, јер је претходно дата изјава била неопозива.¹⁷⁰

Сматрамо да решење о признању материнства из ранијег хрватског права, иако оригинално са становишта важећих домаћих правила, није било нелогично, јер је омогућавало да се у случају када није било неслагања о материнству одређене жене, исто упише у јавну књигу без вођења, у одсуству спора, непотребног судског поступка. Поњавић (2006:254) наводи супротно, сматрајући да заснивање материнства признањем представља повреду права на породични живот детета.

У руском праву, материнство почива на распрострањеном правилу да се мајком сматра жена која је родила дете. Према одредбама из чл. 48 ст. 1 Породичног закона Руске федерације¹⁷¹ међусобни однос мајке и детета се успоставља евидентирањем чињенице рођења, у складу са исправама издатим од стране медицинске установе у којој се одиграо порођај. Када дете није рођено у болничким условима, упис података о мајци се врши на

¹⁶⁴ Вид. чл. 59 ст. 1 ОЗ РХ (2003.).

¹⁶⁵ Вид. чл. 59 ст. 2 ОЗ РХ (2003.).

¹⁶⁶ Вид. чл. 58 ст. 2 ОЗ РХ (2003.). Смисао оваквог законског решења, по коме би потомци пре родитеља били позвани на наслеђе, састоји се у спречавању злоупотребе у виду признавања права на наслеђивање родитељу који је за живота детета избегавао права и обавезе према њему (Ковачек Станић, 1986: 25).

¹⁶⁷ Вид. чл. 56 ст. 1 ОЗ РХ (2003.).

¹⁶⁸ Вид. чл. 59 ст. 3 ОЗ РХ (2003.).

¹⁶⁹ Вид. чл. 59 ст. 4 ОЗ РХ (2003.).

¹⁷⁰ Вид. чл. 58 ст. 1 ОЗ РХ (2003.).

¹⁷¹ Породични законик Руске Федерације (Семейный кодекс Российской Федерации, от 29.12.1995 N 223-ФЗ. Преузето 20.06.2028. <http://www.refworld.org/pdfid/5492cbf64.pdf>. У даљем тексту: ПЗ РФ.).

основу медицинске документације, изјава сведока или других доказа. У одсуству исправа и других средстава подобних за упис података о мајци, она може захтевати, у посебном судском поступку, да се донесе одлука која ће представљати основ уписа чињенице материнства. Уколико је њено материнство спорно, оно мора бити утврђено у парничном поступку.¹⁷² Материнство могу оспоравати дете, претпостављена мајка и жена која себе сматра мајком. Овај поступак се може водити и ако је претпостављена мајка лишена пословне способности или преминула.

У француском праву, материнство као правни однос између мајке и детета почива на упису њених података у јавни регистар.¹⁷³ Осим тога, мајка може поднети суду захтев за издавање исправе којом ће се констатовати њен матерински статус, заснован на фактичком стању, који ће она уживати све док се не појаве околности које га оповргавају.¹⁷⁴ Она такође може дати изјаву о признању материнства, садржану у исправи о рођењу детета или у другој јавној исправи.¹⁷⁵ Уколико материнство није могло да буде успостављено на неки од ових начина, оно може бити утврђено у судском поступку.¹⁷⁶ Право на покретање овог поступка је резервисано за дете, које тужбу може подићи против жене за коју сматра да му је мајка, односно против њених наследника (ако она није у животу).¹⁷⁷ Допуштено је доказивати да жена која се сматра мајком није родила дете.¹⁷⁸ То могу чинити дете, један од родитеља и жена која себе сматра мајком, а уколико матерински статус осим на упису у регистар рођења не почива и на фактичком стању, може га оспоравати свако заинтересовано лице.¹⁷⁹ Не треба изгубити из вида ни чињеницу да се француско законодавство најчешће наводи као један од примера оних у којима је допуштен анонимни порођај. Као што смо већ напоменули, у делу рада о праву детета да зна своје порекло, према важећем решењу, мајка може по пријему у здравствену установу, односно по рођењу детета одржати у тајности елементе свог идентитета. Том приликом ће јој се предочити значај дететове жеље да зна своје порекло, упитаће се и о свом и здрављу дететовог оца, о географским подацима, а омогућиће јој се и да да личне податке под

¹⁷² Више о овим поступцима у делу рада о процесним правилима за успостављање материнства.

¹⁷³ Вид. чл. 311-25 СС.

¹⁷⁴ Вид. чл. 317 ст. 1 СС.

¹⁷⁵ Вид. чл. 316 СС.

¹⁷⁶ Вид. чл. 325 ст. 1 СС.

¹⁷⁷ Вид. чл. 325 ст. 2 и чл. 328 СС.

¹⁷⁸ Вид. чл. 332 ст. 1 СС.

¹⁷⁹ Вид. чл. 333 ст. 1 и 334 СС.

условом њиховог чувања у запечаћеној коверти. Она у сваком тренутку може открити свој идентитет, а њено право да остане непозната не искључује право мушкарца који себе сматра оцем да утврђује чињенице које његово уверење поткрепљују.¹⁸⁰ Ово право је добило своју потврду и у судској пракси, па је поменути предмет *Odièvre v. France* постао својеврстан синоним за анонимни порођај.

У црногорском¹⁸¹, немачком¹⁸² и аустријском праву¹⁸³, правила о материнству су нарочито сажета – дететовом мајком се сматра жена која га је родила. У немачком и у аустријском законодавству је ово правило изричито стипулисано, што у црногорском праву није случај, али произлази већ из првих одредаба о породичном статусу детета, као неспорно. Систематика црногорског породичног закона је таква да прва целина у оквиру дела насловљеног *Породични статус детета* носи назив *Утврђивање материнства и очинства*, при чему су материнству изричито посвећена свега два члана, који садрже упућујуће правне норме. Тако је одредбом из чл. 111 ПЗ ЦГ прописано да се одредбе о утврђивању очинства примењују и при утврђивању материнства, уколико из природе односа не произлази нешто друго. Одредбом из чл. 120 истог закона прописано је да се, под истим условом, одредбе о оспоравању очинства примењују и при оспоравању материнства. Тиме је црногорски законодавац прихватио у наслеђе правац којим су се кретали творци Закона о браку и породичним односима. Имајући у виду сходну примену одредаба о утврђивању очинства на конституисање материнства, могућност успостављања очинства признањем и наш став о томе да признање материнства није неспојиво с природом односа између мајке и детета, закључујемо да у црногорском праву постоји могућност заснивања материнства овим путем. Материнство може признати жена која је навршила шеснаест година и способна је за расуђивање.¹⁸⁴ Она то може учинити пред матичарем, органом старатељства, судом или другим органом овлашћеним за састављање јавних исправа. Они су дужни да оверени примерак записника с том изјавом доставе матичару надлежном за упис рођења детета. Изјаву о признању материнства може

¹⁸⁰ Вид. чл. 326 СС, као и Поњавић et al, 2017: 27.

¹⁸¹ Вид. чл. 97 ПЗ ЦГ.

¹⁸² Вид. § 1591 Немачког грађанског законика (Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch. Преузето 20.06.2018. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. У даљем тексту: BGB.).

¹⁸³ Вид. § 143 Аустријског грађанског законика (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. Преузето 20.06.2018. [ABGB, Fassung vom 15.11.2014.pdf \(bka.gv.at\)](http://www.rgk.gv.at/bka/gv.at). У даљем тексту: ABGB.).

¹⁸⁴ Вид. чл. 104 и чл. 111 ПЗ ЦГ.

садржати и завештање.¹⁸⁵ С овим чином, да би произвео правно дејство, мора да се сагласи и дете које је навршило шеснаест година и способно је за расуђивање, односно његов старатељ, уз посебно одобрење органа старатељства, уколико нису испуњени прописани услови на страни детета.¹⁸⁶ Тумачењем по аналогији можемо закључити да тужбу за утврђивање материнства могу поднети дете и жена која себе сматра мајком, а тужбу за оспоравање материнства, поред ових лица, још и претпостављени отац и мајка.¹⁸⁷ Ако дете више није у животу, материнство се може утврдити само судским путем, а не може се оспоравати.¹⁸⁸ Очигледно је да су правила о материнству у црногорском праву у другом плану, али то не значи да су мање значајана од оних о очинству, већ је на тај начин изражен став законодавца да је претпоставка материнства много уверљивија од оне о очинству. Последично, логично је очекивати много мањи број случајева спорног материнства, него очинства. Иако је неспорно да је однос мајке и детета, услед биолошких и социолошких законитости најчешће јасно видљив, не подржавамо овакав приступ уређењу овог дела породичног статуса детета. Мишљења смо да је српски законодавац на бољи начин довео у равнотежу природне и друштвене законе и примеренијим методом обликовао логичну претпоставку о материнству жене уписане у матичну књигу рођених за дете, која мора бити оборива, уколико се имају у виду разне животне околности. Управо због тих околности, ова чињеница у појединим случајевима не може бити утврђена на други начин, већ само у судском поступку. Сматрамо да правила о томе морају бити изричита и, ипак, одвојена од оних о очинству, због значаја чињенице материнства и потребе сузбијања правних празнина, које у црногорском праву очигледно постоје.

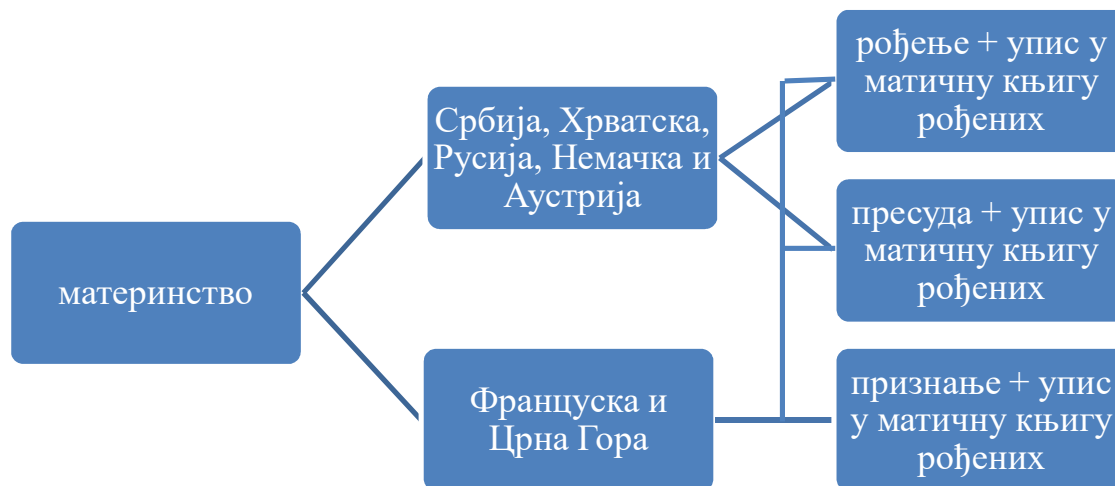
У наставку рада, на слици бр. 1, шематски су приказане чињенице на којима се заснива материнство у анализованим правима.

¹⁸⁵ Вид. чл. 101 и чл. 111 ПЗ ЦГ.

¹⁸⁶ Вид. чл. 106 и чл. 111 ПЗ ЦГ.

¹⁸⁷ Вид. чл. 107, чл. 109, чл. 111, чл. 113, чл. 114, чл. 115, чл. 116, чл. 117 и чл. 120 ПЗ ЦГ.

¹⁸⁸ Вид. чл. 103, чл. 111, чл. 119 и чл. 120 ПЗ ЦГ.



Слика бр. 1: Чињенице на којима почива материнство.

3. Нормативни појам очинства

3.1. Опште напомене

Очинство детета није у потпуности самосталан појам, већ се утврђује посредством друге две, по објективној оцени законодавца, извесније правне чињенице: брака и материнства. Без обзира на тежњу, својствену савременом праву, да се не прави било каква разлика између деце рођене у браку и изван њега, правила о утврђивању очинству у једном, односно у другом случају, не могу бити иста. Ниједан од постојећих механизма идентификовања ванбрачног оца не може бити у потпуности комплементаран претпоставци брачног очинства, из више разлога (Тако и Поњавић, 2007: 181).¹⁸⁹ Наиме, закључење и престанак брака су строго формални акти, због чега не може бити спорно када је брачни однос успостављен и колико је трајао. Што се, пак, ванбрачне заједнице тиче, њено заснивање и раскид ослобођени су било какве законске форме, тако да је тешко утврдити на несумњив начин када је отпочела, односно престала. Осим тога, обавеза

¹⁸⁹ У Принципима је, ипак, остављена могућност државама да се претпоставком очинства обухвате не само брачни партнери, већ и лица која су у време зачећа детета живела у заједници (Вид. пети принцип Трећег дела).

узајамног поштовања из чл. 25 ПЗ, системским тумачењем би могла да обухвати и обавезу верности супружника, али је тешко довести је у непосредну везу са ванбрачним партнерима. Иако се залажемо за одсуство сваког вида дискриминације ванбрачне деце у односу на брачну, сматрамо да из чисто научних разлога треба раздвојити брачно и ванбрачно очинство, како би се подробније проучила материјална и процесна правила за успостављање овог дела породичног статуса детета.¹⁹⁰ У делу рада о општим претпоставкама материнства ову разлику нисмо правили, јер се, по природи ствари, основно правило о жени која ће се сматрати дететовом мајком јединствено примењује.

¹⁹⁰ Одредбом из чл. 6 ст. 4 ПЗ прописано је да дете рођено ван брака има једнака права као дете рођено у браку. Према Европској конвенцији о правном статусу ванбрачне деце (European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock. Преузето 20.05.2018.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent>. У даљем тексту: ЕКПЦВД.), ванбрачна деца су повериоци издржавања на исти начин као она рођена у браку, а имају и једнака наследна права (Вид. чл. 6 и 9). Равноправан третман ванбрачне и брачне деце представља савремену друштвену и правну тековину. Дуго времена је правни положај деце рођене ван брачне заједнице био деградиран у односу на брачне потомке. То је посебно долазило до изражаја у наследноправним односима. Тако је, примера ради, по правилима француског права, у периоду од 1970. до 2001. године ванбрачни наследник, након смрти родитеља, имао право на једну половину наследног дела детета које се сматрало брачним (Вид. *Fabrice v. France (Judgment бр. 16574/08*. Преузето 20.05.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf>). У периоду до 1998. године и у Немачкој је наследноправни третман брачне и ванбрачне деце био подвојен, па је ванбрачно дете имало право само на новчано потраживање према очевим наследницима. Дискриминација је постојала и у односу на време рођења детета и моменат смрти и последње пребивалиште ванбрачног оца. Наиме, ово право су имала деца рођена на територији Савезне Републике Немачке након 1. јула 1949. године. Након уједињења, исто право су имала и она ванбрачна деца рођена на територији Немачке Демократске Републике пре 3. октобра 1990. године, чији је отац преминуо након тог датума и имао последње пребивалиште на територији ове државе (Вид. *Brauer v. Germany (Judgment бр. 3545/04*. Преузето 20.05.2018.

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-92752&filename=001-92752.pdf>).

Потврду дискриминације ванбрачне деце у Аустрији налазимо у одлуци ЕСЈП донетој у предмету *Inze v. Austria (Judgment бр. 8695/79*. Преузето 20.05.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docnumber%22:%5B%22695382%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57505%22%5D%7D>}, у којој је суд утврдио повреду права нормираног у чл. 14 ЕК, ускраћивањем ванбрачном сину права да након смрти мајке наследи пољопривредно добро које јој је припадало, из разлога што је према домаћим прописима у том случају предност имао брачни син. Иначе, према попису из 2011. године 48,9% од укупног броја породица у Републици Србији чине брачни парови са децом. Ванбрачним паровима са децом припада свега 3,2%. На брачне парове без деце отпада 28,3%, на једнородитељске породице 17,3%, а на ванбрачне парове без деце 2,3%. У браку је рођено, у периоду од 2002. до 2016. године, 258 180 деце, а ван њега, у истом временском размаку, 82 371 дете. Вид. Статистички годишњак, 2017: 34, 56. Преузето 20.05.2018. <http://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/G2017/pdf/G20172022.pdf>.

3.2. Брачно очинство у домаћем праву уз осврт на праксу Европског суда за људска права

Према основном правилу о (брачном) очинству, садржаном у чл. 45 ПЗ, оцем се сматра муж мајке детета.¹⁹¹ Иако и основно правило о материнству спада у обориве правне претпоставке, јер се подаци о мајци из матичне књиге рођених могу оспоравати, још је очигледније да је законски појам очинства, такође, оборива правна претпоставка.¹⁹² Да је законодавац постојању брачне везе дао нарочит значај, потврђује и то што је законом надаље прописано да се, уколико је дете рођено по престанку брака, и то у року од триста дана од смрти мужа, оцем детета сматра муж мајке из тог брака, под условом да није склопљен нови брак. Ако је, пак, дете рођено у новом браку мајке, оцем детета се сматра њен нови муж. Уколико је брак престао разводом или поништењем, не важи претпоставка о очинству бившег супружника, без обзира на испуњеност другог, темпоралног услова.¹⁹³ Некадашњи ЗБПО је прописивао да се, без обзира на разлог престанка брака, ради о брачном очинству, ако је дете рођено у року од триста дана од престанка брачне заједнице.¹⁹⁴ Уколико би мајка накнадно закључила брак, а дете било рођено у року од

¹⁹¹ Реч је о прастаром правилу: *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (Дословно: „Отац је онај на кога указује брак.“). Оно ће важити кад год постоји брачна веза; не захтева се заједнички живот супружника (Поњавић, 2006: 255).

¹⁹² Треба, ипак, имати у виду различиту природу претпоставки о материнству и очинству (брачном и ванбрачном очинству утврђеном признањем). Наиме, претпоставку о материнству жене која је родила дете чини оборивом могућност погрешног уписа њених података у матичну књигу рођених. Претпоставка о очинству одређеног мушкарца је сама по себи оборива, услед непостојања очигледне везе између оца и чина рођења детета.

¹⁹³ То, наравно, не значи да се (ванбрачно) очинство бившег супружника, у случајевима у којима се оно не претпоставља, не би могло утврђивати судским путем. Мишљења смо да је у интересу детета прописивање правила да ће се бивши супружник сматрати оцем у случају успешног оспоравања очинства новог супружника. Из истог разлога бившем мужу треба омогућити да у сваком од поменутих случајева признањем очинства заснује родитељски однос, наравно, уз сагласност мајке и њеног новог мужа, уколико постоји.

¹⁹⁴ Вид. чл. 86 ст. 1 ЗБПО. Према одредбама СГЗ брачно очинство је постојало ако је дете рођено у року од сто осамдесет дана од закључења брака или у року од триста дана од смрти мужа или развода брака (§ 113). У случају оспоравања брачног очинства, претпостављени отац је морао доказивати да су интимни односи између њега и мајке детета у наведеном периоду били немогући (Вид. § 114 СГЗ). *Ad contrario*, ванбрачним дететом се сматрало оно зачето и рођено ван брака, али и дете рођено у року краћем од сто осамдесет дана од закључења брака или у року дужем од триста дана од престанка брака, осим ако се радило о недоношчету или детету које је отац признао за своје или га се у року од тридесет дана није одрекао судским путем (Вид. § 128 СГЗ). До 1868. године ванбрачно очинство се, начелно, могло утврђивати, али је § 130 СГЗ садржао неусклађене одредбе, па се оно ипак није могло доказивати у одсуству признања ванбрачног оца. На недоследност правила о могућности истраживања ванбрачног очинства указивао је и Врховни суд Кнежевине Србије (Кулаузов, 2015: 1753). Након законодавне измене из 1868. године, ванбрачно очинство се није могло истицати, осим ако је дете зачето услед одвођења или силовања мајке. Ако је ванбрачни отац

двеста седамдесет дана од престанка претходног, важило је правило по коме се оцем сматрао бивши брачни друг, осим уколико би нови партнер, уз сагласност мајке, признао очинство.¹⁹⁵ Поњавић (2006:256) негативно оцењује јединствено решење, оно које је независно од узрока разлаза супружника, истичући да је ужи приступ не само примеренији тежњама европског породичног права, већ и целисходнији са становишта положаја мушког супружника. Наиме, овај аутор објашњава да један од разлога за развод брака може бити управо сазнање да дотични мушкарац није дететов отац. Уколико би се по закону сматрао оцем детета рођеног након развода брака са његовом мајком, он би био принуђен на покретање парнице за оспоравање очинства. С друге стране, када раздор међу супружницима настане из неког другог разлога, признањем очинства би се могле избећи негативне последице важења обориве претпоставке да бивши муж мајке није дететов отац. Сматрамо да је различито уређење породичног статуса детета неминовно, као што је логична претпоставка да су односи супружника били складни пре престанка брака смрћу једног од њих, а поремећени пре завршетка брака њиховом вољом. Уколико би *de lege ferenda* био усвојен јединствен приступ, мишљења смо да би рок од кога би зависило дејство претпоставке брачног очинства требало везати за фактички престанак заједнице живота или за моменат подизања тужбе, имајући у виду да поступци за развод, односно поништење брака трају извесно време.

Очинство детета, баш као и материнство, успостављено уписом у матичну књигу рођених представља обориву правну претпоставку, али су случајеви оспоравања (брачног) очинства, по природи ствари, много чешћи него случајеви оспоравања материнства. Очинство мушкарца уписаног у матичну књигу рођених може побијати већи број лица.

дете признао и пристао на то, могао је бити уписан у црквене књиге као његов отац (§ 130). Наведена правила се могу поредити са онима из Аустријског грађанског законика из 1811. године. Наиме, према његовим одредбама ванбрачним се сматрало дете рођено ван брака или у току његовог трајања, али у року краћем од седам месеци од његовог закључења или дужем од десет месеци од његовог престанка. У овом другом случају, било је неопходно да се мајчин супруг у субјективном року од три месеца судским путем одрекне детета. У случају оспоравања брачног очинства, очинство другог мушкарца, различитог од супруга, морало је бити доказано, тако да прељуба или изјава мајке нису морале бити од пресудног значаја. Осим тога, могло се доказивати да је отац детета управо муж мајке, иако поменути темпорални елемент претпоставке брачног очинства није био испуњен, и то упоређивањем физичких карактеристика заинтересованих лица од стране стручњака. Ванбрачним оцем сматран је мушкарац за кога је у судском поступку утврђено да је одржавао интимне односе са дететовом мајком у периоду не краћем од шест и не дужем од десет месеци рачунајући уназад од његовог рођења или онај који је ту чињеницу признао вансудским путем. Постојала је и могућност накнадног позаконења. Било је изричито наведено да ванбрачна деца нису једнака са брачном, али је обавеза ванбрачног оца била да, уколико има финансијских средстава, доприноси издржавању свог ванбрачног потомка (Вид. §§ 155-167 ABGB из 1811. године).

¹⁹⁵ Вид. чл. 86 ст. 2 ЗБПО.

Осим детета и мајке, тужбу за оспоравање очинства могу подићи муж мајке и мушкарац који тврди да је отац детета. Тужба коју подноси мушкарац који сматра да је отац детета, мада није уписан у матичну књигу рођених, очекивано, мора садржати и захтев за утврђење његовог очинства. Када очинство буде утврђено правноснажном судском пресудом, не може се више оспоравати. Оно се не може оспоравати ни након заснивања усвојења или смрти детета, из истих оних разлога из којих у таквим ситуацијама није дозвољено ни оспоравање материнства, а на које смо претходно указали.¹⁹⁶

Ковачек Станић (2013:113) објашњава да је то што не постоје додатни услови под којима претпостављено (брачно) очинство може оспоравати мушкарац који себе сматра оцем у складу са тежњом постојећом у упоредном праву да правно очинство буде подударно биолошком, тј. да дете зна ко су му биолошки родитељи. У литератури се све чешће може наићи на мишљење да је у савременим условима биолошко сродство делимично изгубило на значају и да су све важнији социјални критеријуми – ко се брине о детету, проводи време с њим, налази се у његовој близини и васпитава га. У том смислу, помињу се синтагме: функционални родитељ, психолошки родитељ, *de facto* родитељ (Ђорац, 137, Новаковић, 2015: 107, 113).¹⁹⁷ Новаковић (2017:132) примећује да биолошка веза не сме сама по себи имати превласт у односу на љубав и бригу коју је дете добијало од правног оца, те да се чињеница биолошког порекла мора посматрати у садејству са свим социјалним критеријумима, како не би било повређено право детета на поштовање његовог породичног живота. Овај аутор, чак, наводи да не би требало омогућавати биолошком оцу да врши родитељско право над дететом, ако је његова намера била усмерена само на утврђивање биолошке везе (Новаковић, 2017: 147). Ми смо мишљења да се родитељско право заснива на законом прописаним чињеницама, међу којима је и биолошко порекло, а да заштити интереса детета, осим правила да се ове чињенице морају утврдити у прописаном поступку, доприносе и други институти. Мислимо на потпуно или делимично лишавање родитељског права, уколико лице чији је статус родитеља тек утврђен нема капацитете за вршење права и дужности према детету, као и на право детета да одржава личне односе с блиским лицима, међу којима је и оно чији је родитељски

¹⁹⁶ Вид. чл. 56 ПЗ.

¹⁹⁷ Већ на почетку рада смо напоменули да има аутора који неретко инсистирају на разликовању појмова биолошких, природних родитеља и правних, социјалних родитеља. Такође смо истакли наше мишљење да је појам родитељства јединствен, јер почива на неколико равноправних, правно уобличених чињеница, међу којима је и крвно сродство.

статус оспорен. Указујемо, ипак, на пресуду ЕСЈП донету у предмету *Fröhlich v. Germany*¹⁹⁸, којом је ово питање решено на другачији начин. Наиме, подносилац представке је био принуђен да се обрати суду у Стразбуру због тога што му је онемогућено да пред немачким судовима оспорава постојеће брачно и утврђује своје ванбрачно очинство, уз помоћ медицинске експертизе, те да након тога учествује у заједничком старању о детету које је сматрао својим. Подносилац је, заправо, био у емотивној вези са женом која је била у браку и имала шесторо деце, да би у том периоду она поново остала у другом стању, о чему је обавестила и подносиоца. Убрзо након тога је дошло до прекида њихове везе, а након рођења девојчице, супружник подносиоцеве бивше партнерке је уписан као њен отац. Подносилац је започео извесне поступке како би се утврдило његово очинство и како би могао да се стара о девојчици коју је сматрао ћерком. Желећи да остварује личне односе са њом, под судском заклетвом је изјавио да је у критичном периоду одржавао интимне односе са њеном мајком, а тражио је и да се медицинским вештачењем потврди чињеница да је он биолошки отац. Суд је одбио захтев који се односио на контакте са дететом, позивајући се на чињеницу да није утврђено његово очинство, тј. да се он по закону не сматра оцем. У току другостепеног поступка саслушан је и претпостављени отац девојчице, који је изјавио да је био упознат са неверством супруге, али да га је она обавестила о прекиду везе са подносиоцем и да су након тога њихови односи били складни. Навео је и то да себе сматра оцем девојчице, а да у сваком случају, чак и да он није биолошки отац, подносилац не би требало да успоставља личне односе с њом, већ да сноси последице свог понашања, с обзиром на то да им је проузроковао бројне непријатности. Привремена заступница детета је била психолог по струци, а навела је да би контакт са подносиоцем био погубан за добробит детета. Иако се она томе противила, у поступку је саслушана и шестогодишња девојчица којој је било познато да између подносилаца и њених родитеља постоји спор и да подносилац жели да успоставе редовне контакте, али јој није било познато због чега, а сматрала је да не постоји ни њено ни одобрење њених родитеља за тако нешто. Суд је обио подносиоцеву жалбу, наводећи да захтев попут његовог могу истаћи само законски родитељи. Нагласио је значај критеријума најбољег интереса детета, наводећи да је управо то разлог због чега не би требало решавати претходно питање да ли је подносилац

¹⁹⁸ *Judgment* бр. 16112/15. Преузето 01.06.2018. <https://laweuro.com/?p=6453>.

биолошки отац или не, с обзиром на то да дете живи у добро организованој и стабилној породици. Закључио је да оспоравање очинства није у дететовом интересу, јер би могло да доведе до распада њене породице. Подносилац се најзад обратио Федералном суду, који му је указао на предстојеће законодавне измене које би му могле користити, будући да су обухватале и право биолошког родитеља, који још увек није успоставио правне и социјалне везе са дететом, да одржава личне односе с њим. Подносилац је остао при својој жалби, наводећи да је његова кључна примедба то што су нижестепени судови заузели став да утврђивање његовог очинства ни у ком случају не може бити у најбољем интересу детета. Како је и ова фаза у поступку пред националним судовима безуспешно окончана, подносилац се обратио Европском суду за људска права. Овај суд је најпре оценио да је у конкретном случају реч, не о праву на породични, већ о праву на приватни живот подносиоца представке. Он је истакао чињеницу да су се национални судови руководили тиме да оспоравање претпостављеног, односно утврђивање биолошког очинства, у тадашњем тренутку, није било у најбољем интересу детета, јер је могло да поремети постојеће породичне односе, услед губитка поверења претпостављеног оца у дететову мајку. Наведено је да је очекивано да дете старије животне доби поставља питања о свом пореклу, али да у конкретном случају није у најбољем интересу шестогодишње девојчице да буде суочена са темом биолошког очинства. Имајући наведену чињеницу у виду, суд је закључио да у конкретном случају није повређено подносиочево право на поштовање његовог приватног живота. Поменућемо, међутим, другачију одлуку истог суда, донету у предмету *Mandet v. France*¹⁹⁹. У овом случају су се у улози подносилаца представке нашли претпостављени родитељи и дете које се по закону сматрало њиховим. Најмлађи подносилац представке је рођен по протеклу триста дана од развода мајке и њеног мужа, који је најпре признао дете, да би након тога поново закључио брак с његовом мајком. Мушкарац који је тврдио да је он дететов биолошки отац је потом пред домаћим судом покренуо поступак за оспоравање претпостављеног очинства. Истинитост својих навода је доказивао предлогом за саслушање сведока, који су потврдили да су он и подносиатељка - дететова мајка били у заједници не само у време зачећа детета, него и у одређеном

¹⁹⁹ *Chamber Judgment* бр. 30955/12. Преузето 01.06.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5270641-6550056&filename=Judgment%20Mandet%20v.%20France%20-%20quashing%20of%20a%20legal%20recognition%20of%20paternity%20was%20not%20in%20breach%20of%20the%20Convention.pdf>.

периоду након његовог рођења, због чега су их и трећа лица сматрала родитељима. Подносиоци, који су у том поступку били у улози туженог, нису поступили по налогу домаћег суда за обављање ДНК вештачења, па је он пресудио у корист тужиоца – биолошког оца, коме је омогућено да одржава личне односе са дететом, док је дете поверено мајци. Таква одлука, која је потврђена од стране виших инстанци, образложена је чињеницом заједничког живота тужиоца и дететове мајке у критичном периоду, изјавама саслушаних сведока и ставом да је интерес детета да зна своје порекло претежнији од жеље за очувањем постојећих породичних веза. Домаћи суд је посебну пажњу посветио и мишљењу детета, о чијим је интересима требало да се стара постављени заступник, који није могао да ступи у контакт с њим, будући да се оно заједно са својим законским родитељима преселило у Дубаји. Дете је, међутим, упутило неколико писама суду, у којима је изразило жељу да задржи постојеће презиме и да се не ремети постојећи родитељски однос, али је суд, уважавајући његово мишљење, другачије проценио његов најбољи интерес. Европски суд за људска права је закључио да је национални суд, који боље познаје конкретне прилике, одлуку донео на основу мишљења да је у интересу детета да сазна своје порекло, који се поклопио са интересима његовог биолошког оца. Како је поверавањем детета мајци омогућен континуитет у развоју постојећих породичних односа, што је било у складу са јасно израженим жељама детета, домаћи судови су у процени свих интереса и потреба пронашли одговарајућу равнотежу, па је европски суд утврдио да нема повреде права на приватни и породични живот у конкретном случају. Истоветну одлуку суд је донео и у предмету *Schneider v. Germany*²⁰⁰, иако је у том случају очинство подносиоца било спорно, будући да је постојала могућност да је дететов законски отац истовремено и биолошки. Према околностима случаја, подносилац представке је био у интимној вези са женом која је била у браку, при чему су она и њен супружник имали пребивалиште у различитим државама. Након зачећа детета подносиочева партнерка га је напустила и отишла у Велику Британију како би живела са супругом. Подносилац је дао изјаву да је он отац детета чије је рођење требало да уследи. Након рођења дечака његова мајка и њен супруг су се старали о њему, свесни чињенице да постоји могућност да је подносилац његов биолошки отац. Они су изразили жељу да се

²⁰⁰ *Judgment* бр. 17080/07. Преузето 01.06.2018. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-106171%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-106171%22%7D)].

не подвргавају медицинским тестовима, како не би нарушили породично јединство. У поступку пред домаћим судовима подносилац је захтевао да му се омогући да посећује дечака два пута месечно, да му доставља поклоне у посебним приликама и да буде редовно обавештаван о његовом развоју. Домаћи судови су одбацили његове аргументе, истичући да се по немачком закону оцем сматра мајчин муж и да се због успостављених социјалних и породичних веза између њега и детета не може оспоравати његово очинство. С обзиром на то да се по закону оцем детета сматрало друго лице, учињено признање очинства од стране подносиоца није било пуноважно. Како између подносиоца и детета није био успостављен родитељско-дечији однос, ни у правном ни у социјалном смислу, његов захтев за приступ детету, по схватању домаћих судова, није имао никаквог основа. У поступку пред највишим немачким судом, подносилац је тврдио да биолошком оцу треба обезбедити контакт с дететом кад год он показује жељу да преузме родитељску одговорност према њему, а да је такво поступање, пре свега, у интересу детета. Навео је да је дискриминисан у односу на очеве деце рођене у ванбрачној заједници или ван ње, мајке, бабе и деде и друге сроднике, сматрајући највећим пропустом нижестепених судова то што нису одлучивали да ли је у најбољем интересу детета да се утврди његово порекло и да му се омогући контакт с биолошким оцем. Његова жалба је одбачена у делу у коме се односила на пропусте у утврђивању очинства, јер он претходно није ни покренуо прописани парнични поступак у коме би се утврђивала та чињеница. Остале његове наводе суд није прихватио, подвлачећи да у домаћем праву очинство може оспоравати само мушкарац који је у неком тренутку заиста вршио родитељско право према детету. Заступник Немачке пред ЕСЈП је најпре тврдио да је представка неприхватљива због тога што подносилац није покренуо парницу за утврђивање очинства пре него што је затражио приступ и информације о детету које је сматрао својим. Суд је тим поводом истакао да је подносиочев захтев био усмерен на виђање са дететом и обавештавање о битним питањима везаним за његов живот, а да је у поступку покренутом с тим циљем, по подносиочевом схватању, питање његовог очинства имало статус претходног питања. Одлучио је да се у фази испитивања прихватљивости представке не бави тиме да ли је постојала обавеза подносиоца да претходно покрене патернитетску парницу, већ да то питање решава у процесу одлучивања о главној ствари. Суд је потом утврдио да је очигледно да у конкретном случају никако не може бити речи о заштити постојећег, већ

само намераваног породичног живота. Поновљен је став овог суда да овај сегмент конвенцијске заштите уживају субјекти којима се не може приписати у кривицу то што до стварања породичних веза још увек није дошло. У том смислу, суд је истакао да подносилац није остварио никакв контакт са дететом због противљења његових биолошких родитеља. Ценио је и то да су он и дететова мајка били у одређеном периоду у стабилној емотивној вези, као и његову жељу за заснивањем потомства и посвећеност дететовој мајци у току трудноће, која је била изражена заједничким посетама лекару и признањем очинства пре рођења детета. Од посебног значај за суд је било и то што је подносилац затражио фотографије детета и што је у року од свега шест месеци од његовог рођења покренуо судски поступак. Суд је одбацио аргументе заступника Немачке да је подносилац морао прво да покрене патернитетску парницу, будући да је домаћи суд заузео општи став да успостављање контакта између биолошког оца и детета које живи у породичној заједници са другим лицима није у његовом најбољем интересу. С обзиром на то да, по оцени ЕСЉП, домаћи судови нису посветили одговарајућу пажњу најбољем интересу детета у датим околностима нити упоређивању интереса подносиоца и законских родитеља, утврђено је да је подносиоцу повређено конвенцијско право на приватни живот. Пресуда којом је окончан поступак пред ЕСЉП у предмету *Anayo v. Germany*²⁰¹ донета је под сличним околностима, а значајна је не само због тога, већ и због прецизнијег објашњења да конвенцијску заштиту резервисану за породицу може уживати и намеравани породични живот, дакле, онај који би требало да настане између биолошког оца и детета, иако између њих не постоје блиске везе, односно заједница живота. Захтева се, међутим, постојање чињеница које указују да лични односи нису успостављени због околности које се не могу приписати у кривицу биолошком оцу. Када је у питању оцена о томе да ли постоје блиске везе између оца и детета рођеног ван брака, од значаја је природа односа између његових биолошких родитеља и приврженост биолошког оца детету пре и након његовог рођења. У конкретном случају европском суду се представком обратио биолошки отац близанаца рођених у току ванбрачне везе са женом која је за то време, као и у моменту подношења представке била у браку, због чега се оцем деце по закону сматрао њен муж. Према правилима домаћег-немачког права подносилац није

²⁰¹ *Judgment* бр. 20578/07. Преузето 01.06.2018. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-102443%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-102443%22%7D)}.

могао да оспорава очинство правног оца, јер је, за разлику од њега, то лице успоставило са децом односе попут родитељских. По схватању жалбеног националног суда, који је преиначио првостепену пресуду донету у корист подносиоца, разлози због којих нису успостављене социјалне и породичне везе између биолошког оца и детета нису ни од каквог значаја. Образложење другостепене одлуке којом је одбијен захтев подносиоца се заснивало на ставу да није постојала законска могућност другачијег пресуђења, јер то не би било у најбољем интересу детета. Чињеница је да подносилац није живео у заједници са мајком своје биолошке деце (иако је њихова веза трајала две године) нити је потоње упознао. Ипак, суд у Стразбуру се позвао на своју дотадашњу праксу истакавши да у случајевима утврђивања или оспоравања очинства у којима не може бити речи о заштити права на породични живот, заинтересовано лице ужива заштиту свог приватног живота, чији је важан сегмент управо поменуто питање очинства. Након што је установио да околности случаја потпадају под чл. 8 ЕК, суд је утврдио да су подносиоцу повређена права обухваћена њиме. Ценио је то што је подносилац показивао интересовање за своју децу и пре њиховог рођења, што је након тога више пута захтевао од њихове мајке и њеног партнера да му омогуће да их виђа и што је с истим циљем покренуо одговарајући поступак пред националним судом. Од доминантног утицаја на коначну одлуку суда била је чињеница да се национални судови нису на одговарајући начин бавили критеријумом најбољег интереса детета, тумачећи домаће прописе тако да исти искључују могућност да биолошки отац буде у контакту с дететом, уколико још увек није испољио родитељску одговорност према њему и уколико оно има законског оца. Суд у Стразбуру је подсетио да се он не бави апстрактним решењима, већ околностима сваког случаја, па је подвукао да подносилац није био у могућности, услед правних и фактичких препрека, да успостави контакт са својом децом, јер је таква одлука била у диспозицији њихових законских родитеља, који пак нису размишљали о њиховом најбољем интересу. Такође, имајући у виду немачку регулативу, он није могао да у судском поступку оспорава претпостављено брачно очинство и утврђује своје, ванбрачно, што би му омогућило приступ деци. Суд је указао да је разуман став домаћег законодаваца о већем значају постојећих породичних односа између деце и њиховог правног оца, који је притом у браку са њиховом мајком, у односу на природну везу између деце и биолошког оца. Међутим, због изражених различитих интереса већег броја лица, на домаћим судовима је била одговорност да

процене да ли је према свим конкретним околностима превладавао интерес деце да буду у контакту са њиховим биолошким оцем. С обзиром на то да домаћи жалбени суд није утврђивао да ли би одржавање личних односа са подносиоцем било у интересу његове деце, ЕСЉП је закључио да ускраћивање тих односа није било довољно аргументовано, тј. да није било неопходно у демократском друштву, што значи да је поднета представка била основана. За нас је још значајније образложење позитивне одлуке донете у предмету *Kroon and Others v. Netherlands*²⁰². Наиме, ЕСЉП је у овом случају заузео или поновио неколико ставова које и ми подржавамо. Реч је, иначе, о подносиоцу чији је захтев за признање ванбрачног очинства одбијен од стране холандских судова, због тога што се оцем детета сматрао други мушкарац, по основу домаћих правила о претпоставци брачног очинства. Наиме, у улози подносилаца представке су се нашли бивши ванбрачни партнери и њихов син, који је рођен свега месец дана пре подношења тужбе за развод брака између његове мајке и мушкараца који се, као мајчин супруг у време рођења детета, сматрао његовим оцем. Подносилац као и његова бивша партнерка су покушавали да побијају дејство претпоставке о брачном очинству, али без успеха. Она је желела да дâ изјаву о томе да њен бивши супруг није биолошки отац њеног сина, како би подносилац потом признао дете, али то није било могуће према правилима домаћег права. Холандски судови су истицали да је у интересу правне сигурности да се изузеци од правила о брачном очинству тумаче најуже могуће. Према одредбама холандског законодавства, само је претпостављени отац, под одређеним условима, могао да оспорава своје брачно очинство, уколико је дете рођено у току трајања брака. Другостепени суд је, ипак, установио да би могло бити речи о дискриминацији мајке у односу на претпостављеног оца, с обзиром на то да она, за разлику од њега, није била овлашћена да покрене парницу за оспоравање очинства, али је указао да није у његовој надлежности измена домаћих прописа. Врховни суд у земљи је потврдио став суда нижег степена да није у судској надлежности измена важећих правила о оспоравању брачног очинства. Иначе, подносилац и подносиатељка су добили још троје деце, о којима се отац старао, без обзира на то што није живео с њиховом мајком. У поступку пред ЕСЉП, подносилац је изнео тезу да чл. 8 ЕК намеће државама позитивну обавезу да омогуће признање очинства, односно успостављање

²⁰² *Chamber Judgment* бр. 00018535/91. Преузето 02.06.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57904%22%5D%7D>.

правних веза између биолошког оца и детета. Према националном праву, једино је законски отац могао оспорити своје очинство, што би омогућило биолошком оцу да путем признања ступи на његово место. Заступник Холандије пред ЕСЉП је истицао да је подносилац, који се помирио са дететовом мајком након њеног развода, могао да закључи брак с њом и да усвоји дете које је сматрао својим. По његовом мишљењу, подносилац је могао да се задовољи и заједничким вршењем родитељског права, јер је таква могућност била прописана за ванбрачне партнере, када је један од њих претходно самостално вршио родитељско право. Суд је закључио да усвајање детета није одговарајућа алтернатива, јер обавезује подносиоца да закључи брак, што свакако није у складу са његовим правом на поштовање породичног живота. Исто важи за могућност заједничког старатељства, која, уколико би такво решење било усвојено, а што је најављено од стране владе, не би била ни од каквог утицаја на постојеће правне везе између детета и законског оца. Оно што је најважније, суд је установио да право на поштовање приватног и породичног живота захтева да биолошка и социјална стварност надвладају законску претпоставку, када она, као у овом случају, заправо не служи ничијим интересима.²⁰³ Изнет је и веома значајан став да породични односи настају самим чином рођења (ванбрачног) детета, независно од доприноса оца његовом подизању. По мишљењу суда, због тога је постојала позитивна обавеза на страни холандских органа да омогуће конституисање правне везе између подносиоца и његовог детета, и то што је брже могуће. Другим речима, тиме што му није омогућено признање очинства, након оспоравања брачног очинства од стране дететове мајке, подносиоцима је повређено право на поштовање њиховог породичног живота. Свој став о последицама оспоравања брачног очинства, тј. о сложеном питању одржавања постојећих породичних веза између детета и мушкарца који се до тада сматрао оцем, ЕСЉП је изразио у предмету *Nazzarenko v. Russia*²⁰⁴. Предмет представке на основу које је формиран овај предмет је био захтев подносиоца да се утврди да му је повређено право на поштовање породичног живота, тиме што му је ускраћена могућност старања над девојчицом коју је сматрао својом ћерком, све док његова бивша супруга није оспорила

²⁰³ Овај став суд је поновио у предметима *Znamenskaya v. Russia* (*Judgment* бр. 77785/01. Преузето 02.06.2018. <http://ip-centre.ru/assets/files/cases/CASE-OF-ZNAMENSKAYA-v.-RUSSIA.pdf>.) и *Mizzi v. Malta* (*Judgment* бр. 26111/02. Преузето 02.06.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71983%22%7D>}).

²⁰⁴ *Judgment* бр 39438/13. Преузето 01.06.2018. https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/nazarenko-v-russia-application-no-39438-13.

његово очинство. Он се, иначе, након развода брака старао о девојчици заједно са својом мајком, да би због постојања сумње да је дете било зостављано за време боравка код мајке од стране ње и њеног новог партнера, покренуо одговарајуће судске поступке у домаћој држави. Међутим, мајка је истовремено затражила од суда да се дете искључиво њој повери на старање. С друге стране, подносиочеви захтеви да девојчица буде искључиво њему поверена остали су безуспешни, као што је одбијен и његов захтев за лишење мајке родитељског права. Кривични поступак покренут поводом наведеног зостављања девојчице је обустављен због недостатка доказа. У том периоду је подносиочева бивша партнерка покренула поступак оспоравања његовог очинства у коме је утврђено да он заиста није биолошки отац. Та чињеница је била од одлучујућег утицаја на одлуку домаћих судова да родитељско право над дететом треба да врши искључиво мајка. Они, међутим, нису узели у обзир то да су између подносиоца и детета постојале јаке емотивне везе и да се он, не сумњајући да није њен биолошки отац, пет година старао о њој. Суд у Стразбуру је тој чињеници, ипак, посветио одговарајући значај, па је још једном указао на обавезу националних органа да се старају о континуитету породичних веза, када су оне једном успостављене. Наиме, став суда је био да домаћи органи нису аргументовали потребу за крутим тумачењем норми о праву детета да одржава личне односе само са сродницима. Насупрот томе, они су пренебрегли мишљење психолога и чињеницу да тренутно и потпуно искључење подносиоца из дететовог живота може шкодити његовом развоју. Како национални органи нису испунили обавезу да, поступајући у најбољем интересу детета, настоје да се успостављене породичне везе очувају, ЕСЉП је пресудио у корист подносиоца.

Док се такво питање код позитивних одлука не поставља, сматрамо да ни негативне одлуке ЕСЉП, попут оне коју смо најпре навели, нису у супротности са нашим ставом о значају утврђивања истинитог стања ствари, због тога што се овај суд у сваком случају позивао на примену критеријума најбољег интереса детета, коју и ми подржавамо. Мишљења смо да је начелно, тј. у највећем броју случајева у интересу детета да зна истину о свом пореклу, а да су у конкретном случају (*Fröhlich v. Germany*) пре свега узраст детета и постојање чврстих породичних веза са правним оцем исходили другачију процену суда. Претпостављамо да ће уследити још одлука у сличним предметима и да ће тада моћи да се спозна коначан став суда о границама права на оспоравање, односно

утврђивање очинства.²⁰⁵ Напомињемо, ипак, да је до сада ЕСЉП доносио негативне одлуке о повреди права из чл. 8 ЕК само у оним случајевима у којима су национални судови своје одлуке образлагали применом принципа најбољег интереса детета. Мишљења смо, међутим, да се овај критеријум мора доследно примењивати у домену последица оспоравања, односно утврђивања очинства, а не у контексту процене да ли таква могућност уопште постоји или не. Имамо, притом, у виду одредбе српског законодавства којима је ово право јасно нормирано, због чега сматрамо да би ускраћивање правне заштите ове врсте представљало ничим изазвану дерогацију закона. Не треба изгубити из вида ни чињеницу да је савременом породичном праву ионако својствена тежња ка умножавању лица у улози која се поистовећује с родитељском и да и са тог аспекта нема сметњи да се мушкарцу који јесте дететов биолошки отац омогући да се легитимише на тај начин и да се о њему, поред других заинтересованих лица, стара. Што је најважније, то налаже и начело најбољег интереса детета, чији је саставни елемент његово право да изрази своје мишљење чим постане способно за то, а које претпоставља познавање материјалне истине.

3.3. Брачно очинство у упоредном праву

Већ смо наговорили да је појам брачног очинства разуђен и да се појединим његовим елементима може приступити на различите начине. Те разлике су нарочито очигледне у сфери чињеница за које се везује дејство претпоставке о брачном очинству. Тако у упоредном праву има примера да се свим узроцима престанка брака даје подједнак значај, приликом формулисања поменуте претпоставке. На пример, у позитивном црногорском праву, начин престанка брака није од утицаја на претпостављено очинство. Без обзира на то да ли је брак престао смрћу, разводом или поништењем, оцем детета рођеног у браку или у року од триста дана од његовог престанка, сматра се муж мајке детета. Уколико је дете рођено у року од триста дана, али у новом браку мајке, његовим оцем се сматра муж мајке из тог другог брака. Последње правило из чл. 97 ПЗ ЦГ садржи

²⁰⁵ У сваком случају, улога ЕСЉП се не састоји у доношењу одлука уместо националних судова, већ у провери да ли су они поштовали конвенцијска овлашћења о пољу слободног одлучивања, тј. да ли су спровели опсежну анализу и узели у обзир све битне околности, пре свега најбољи интерес детета (Вид. *Leonov v. Russia (Judgment* бр. 77180/11. Преузето 02.06.2018. <https://familylawhub.co.uk/default.aspx?i=ce6457>)).

разумно решење по коме ће се у случају оспоравања очинства од стране новог партнера, оцем детета сматрати бивши супружник. Брачно очинство могу оспоравати дете, мајка, њен брачни супружник и мушкарац који себе сматра оцем детета рођеног у браку (под условом да истовремено захтева утврђивање свог очинства).²⁰⁶ Таква могућност постоји само за живота детета.²⁰⁷ Црногорски закон, иначе, садржи и правило о позакоњењу, па је прописано да ће се дете сматрати брачним, иако је рођено као ванбрачно, ако његови родитељи касније закључе брак.²⁰⁸ Ако такву њихову намеру склапања брака осујети смрт једног или оба партнера или нека брачна сметња настала након зачећа, суд ће на захтев детета или једног од родитеља, у ванпарничном поступку, прогласити да је дете рођено у браку.²⁰⁹ Овај поступак покреће орган старатељства, ако је дете малолетно, а нема живе родитеље или је надживели родитељ лишен родитељског права или пословне способности.²¹⁰ Правила о позакоњењу из савременог црногорског права подсећају на решења из српског права у време важења Закона о браку и породичним односима.²¹¹ Исто се односи и на одредбе о оспоравању очинства.²¹² Заправо, једина разлика се састоји у додатном услову под којим брачно очинство може оспоравати мушкарац који себе сматра оцем. Он мора доказивати да је у време зачећа детета или након тога, а пре његовог рођења, живео у заједници са његовом мајком.²¹³

Руско породично право такође спада у категорију оних у којима различити начини престанка брака нису од утицаја на постојање брачног очинства. Према правилима ПЗ РФ, претпоставља се да је отац детета муж мајке, односно бивши муж, ако је дете рођено у току брака или у року од триста дана од његовог престанка смрћу, разводом или поништењем. Податак о очинству мора бити уписан у исправу састављену поводом закључења брака.²¹⁴ Очинство могу оспоравати дете, мајка, њен супружник и мушкарац који себе сматра оцем. Може се оспоравати и очинство преминулог или мушкарца лишеног пословне способности. Посебно је значајно правило по коме суд може одбити тужбени захтев уколико мајка, дететов старатељ или биолошки отац нису уз захтев за

²⁰⁶ Вид. чл. 113 ст. 1, чл. 114 ст. 1, чл. 115 ст. 1, чл. 117 ст. 1, чл. 118 ст. 1 ПЗ ЦГ.

²⁰⁷ Вид. чл. 119 ПЗ ЦГ.

²⁰⁸ Вид. чл. 98 ст. 1 ПЗ ЦГ.

²⁰⁹ Вид. чл. 98 ст. 2 ПЗ ЦГ.

²¹⁰ Вид. чл. 98 ст. 3 ПЗ ЦГ.

²¹¹ Вид. чл. 87 ЗБПО.

²¹² Вид. чл. 102-112 ЗБПО.

²¹³ Вид. чл. 106 ст. 1 ЗБПО.

²¹⁴ Вид. чл. 48 ст. 2 ПЗ РФ.

оспорување истакли и захтев за утврђивање очинства. То ће бити случај уколико лице уписано као дететов отац оспорава тужбени захтев, а суд процени да је у интересу детета да се постојеће стање очува, услед већ изграђених блиских односа међу њима.

Приступ хрватског законодавца је незнатно другачији. Према правилима хрватског права, оцем детета се сматра муж мајке, под условом да је дете рођено у току брака или у року од триста дана од његовог престанка.²¹⁵ Ако мајка закључи нови брак у року од триста дана од смрти бившег супружника, оцем детета ће се сматрати нови муж.²¹⁶ Међутим, специфичност хрватског права је у томе што у овом случају мушкарац који себе сматра оцем може, уз сагласност мајке и њеног мужа из потоњег брака, признати очинство.²¹⁷ Примећујемо да у позитивном хрватском праву није у потпуности уређен сукоб два брачна очинства, будући да је изостало правило по коме би се утврђивало очинство над дететом рођеним у новом браку мајке, али у року од триста дана од престанка претходног брака разводом или поништењем. Закључујемо, ипак, да у овом случају треба поћи од основног правила о брачном очинству, што значи да ће се и у овој ситуацији оцем детета сматрати нови брачни партнер мајке. Јасно је да развод или поништење брака, за разлику од његовог престанка смрћу мушког партнера, указују на негативне односе бивших супружника и да због тога не би било оправдано разматрање важења претпоставке очинства у корист бившег мужа, уколико је дете рођено у новом браку мајке. Ипак, изричито правило одговарајуће садржине би свакако било боље решење од системског и циљног тумачења одредаба о брачном очинству. Уопштавањем постојећег правила о очинству новог супружника мајке у односу на дете рођено у року од триста дана од смрти претходног мужа, тако да истим буду обухваћени сви случајеви престанка брака, а не само смрт мушког супружника, постигло би се одговарајуће дејство. Особеност хрватског права се огледа и у томе што мушкарац који себе сматра оцем детета рођеног у браку или до истека триста дана од његовог престанка поништењем или разводом, може признати очинство, уз сагласност мајке и њеног брачног партнера.²¹⁸ Ово решење сматрамо добрим, јер је у интересу свих да се спорни односи који би морали да буду расправљени посредством суда буду разрешени мирним путем. Према одредбама ОЗ

²¹⁵ Вид. чл. 61 ст. 1 ОЗ РХ.

²¹⁶ Вид. чл. 61 ст. 2 ОЗ РХ.

²¹⁷ Вид. чл. 61 ст. 4 ОЗ РХ.

²¹⁸ Вид. чл. 61 ст. 3 ОЗ РХ.

РХ брачно очинство могу оспоравати мајка, мајчин муж и дете.²¹⁹ Примећујемо да је круг овлашћених субјеката за оспоравање очинства нешто другачији у односу на српско и друга анализована законодавства. Упадљиво је, наиме, да међу њима нема мушкарца који себе сматра оцем детета. Разлог томе је то што је њему на располагању поступак признања очинства, а уколико изостану неопходне сагласности, судски поступак за утврђивање те чињенице. Брачно очинство се не може оспоравати после смрти детета.²²⁰ Обитељски закон из 2003. године је садржао општу формулацију по којој се оцем детета рођеног у браку или у року од триста дана од његовог престанка сматрао муж мајке.²²¹ У односу на ово, решења која су уследила сматрамо напреднијим, будући да су прецизнија и јаснија, што је у сфери осетљивих породичноправних односа увек пожељно.

Правила аустријског права, у домену брачног очинства, спадају у најједноставнија и најмалобројнија. Аустријски законодавац се најпре определио за различит режим појединих узрока престанка брака. Наиме, претпоставка брачног очинства дејствује кад је дете рођено док брак траје или у року од триста дана од његовог престанка смрћу мајчиног мужа.²²² Када по основу овог правила постоји конкуренција више лица за ту улогу, предност ће имати мајчин супружник из последњег брака.²²³ Оспоравање брачног очинства је могуће, и то како на захтев детета, тако и на захтев мајчиног мужа, у двогодишњем року од сазнања за битне околности, који не може почети да тече пре рођења детета.²²⁴

У немачком праву, претпоставком очинства је обухваћен муж мајке, када је дете рођено у току брака или у року од триста дана од његовог престанка смрћу мушког партнера.²²⁵ У овом другом случају, неће бити никаквих недоумица у погледу брачног очинства, ако је извесно да је дете зачето у периоду дужем од триста дана рачунајући уназад од његовог рођења. Ако постоји сукоб две претпоставке брачног очинства, услед закључења новог брака, оцем детета сматраће се нови муж мајке. У интересу детета дејствује правило да ће се, у случају успешног оспоравања очинства новог мужа, оцем

²¹⁹ Вид. чл. 79 ст. 1 ОЗ РХ.

²²⁰ Вид. чл. 81 ОЗ РХ.

²²¹ Вид. чл. 54 ОЗ РХ (2003.).

²²² Вид. § 141 ст. 1 т. 1 ABGB.

²²³ Вид. § 141 ст. 4 ABGB.

²²⁴ Вид. § 151 и § 153 ABGB.

²²⁵ Вид. § 1592 BGB.

сматрати муж из претходног брака.²²⁶ Законска правила о томе ко ће се у одређеним случајевима сматрати оцем детета морају уступити пред фактичким стањем, па је наглашено да иста неће производити дејство уколико је коначно утврђено да мушкарац на кога указује правна норма није отац детета. Исто важи и у случају да треће лице у року од годину дана од окончања бракоразводне парнице призна очинство у односу на дете које је рођено након њеног покретања. У том случају, за заснивање односа између оца и детета неопходна је сагласност мужа мајке који је то својство имао у време рођења детета.²²⁷ Немачки законодавац је тако нашао још један начин да изрази разлику, за коју се оправдано претпоставља да постоји, у природи односа супружника пре престанка брака смрћу, односно разводом. Мушкарац који се по закону сматра оцем детета, мајка и дете могу захтевати једни од других, под претњом покретања одговарајућег судског поступка, давање узорка за генетску анализу, како би се проверило да ли је претпоставка брачног очинства истинита.²²⁸ Резултати овог медицинског истраживања, међутим, не утичу на породични статус детета. Претпоставка брачног очинства пак може бити оспорена судским путем, на захтев мајке, њеног супружника, детета и мушкараца који под заклетвом изјави да је у критичном периоду имао интимне односе с његовом мајком. Немачки законодавац је посебну пажњу посветио заштити интегритета породице, па је прописао оригинално правило по коме мушкарац који себе сматра оцем може оспоравати очинство мајчиног мужа под додатним условом да између овог лица и детета нису успостављене породичне везе. Појашњено је да ће се сматрати да ове везе постоје уколико је претпостављени отац испољавао родитељску одговорност према детету у релевантном периоду.²²⁹ Очинство се по правилу мора оспоравати лично, а не преко другог лица. То важи и за лице ограничене пословне способности. С друге стране, лице потпуно лишено пословне способности, то може учинити само преко законског заступника. Дете које нема пословну способност у пуном обиму, очинство може оспоравати само преко свог законског заступника. Када се очинство не оспорава самостално, већ посредством законског заступника, посебно се процењује да ли је такав чин у интересу детета.²³⁰

²²⁶ Вид. § 1593 BGB.

²²⁷ Вид. § 1599 BGB.

²²⁸ Вид. §1598а ст. 1 BGB.

²²⁹ Вид. §1600 ст. 1, 2 и 4 BGB.

²³⁰ Вид. §1600а BGB.

У француском праву важи специфично правило да се оцем детета сматра муж мајке, ако је дете зачето или рођено у току брака.²³¹ Ову одредбу чини необичном то што је претпоставка брачног очинства доведена у везу не само са чином рођења, који је изванредан, већ и са моментом зачећа, који се може утврдити само приближно, уз помоћ медицинских параметара, на основу којих се у француском законодавству претпоставља да је дете зачето у периоду од триста до стотину осамдесет дана пре његовог рођења.²³² Основно правило о брачном очинству не важи ако је дете рођено после више од триста дана од доношења тужбе за развод брака или судску раставу и краћем од стотину осамдесет дана од одбачаја тужбе или помирења.²³³ Ипак, то неће бити случај, ако је порекло детета очигледно, у односу на оба родитеља, а није утврђено очинство трећег лица.²³⁴ Када муж мајке није евидентиран као отац у исправи о рођењу нити је његов очински статус очигледан, претпоставка о његовом очинству, такође, не производи правно дејство.²³⁵ То, наравно, не значи да у овом, као и у претходном случају, муж мајке не може судским путем утврђивати своје очинство.²³⁶ Иначе, породични статус детета је очигледан ако постоје одређене чињенице које указују на постојање родитељства и породичних веза између њега и породице за коју се претпоставља да је његова. Најзначајније међу тим околностима јесу: узајамно понашање карактеристично за родитељско-дечији однос, брига о образовању од стране претпостављених родитеља, чињеница да трећа лица и органи јавне власти сматрају да је реч о родитељима и детету, као и презиме детета које је истоветно презимену његових претпостављених предака.²³⁷ Овакво чињенично стање мора бити трајно, мирно, јавно и недвосмислено.²³⁸ Очинство могу оспоравати дете, један од

²³¹ Вид. чл. 312 СС.

²³² Вид. чл. 311 СС.

²³³ Вид. чл. 313 ст. 1 СС. Јасно је да сви законодавци настоје да створе правила о породичном статусу која ће одговарати животној стварности, а неће прећи границу нужног задирања у интимну сферу појединца, али нам се чини да је ова тежња најочигледније изражена у наведеном правилу француског законика. Имајући у виду прописане рокове и чињенице за које се везују, неспорно је да су његови творци желели да ускладе интерес родитеља и детета са медицинским и социјалним аспектима зачећа и рађања.

²³⁴ Вид. чл. 313 ст. 2 СС.

²³⁵ Вид. чл. 314 СС.

²³⁶ Вид. чл. 315 СС.

²³⁷ Вид. чл. 311-1 СС. Очигледно је да се према француском моделу више пажње поклања социјалним условима у којима дете живи, него утврђивању биолошке истине (Тако и: Поњавић et al, 2017: 129-130).

²³⁸ Вид. чл. 311-2 СС. Оба родитеља имају право да захтевају од суда да им изда исправу као доказ очигледног породичног статуса детета, која важи док се супротно не докаже. Наследници преминулог родитеља такође имају право да захтевају сачињавање овог документа. По протеклу рока од пет година од престанка описаног чињеничног стања, ова потврда о родитељству се не може издати. Родитељство

родитеља и мушкарац који себе сматра оцем.²³⁹ Међутим, уколико однос између оца и детета, заснован уписом у регистар рођења, заправо није реализован, очинство може оспоравати свако заинтересовано лице.²⁴⁰ Овим путем је у француском законодавству још једном дата предност конкретним животним околностима у односу на правно стање.

3.3. Ванбрачно очинство

3.3.1. Уводне напомене

Имајући у виду одредбе садржане у чл. 45 ПЗ, реч је о ванбрачном очинству када је дете рођено ван брака или по протеклу триста дана од његовог престанка смрћу. Правила о њему добијају све више на значају, услед чињенице да се у савременом друштву деца неретко рађају у овиру ванбрачне, али и изван било какве заједнице живота родитеља. Појам ванбрачног очинства због тога обухвата случајеве његовог утврђивања у односу на дете рођено у току трајања ванбрачне заједнице, али и изван ње. Ванбрачна заједница, за разлику од брака, није од директног утицаја на успостављање очинства у односу на дете рођено у току њеног трајања, већ у том случају, с циљем постизања вишег степена извесности, морају постојати и друге прописане чињенице. Како су њено заснивање и окончање ослобођени законске форме, ти моменти и њен ток нису јасно одређени. Та чињеница се не одражава на заснивање родитељског односа између ванбрачног детета и мајке, услед очигледности појединих његових аспеката. Међутим, за настанак правне везе између детета и његовог ванбрачног оца, осим рођења детета, неопходно је постојање додатних чињеница које представљају основ уписа података о оцу у матичну књигу рођених. Иако су породичном законодавству углавном својствени строги, императивни прописи, у овом његовом делу до изражаја долази и воља правних субјеката, којом је ванбрачна заједница и иначе инспирисана, па је један од начина за заснивање ванбрачног очинства управо на њој утемељен. Наиме, према општем правилу српског права, ако је дете рођено ван брака, оцем детета ће се сматрати мушкарац који га је признао за своје. Заснивање ванбрачног очинства признањем биће редовна појава у ситуацијама у којима су

установљено на овај начин треба да буде уписано у регистар који садржи податке о дететовом рођењу (Вид. чл. 317 СС).

²³⁹ Вид. чл. 333 ст. 1 СС.

²⁴⁰ Вид. чл. 334 ст. 1 СС.

односи ванбрачних партнера складни и у свему идентични онима између брачних партнера. Међутим, у неким другим случајевима, воља субјеката ових односа ће бити супротне садржине, па мора постојати могућност да се оно успостави другим путем. У интересу детета и других заинтересованих лица, ванбрачно очинство које није засновано признањем, може бити успостављено судском одлуком.²⁴¹

3.3.2. Утврђивање (ванбрачног) очинства у српском праву

Под признањем очинства подразумева се неопозива изјава воље којом одређени мушкарац прихвата да се убудуће сматра да је одређено дете његово.²⁴² Очинство може признати лице које је навршило шеснаест година живота и способно је за расуђивање. Уобичајено је да се изјава о признању даје у односу на дете које је већ рођено. Ипак, може се признати и очинство зачетка - *nasciturus*-а, под одложним условом да дете буде живо рођено.²⁴³ Да би признање очинства произвело дејство, с њиме се морају сагласити мајка и дете, под условом да су навршили шеснаест година живота и да су способни за расуђивање.²⁴⁴ Ако мајка не може дати сагласност, зато што није жива или је неспособна за расуђивање, довољна је сагласност детета. Ако је дете неспособно за расуђивање или је млађе од шеснаест година, довољна је сагласност мајке.²⁴⁵ Уколико нису испуњени прописани услови како на страни мајке, тако и детета, изјаву поводом признања очинства мора дати дететов старатељ, уз претходну сагласност органа старатељства.²⁴⁶

Изјава о признању очинства се може дати за живота - пред матичарем, органом старатељства, судом или јавним бележником²⁴⁷, а може бити садржана и у завештању.²⁴⁸

²⁴¹ Вид. чл. 45 ст. 4 ПЗ. Ова одредба је у складу са правилом из чл. 3 ЕКПСВД.

²⁴² Овакав приступ, прихваћен у већини европских земаља, омогућава да се заснује правни однос оца и детета независно од било каквих биолошких критеријума. У нордијским земљама то није случај, па ће признање очинства производити дејство само ако се утврди да оно одговара стварном стању ствари (Вид. Поњавић, 2006: 257).

²⁴³ Вид. чл. 47 ПЗ.

²⁴⁴ Треба имати у виду да млађе дете, оно које је навршило десет година, може изнети своје мишљење у овом управном поступку, под условом да је способно да га формира (Вид. чл. 65 ст. 1 и 4 ПЗ).

²⁴⁵ Вид. чл. 48-50 ПЗ.

²⁴⁶ Вид. чл. 50 ПЗ.

²⁴⁷ Недостаје, међутим, законско одређење субјеката овлашћених за пријем изјаве мајке и/или детета поводом признања очинства. Мишљења смо да овим лицима треба омогућити да се изјасне пред истим органима пред којима може бити дата изјава о признању. Сматрамо, такође, да је за ове изјаве, када се дају пред јавним бележником, одговарајући облик јавнобележничког записа, јер је ова форма уобичајена за правне послове који настају пред овим имаоцем јавних овлашћења (Вид. чл. 82-99 Закона о јавном

Када се даје пред матичарем, то се чини пред оним који води матичну књигу рођених за дете. Ако је дата пред ненадлежним матичарем, органом старатељства или судом, ови органи морају да доставе надлежном матичару записник или исправу која садржи ову изјаву.²⁴⁹ Реч је о строго личној изјави воље, која не може бити дата преко пуномоћника или законског заступника.²⁵⁰ Чим прими изјаву о признању очинства, матичар мора затражити од мајке и/или детета, односно дететовог старатеља, да у року од тридесет дана изјаве своју вољу у вези са признањем. Од мајке се, логично, неће тражити сагласност ако је очинство признало оно лице које је она претходно означила као оца детета.²⁵¹ Ако наведена лица ускрате сагласност, било давањем негативне изјаве, било ћутањем, очинство се може утврдити судским путем, а матичар је дужан да о тој могућности поучи заинтересованог мушкарца.²⁵² Приликом пријављивања рођења ванбрачног детета, матичар је, такође, дужан да поучи мајку о њеном праву да именује мушкарца кога сматра оцем. Затим ће позвати тог мушкарца да се у року од тридесет дана изјасни да ли признаје очинство, а ако овај рок безуспешно протекне, поучиће мајку о начину утврђивања очинства судском одлуком.²⁵³ Када матичар на основу приложених изјава и исправа утврди да су испуњени услови за то, уписаће признање очинства у матичну књигу рођених. Ако пак означени мушкарац није признао очинство или се овлашћена лица нису сагласила са признањем, мајка, односно наведени мушкарац ће бити о томе усмено обавештени и поводом тога ће бити сачињена службена белешка.²⁵⁴

Да би изјава о признању очинства била пуноважна, мора испуњавати услове прописане Законом о облигационим односима²⁵⁵ (*lex generalis*) и Породичним законом (*lex*

бележништву (Сл. гласник РС, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. Закон, 93/2014, - др. Закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015) и Стојановић, 2017: 516).

²⁴⁸ Вид. чл. 51 ПЗ.

²⁴⁹ Вид. чл. 305 ст. 2 ПЗ.

²⁵⁰ Вид. чл. 305 ст. 3 ПЗ.

²⁵¹ Вид. чл. 306 ПЗ.

²⁵² Вид. чл. 307 ПЗ.

²⁵³ Вид. чл. 308 ПЗ.

²⁵⁴ Вид. чл. 309 ПЗ.

²⁵⁵ Сл. лист СФРЈ, бр. 29/1978, 39/85, 45/89 и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 и Сл. Лист СЦГ бр. 1/2003 – уставна повеља. У даљем тексту: ЗОО. Према општим правилима облигационог права, да би правни посао произвео намеравано дејство неопходно је да буду испуњене претпоставке прописане за његову пуноважност, а односе се на: способност за предузимање конкретног правног посла, правно релевантну изјаву воље, могућ, одређен и допуштен предмет правног посла, допуштен циљ (каузу) правног посла, а у извесним случајевима и на форму правног посла. Уколико недостаје неки од прописаних услова уговор је неважећи (непуноважан, ништав). Неважећи правни послови се уобичајено деле на апсолутно ништаве (ништаве) и релативно ништаве (рушљиве). Ништави правни послови су правни послови који не важе на

specialis). То даље значи да мушкарац који је наведену изјаву дао под условима другачијим од прописаних може истицати њену ништавост. Породичним законом је прописано да су ништаве како изјава о признању, тако и она о сагласности са признањем очинства, ако у моменту када су дате нису били испуњени услови за њихову пуноважност.²⁵⁶ Имајући у виду раније цитиране законске одредбе, закључујемо да су ове изјаве ништаве, ако су дате од стране лица млађег од шеснаест година или, пак, старијег лица, али неспособног за расуђивање. Оне неће производити правно дејство ни у случају када су дате у односу на дете које није живо рођено, као ни онда када су дате преко другог лица или у форми другачијој од прописане. Ако су поменута лица изјаву о признању, односно сагласности са признањем дала под утицајем тзв. мана воље²⁵⁷, могу захтевати да се она поништи. Правило из чл. 54 ПЗ је изричито - изјаве о признању и о сагласности са

основу самог закона (*ex lege*), јер су противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (Вид. чл. 103 ст. 1. ЗОО и Николић, 2013: 348). Они представљају хетерогену категорију, па се у правној теорији, на основу законских одредаба и разлога који доводе до ништавости, разликују забрањени правни послови (противзаконити, неморални, зеленашки, привидни), правни послови потпуно пословно неспособних лица и правни послови којима недостаје битна форма (Вид. Ковачевић Куштримовић et al: 2008: 270). Њима се првенствено повређују општи интереси. Због тога, ништавост може истицати свако заинтересовано лице, а и суд о њој води рачуна по службеној дужности. Право на истицање ништавости не престаје протеклом времена, а судска одлука је декларативног карактера. Ништав уговор не постаје пуноважан када узрок ништавости накнадно отпадне. Ако је забрана била мањег значаја, а уговор је извршен, ништавост се, ипак, не може истицати. Рушљиви правни послови су правни послови који производе правно дејство, али због неког недостатка у изјави воље могу бити поништени одлуком суда, на захтев законом овлашћених лица (Вид. чл. 111 и 112 ст. 1 ЗОО). Њима се првенствено повређују појединачни интереси. Они производе правно дејство све до поништења, тако да судска одлука у овом случају има конститутивни карактер. Овде је очигледно уважено начело аутономије воље, јер од воље правног субјекта заштићеног санкцијом рушљивости зависи да ли ће уговор бити поништен, и то ретроактивно (*ex tunc*), или ће произвести очекивано дејство. Уколико страна у чију је корист рушљивост установљена не поднесе тужбу за поништење у законом одређеном року, наступа конвалидација. Према Закону о облигационим односима, уговор је рушљив ако га је закључила ограничено пословно способна страна, када је при његовом закључењу било мана у погледу воље страна, као и када је то овим законом или другим прописом установљено (Вид. чл. 111 ЗОО). Осим у поменутих, санкција рушљивости је прописана и у случају прекомерног оштећења.

²⁵⁶ Вид. чл. 53 ПЗ.

²⁵⁷ Мане воље јесу недостаци у настанку или изјави воље, који изазивају рушљивост правног посла. Традиционално, ову категорију чине заблуда (*error*), превара (*fraus*) и претња (*metus*). У грађанском праву уопште, заблуда представља погрешну, неистиниту представу о некој правно значајној чињеници или околности (Више о појму заблуде вид. Симоновић, 2017: 165). Неважност правног посла може проузроковати само заблуда која се према прописаним критеријумима сматра битном. Изазвана заблуда, тј. стварање или одржавање код друге стране погрешне представе, с циљем да се она наведе на предузимање одређеног правног посла представља превару. Претња представља стављање у изглед неког зла на штету учесника у правном промету, чиме се код њега изазива оправдан страх услед којег он предузима правни посао (Вид. чл. 60 ЗОО, Стојановић, Антић, 2004: 338). У правној теорији је спорно да ли су претња и (физичка) принуда два одвојена разлога рушљивости правног посла. Закон о облигационим односима регулише само претњу, на основу чега поједини аутори закључују да претња као општи појам обухвата и физичку и психичку принуду (Вид. Ковачевић Куштримовић et al. 2008: 297). Да је законодавац имао у виду принуду као разлог рушљивости потврђује и чл. 117 ЗОО, у коме је престанак принуде једна од прописаних чињеница од које почиње да тече једногодишњи рок за поништење рушљивог правног посла.

признањем очинства које су дате под принудом или у заблуди јесу рушљиве. Осим даваоца изјаве, рушљивост могу истицати и друга лица с правним интересом да то чине²⁵⁸, као и јавни тужилац.²⁵⁹ Шири круг овлашћених лица представља једну од разлика између општег и режима рушљивости у породичном праву. Ово правно овлашћење се може вршити у року од годину дана од престанка принуде, односно уочавања заблуде.²⁶⁰ Објективни рок не постоји, јер за разлику од имовинскоправних, у породичноправним односима преовладавају неки други, а не захтеви економичности и правне сигурности. Наиме, интерес детета да зна ко су му родитељи и овде је дошао до изражаја, јер је непостојање објективног рока једина гаранција његовог остварења, с обзиром да лица која су учествовала у поступку признања ванбрачног очинства исто могу побијати само у поступку за поништење изјаве о признању, односно сагласности са његовим признањем.²⁶¹ С друге стране, прописивање субјективног преклузивног рока је апсолутно оправдано. По нашем мишљењу, време од годину дана је сасвим довољно за промишљање и доношење одлуке у вези са насталим открићем. Њиме су заштићени и интереси трећих лица, која су на основу признатог очинства стекла одређена права и обавезе, због чега би било неправично да у периоду дужем од наведеног буду у неизвесности у погледу њихове правне судбине. Када су у питању разлози рушљивости изјава датих у поступку признања (ванбрачног) очинства, приметне су одређене разлике у односу на општи правни режим мана воље. Наиме, упадљиво је изостављање пре свега преваре, а потом и претње из круга узрока рушљивости. То, наравно, не значи да је такав утицај на вољу даваоца изјаве допуштен. Што се тиче претње, указали смо већ на њену појмовну повезаност са принудом, због које се увек може тврдити да се под једном подразумева и друга појава. Превара као квалификована заблуда није аболирана овим путем, такође. Наиме, мишљења смо да се законодавац определио за нешто шири концепт заблуде, којим је обухваћена и превара. Имајући у виду осетљиву природу породичних односа и тешкоће у вези са доказивањем чињеница из породичног живота, ово решење сматрамо добрим. Пре свега, имамо у виду, да су његове практичне последице исте као што би биле у случају

²⁵⁸ Са теоријског становишта посматрано, осим даваоца изјаве, поништај би могли захтевати још и његови и дететови сродници, супружници и повериоци.

²⁵⁹ Вид. чл. 253 ст. 1 ПЗ.

²⁶⁰ Вид. чл. 253 ст. 2 ПЗ. Некада је овај рок био и краћи, тачније износио је шест месеци (Вид. чл. 97 ст. 3 ЗБПО).

²⁶¹ Имамо у виду правило по коме је лицима која су се сагласила с признањем очинства ускраћена могућност покретања поступка за његово оспоравање (Вид. чл. 56 ст. 4 ПЗ).

изричитог стипулисања преваре. У случајевима у којима би се према општим правилима радило о превари, предметна изјава ће свакако бити поништена, уз образложење да је дата под дејством заблуде. Услови под којима се може захтевати поништење изјаве у чијој је основи погрешна представа о очинству одређеног лица, либералнији су, на први поглед, од оних под којима се може поништити неки лукративни правни посао. Док се у општем парничном поступку проверава да ли су заблудом обухваћена битна својства предмета правног посла и да ли је она извињавајућа и неотклоњива, у поступку за поништење изјаве о признању очинства ове чињенице се не утврђују. Наиме, заблуда о очинству одређеног лица, по природи ствари јесте битна и неотклоњива, док је, са становишта општег и интереса детета да се утврди његово порекло, потпуно неважно да ли је овлашћено лице у моменту давања изјаве поступало са дужном пажњом или не. Сматрамо да је оваквим приступом сузбијена могућност да се између заинтересованих лица постави питање накнаде штете проузроковане рушљивом изјавом.

У одсуству изјаве о признању, ванбрачно очинство може бити утврђено правноснажном судском пресудом, донетом у посебном парничном поступку покренутом од стране детета, мајке или мушкарца који тврди да је дететов отац.²⁶² Ванбрачно очинство може бити утврђено судским путем не само када је изостало његово признање, већ и онда када су подаци о дететовом оцу из матичне књиге рођених неистинити. У случајевима у којима постоји претпостављено очинство одређеног лица, мушкарац који себе сматра оцем мора оспоравати чињеницу да је уписано лице дететов отац (брачни или ванбрачни) и захтевати утврђење чињенице свог очинства.²⁶³ Не може се утврђивати очинство даваоца семене ћелије, ако је дете зачето уз биомедицинску помоћ.²⁶⁴

²⁶² Вид. чл. 55 ПЗ.

²⁶³ Вид. чл. 56 ст. 2 ПЗ. Колико је важно што оваква могућност постоји у српском праву потврђује пресуда ЕСЈП којом је окончан поступак у предмету *Róžański v. Poland* (*Judgment* бр. 55339/00. Преузето 15.07.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-116077&filename=001-116077.pdf&TID=thkbhnilzk>). Њоме је утврђено да је подносиоцу повређено право на поштовање породичног живота, с обзиром на то да по одредбама пољског законодавства није постојао начин да ванбрачни отац покрене парницу за оспоравање, односно утврђивање очинства. Наиме, у конкретном случају, подносилац је, настојећи да се идентификује као отац детета рођеног у ванбрачној заједници, а у одсуству сагласности мајке са признањем очинства, покренуо поступак постављања посебног старатеља детету, који би могао да у његово име и за његов рачун покрене патернитетску парницу, као што је предложио и јавном тужиоцу да, у складу са својим овлашћењима, покрене такву парницу. Његови захтеви су одбијени, с обзиром на то да је у међувремену нови партнер дететове мајке, уз њену сагласност, признао очинство. Поступајући по представци биолошког оца, ЕСЈП је закључио да су национални органи повредили његово право на поштовање породичног живота, јер се нису бавили тиме како је ускраћивање могућности за оспоравање,

3.3.3. Ванбрачно очинство у упоредном праву

Према правилима црногорског права, реч је о ванбрачном очинству када је дете рођено ван брака, а уколико је мајка претходно била удата, по протеклу рока од триста дана од престанка брака (смрћу, разводом или поништењем).²⁶⁵ Мушкарац који намерава да призна (ванбрачно) очинство мора имати навршених шеснаест година живота и мора бити способан за расуђивање.²⁶⁶ Он то може учинити пред матичарем, органом старатељства, судом или другим органом овлашћеним за састављање јавних исправа, који су дужни да такву изјаву воље доставе надлежном матичару (уколико није дата пред њим). Породичним законом Црне Горе прописана је обавеза матичара да чим сазна за рођење ванбрачног детета позове његову мајку да да изјаву о мушкарцу кога сматра оцем, уколико она то већ није учинила. Потом ће то лице бити позвано, и то на поверљив начин, да се у року од тридесет дана пред матичарем изјасни о овој околности или да достави оверену изјаву о томе. Уколико ово лице да позитивну изјаву о свом очинству, матичар ће га уписати као оца, а уколико да негативну изјаву или рок од тридесет дана протекне без икакве његове изјаве, матичар ће о томе, као и у претходном случају, обавестити мајку.²⁶⁷ Уколико није мајка иницирала поступак признања, матичар ће је позвати да да изјаву у вези са признањем очинства, у року од деведесет дана.²⁶⁸ У сваком случају, захтева се и сагласност детета старијег од шеснаест година. Ако је дете млађе од овог узраста или је неспособно за расуђивање, а мајка је умрла, непознатог боравишта или лишена пословне способности, надлежни матичар ће се обратити старатељу детета, који мора обезбедити одобрење органа старатељства, уколико намерава да да позитивну изјаву поводом признања очинства.²⁶⁹ Изјава о признању очинства може бити садржана и у завештању њеног даваоца, а може се дати и пре рођења детета, под уобичајеним условом да се оно роди живо.²⁷⁰ Признање очинства није могуће након смрти детета.²⁷¹ Изјаве које

односно утврђивање очинства деловало на интересе подносиоца, детета и породице настале спорним признањем.

²⁶⁴ Вид. чл. 58 ст. 5 ПЗ.

²⁶⁵ Вид. чл. 99 ПЗ ЦГ.

²⁶⁶ Вид. чл. 104 ПЗ ЦГ.

²⁶⁷ Вид. чл. 100 ПЗ ЦГ.

²⁶⁸ Вид. чл. 105 ст. 3 ПЗ ЦГ.

²⁶⁹ Вид. чл. 105-106 ПЗ ЦГ.

²⁷⁰ Вид. чл. 101 и 102 ПЗ ЦГ.

²⁷¹ Вид. чл. 103 ПЗ ЦГ.

овлашћена лица дају у поступку признања очинства јесу неопозиве, па њихово дејство, на захтев ових лица, може престати само ако буду поништене. Она могу покренути одговарајући судски поступак уколико су их дала у заблуди или под принудом, и то у року од свега шест месеци од уочавања заблуде, односно престанка принуде.²⁷² Уколико ванбрачно очинство одређеног лица није утврђено по овим правилима, оно може бити успостављено судским путем. У црногорском праву, тужбу за утврђивање ванбрачног очинства могу поднети и дете и мајка, поред лица које себе сматра оцем.²⁷³ Ванбрачно очинство утврђено признањем може оспоравати мушкарац који себе сматра оцем, под општеприхваћеним условом да истом тужбом тражи да се утврди да је он отац.²⁷⁴ Ова радња се може предузети само за живота детета.²⁷⁵ Иако је прописано да дете и мајка могу оспоравати очинство мушкараца који се по Породичном закону сматра оцем, што подразумева и оног чије је очинство установљено признањем, закључујемо да су њихове могућности за тако нешто, ипак, ограничене. Како је реч о лицима која редовно активно учествују у поступку признања, њима је, по нашем мишљењу, на располагању други судски поступак, онај за поништење изјаве о сагласности с признањем очинства. Међутим, уколико они нису били у прилици да се о томе изјашњавају, из неког од прописаних разлога, сматрамо да нема сметњи да се и они нађу у улози тужиоца у поступку за оспоравање ванбрачног очинства установљеног признањем.

Важећи хрватски закон, попут црногорског, прописује да се ванбрачним сматра отац детета рођеног ван брака, односно по протеку рока од тринаест дана од престанка последњег брака мајке (на било који начин), уколико је она пре рођења детета закључивала брак.²⁷⁶ Изјаву о признању ванбрачног очинства може дати пунолетно лице, без обзира на пословну способност²⁷⁷, а малолетно лице ако је навршило шеснаест година

²⁷² Вид. чл. 108 ПЗ ЦГ.

²⁷³ Вид. чл. 109 ст. 1 ПЗ ЦГ.

²⁷⁴ Вид. чл. 116 ПЗ ЦГ.

²⁷⁵ Вид. чл. 119 ПЗ ЦГ.

²⁷⁶ У хрватском и црногорском праву, рођење детета ван брака је од посебног значаја и у том смислу што може представљати један од конститутивних елемената ванбрачне заједнице. Наиме, ванбрачном заједницом ће се сматрати она заједница живота која је, уз испуњење других услова, трајала најмање три године, али и краће, уколико је у њој рођено дете или је довела до закључења брака (Вид. чл. 11 ст. 1 ОЗ РХ и чл. 12 ст. 1 ПЗ ЦГ).

²⁷⁷ На усвајање оваквог решења утицала је и пракса ЕСЈП. Наиме, овај суд је у предмету Крушкових против Хрватске, по представци коју је поднело лице чија је изјава о признању очинства поништена због недостатка пословне способности, закључио да је легитимна заштита ове категорије лица од давања изјава супротних њиховим интересима, али да се тиме не могу оправдати пропусти у раду државних органа. У конкретном

и способно је да схвати њен правни значај.²⁷⁸ Ако је малолетник који жели да призна очинство млађи од шеснаест година, с тим актом се мора сагласити његов законски заступник.²⁷⁹ Са признањем очинства, да би оно произвело правно дејство, морају да се сагласе одређена лица: пунолетна мајка (без обзира на пословну способност), малолетна мајка с навршених шеснаест година, под условом да је способна да схвати правне последице своје изјаве, мајка млађа од шеснаест година, уз додатни услов постојања сагласности њеног законског заступника, дете с навршених четрнаест година, као и муж мајке, ако је очинство признао мушкарац који признањем тежи да анулира дејство претпоставке о брачном очинству.²⁸⁰ Ако мајка није жива или није познато где борави најмање два месеца, неопходна је и сагласност дететовог старатеља, којој мора претходити одобрење органа старатељства.²⁸¹ Очинство се у одређеним, изузетним случајевима, може признати и у односу на дете које више није у животу: уколико је оставило потомке или чињеница његовог рођења није уписана у матичну књигу рођених, када је признање могуће само до момента уписа рођења.²⁸² Ако је дете мртворођено или умрло за време порођаја, очинство се може признати само уз пристанак мајке. Ако она није у стању да својеручно потпише такву изјаву, може дати усмену изјаву у присуству два сведока.²⁸³ Очинство се може признати пред матичарем, органом старатељства, судом или конзуларним и дипломатским представништвом, а такву изјаву може садржати и последња изјава воље ванбрачног оца.²⁸⁴ Када надлежни матичар прими изјаву о признању или записник, односно завештање који садрже такву изјаву, без потребних пристанака, односно сагласности, позваће овлашћена лица да се изјасне у року од петнаест дана.²⁸⁵

Малолетна лица и лица лишена пословне способности у делу који се односи на лична

случају, надлежни центар за социјални рад је покренуо поступак за утврђивање очинства по протеклу две и по године од тренутка када је подносилац представке дао касније поништену изјаву о признању очинства, због чега је он „био остављен у правној празнини док није био покренут поступак за утврђивање његовог очинства“ (Вид. Мајсторовић, 2017: 107-111). Ова и сличне пресуде су утицале на генералну промену концепта права пословно неспособних лица. Наиме, једна од најзначајнијих реформаторских карактеристика важећег ОЗ РХ јесте управо искључивање могућности потпуног лишења пословне способности, а њена сврха је да се лицима која нису потпуно пословно способна омогући да у што већој мери сама предузимају радње потребне за заштиту њихових права и интереса (Вид. чл. 234 ст. 1 ОЗ РХ).

²⁷⁸ Вид. чл. 63 ст. 1 т. 1 и 2 ОЗ РХ.

²⁷⁹ Вид. чл. 63 ст. 1 т. 3 ОЗ РХ.

²⁸⁰ Вид. чл. 64 ст. 1 т. 1-5 ОЗ РХ.

²⁸¹ Вид. чл. 64 ст. 3 т. 1 ОЗ РХ.

²⁸² Вид. чл. 65 ст. 3 и 5 ОЗ РХ.

²⁸³ Вид. чл. 65 ст. 4 ОЗ РХ.

²⁸⁴ Вид. чл. 62 ст. 1 и 4 ОЗ РХ.

²⁸⁵ Вид. чл. 66 ст. 1 и 2 ОЗ РХ.

стања јесу привилегована у том смислу што неопходне изјаве могу дати пред органом старатељства месно надлежном према месту њиховог пребивалишта, односно боравишта.²⁸⁶ Дете и пословно неспособно лице се позивају преко органа старатељства одређеног према пребивалишту или боравишту ових лица, док се у другим случајевима примењују општа правила о личном достављању.²⁸⁷ Центар за социјални рад, надлежан с обзиром на пребивалиште или боравиште позваних лица, мора у року од петнаест дана доставити потребне пристанке.²⁸⁸ Матичар, пак, мора информисати лице које је дало изјаву о признању очинства (и његовог законског заступника, уколико га има) у року од тридесет дана о томе да ли су се овлашћена лица сагласила с тиме или не.²⁸⁹ Он има и важну дужност да родитеље који су трајно раздвојени обавести о могућности заједничког вршења родитељског права.²⁹⁰ Када прими пријаву рођења детета, а нема података о његовом оцу, матичар ће објаснити мајци да дете има право да зна своје порекло. Мајка може већ у том тренутку означити оца детета, а такав њен поступак ће се тумачити као пристанак на признање очинства. Матичар ће доставити примерак записника са изјавом мајке центру за социјални рад, према месту пребивалишта, односно боравишта мајке.²⁹¹ Уколико мајка то већ није учинила, центар за социјални рад ће је позвати да дâ податке о оцу детета, а пружиће јој сву неопходну помоћ, па ће, уколико је потребно, покренути и судски поступак за утврђивање очинства.²⁹² Уколико је у достављеном записнику назначен отац детета, центар за социјални рад ће позвати то лице да се у року од петнаест дана изјасни о свом очинству. Ако очинство буде признато, записници који садрже признање и мајчину изјаву о томе кога сматра оцем достављају се матичару, ради уписа. У случају да очинство не може бити утврђено на овај начин, обавестиће се овлашћена лица, односно њихови законски заступници да се може покренути одговарајући судски поступак. Старатељ пословно неспособних лица – дететове мајке или могућег оца, дужан је да покрене поступак за утврђивање очинства у року од тридесет дана од пријема обавештења да признање није успело, услед ускраћивања прописаног пристанка, односно

²⁸⁶ Вид. чл. 62 ст. 2 ОЗ РХ.

²⁸⁷ Вид. чл. 66 ст. 1 и 2 ОЗ РХ.

²⁸⁸ Вид. чл. 66 ст. 2 и 3 ОЗ РХ.

²⁸⁹ Вид. чл. 66 ст. 5 ОЗ РХ.

²⁹⁰ Вид. чл. 66 ст. 6 ОЗ РХ.

²⁹¹ Вид. чл. 67 ОЗ РХ.

²⁹² Вид. чл. 68 ОЗ РХ.

сагласности.²⁹³ Иначе, хрватским Обитељским законом је прописано да тужбу ради утврђивања ванбрачног очинства могу поднети дете, мајка, мушкарац који сматра да је његов отац и центар за социјални рад.²⁹⁴ Ако претпостављени отац више није у животу, тужба се може поднети против његових наследника.²⁹⁵ Ванбрачно очинство установљено признањем могу оспоравати дете, мушкарац који га је признао за своје и мушкарац који себе сматра оцем.²⁹⁶ Ванбрачно очинство установљено судском одлуком не може се оспоравати, као што се то не може чинити ни након смрти детета.²⁹⁷

У ранијем хрватском закону важила је иста старосна граница за давање изјаве о признању очинства. Међутим, разлика се огледала у томе што пунолетна лица, лишена у потпуности пословне способности, нису била титулари овог права. Малолетно лице млађе од шеснаест година такође није било активно легитимисани субјект у овом поступку. Било је недвосмислено прописано да очинство може признати и лице делимично лишено пословне способности, под условом да му судском одлуком пословна способност није искључена управо у делу давања изјава које се тичу личних стања.²⁹⁸ За упис одређеног лица као оца детета у матичну књигу рођених, било је потребно да се са његовим признањем очинства сагласе мајка и дете с навршених четрнаест година живота. Међутим, у односу на позитивно право, био је прописан додатни услов на страни детета у виду његове способности да схвати последице своје изјаве. Разлика је постојала и у погледу услова на страни мајке, јер се њена изјава о сагласности није захтевала, ако је била потпуно лишена пословне способности²⁹⁹ или способности да даје изјаве воље које се тичу личних стања. Уколико је дете имало мање од четрнаест година или је било тог или старијег узраста, али неспособно да схвати значај признања, а уз то му је мајка умрла или била проглашена за умрлу, млађа од четрнаест година, пословно неспособна, у потпуности или у делу који се односи на давање личних изјава, или јој је боравиште било непознато најмање два месеца, било је прописано да сагласност са признањем очинства

²⁹³ Вид. чл. 69 ОЗ РХ.

²⁹⁴ Вид. чл. 71 ОЗ РХ.

²⁹⁵ Вид. чл. 72 ОЗ РХ.

²⁹⁶ Вид. чл. 79 ст. 2 ОЗ РХ.

²⁹⁷ Вид. 81 ОЗ РХ.

²⁹⁸ Вид. чл. 57 ОЗ РХ (2003.).

²⁹⁹ Сматрамо пропустом то што чињеница лишења родитељског права није имала подједнак значај као лишење пословне способности.

даје центар за социјални рад.³⁰⁰ Процесна правила о признању очинства била су углавном истоветна садашњим.³⁰¹ Очинство се могло признати пред матичарем, центром за социјални рад и судом, а ову изјаву је могло да садржи и завештање.³⁰² После смрти детета очинство се могло признати само уколико је оно оставило потомство.³⁰³

У немачком праву, реч је о ванбрачном очинству када је дете рођено ван брака или, уколико је његова мајка претходно била у браку, по протеку рока од триста дана од његовог престанка смрћу мужа. Оно може почивати на акту признања или на судској одлуци. Одредбама BGB је стипулисано да изјава о признању очинства може произвести дејство тек од њеног ступања на снагу, а тај моменат не може наступити уколико још увек важи претпоставка о очинству другог мушкарца.³⁰⁴ Она не може бити условљена или орочена, а може бити дата и пре рођења детета.³⁰⁵ Са признањем очинства, у сваком случају, мора бити сагласна мајка, а ако она није дететов старатељ, биће неопходна позитивна изјава воље детета, под условом да није лишено пословне способности и да је достигло узраст од четрнаест година.³⁰⁶ Ако је дете млађе од четрнаест година или је лишено пословне способности, са признањем очинства се мора сагласити његов законски заступник. Ако је делимично лишено пословне способности, дете може дати изјаву о сагласности са признањем очинства само уз одобрење свог заступника. Лице делимично лишено пословне способности, такође, може признати очинство само уз одобрење свог заступника. Ако је пак потпуно лишено пословне способности, изјаву о признању може дати његов законски заступник, уз одобрење породичног суда. Када је законски заступник тог лица постављен од стране органа старатељства, неопходно је да се са признањем очинства сагласи суд надлежан за питања старатељства. Осим у наведеним случајевима, изјаве које се тичу признања очинства не могу бити дате преко заступника, односно пуномоћника.³⁰⁷ Оне се дају пред јавним бележником, а њихови преписи се достављају оцу, мајци, детету и регистру у коме се евидентирају промене личног статуса. Треба истаћи да се, без обзира на значај изјаве о признању, иста може опозвати, али само док не

³⁰⁰ Вид. чл. 62 ОЗ РХ.

³⁰¹ Вид. чл. 63-69 ОЗ РХ (2003.).

³⁰² Вид. чл. 56 ОЗ РХ (2003.).

³⁰³ Вид. чл. 58 ст. 2 ОЗ РХ (2003.).

³⁰⁴ Вид. § 1594 ст. 1 и 2 BGB.

³⁰⁵ Вид. §§ 1594 ст. 3 и 4 BGB.

³⁰⁶ Вид. §§ 1594-1595 BGB.

³⁰⁷ Вид. § 1596 BGB.

ступи на правну снагу и у року од годину дана од кад је уписана.³⁰⁸ Уколико било која изјава која се даје у вези са признањем очинства не задовољава прописане услове, она може бити поништена. Занимљиво је правило по коме изјава о признању ступа на правну снагу, без обзира на то да ли су у моменту њеног давања били испуњени прописани услови, по протеку рока од пет година од уписа у регистар.³⁰⁹

Ванбрачно очинство утврђено признањем, према одредбама важећег немачког права, може бити оспоравано, и то од стране даваоца изјаве о признању, мајке, детета, надлежног органа јавне власти, а од стране мушкарца који себе сматра оцем само под условом да ово лице на прописани начин изјави да је у периоду зачећа одржавало интимне односе са мајком. Надаље, биолошки отац може оспоравати очинство мушкарца који се, с обзиром на то да је признао очинство, по закону сматра дететовим оцем под додатним условом да између тог лица и детета не постоје породични односи, тј. нису постојали у моменту његове смрти, а који подразумевају испољавање родитељске одговорности у одређеном периоду. Уколико су лице чије се очинство доводи у питање и мајка накнадно закључили брак или је поменуто лице дуже времена живело са дететом, важи претпоставка о изграђености породичних веза међу њима.³¹⁰ За овлашћени јавни орган важе посебна правила. Да би он могао да покрене одговарајући поступак захтева се да између детета и мушкарца који је признао очинство нису успостављени породични односи, тј. да они нису постојали у моменту давања изјаве о признању или у моменту смрти тог лица, а да су испуњени услови за дозвољавање уласка односно настањивања детета или његовог родитеља.³¹¹ Према одредби из § 1598а BGB мушкарац који се по закону сматра оцем (што обухвата и оног који је признао очинство), мајка и дете могу захтевати да се истражи претпостављено очинство уз употребу генетских анализа. Такво овлашћење очигледно не поседује мушкарац који себе сматра биолошким оцем. Резултати овог поступка нису од утицаја на то ко ће се сматрати оцем детета. Видљиво је да су правила немачког законика о оспоравању ванбрачног очинства утврђеног признањем и вршењу родитељског права у овом случају, са становишта биолошког оца, доста рестриктивна, због чега не изненађује чињеница да су она у неколико наврата била

³⁰⁸ Вид. § 1597 BGB.

³⁰⁹ Вид. § 1598 BGB.

³¹⁰ Вид. § 1600 BGB.

³¹¹ Вид. § 1600 ст. 3 BGB.

предмет анализе и од стране ЕСЉП. Тако их је овај суд разматрао у предмету *Ahrens v. Germany*³¹², по представци грађанина Немачке, који је покушавао да у својој држави исходuje пресуду о свом очинству над малолетном девојчицом – својом биолошком ћерком. Њена мајка и подносилац су у одређеном периоду били у ванбрачној заједници, да би она након тога започела везу са другим мушкарцем, одржавајући у критичном периоду интимне односе и са подносиоцем. Након рођења девојчице нови партнер њене мајке је признао очинство над њом, да би потом подносилац поднео тужбу за оспоравање његовог очинства. У судском поступку је утврђено да је подносилац њен биолошки отац, али су судови више инстанце били става да између девојчице и њеног претпостављеног оца постоји однос родитељства у социјалном смислу, који, са становишта интереса детета, не би требало прекидати. Европски суд је најпре оценио да у конкретном случају свакако не би могло бити речи о повреди права на породични, већ само о повреди права на приватни живот. Од пресудног значаја приликом оцене о ком се сегменту заштите обухваћене чланом 8 ЕК ради, била је чињеница да пре рођења девојчице није постојала намера подносиоца да с њом и њеном мајком заснује породицу. Суд је потом још једном истакао да су органи националне државе у већој мери у прилици да упознају конкретне околности, као и то да интерес детета може однети превагу над интересима родитеља. Напоменуо је и то да у највећем броју земаља чланица Савета Европе постоји могућност оспоравања очинства, иако су између мушарца који је признао очинство и детета успостављене породичне везе у социјалном смислу. Ипак, нагласио је да о овом питању не постоји општа сагласност и поновио став суда да поље слободе одлучивања у овој ствари мора бити шире него када је у питању само одржавање личних односа са дететом и информисање о његовом здрављу. Суд је надаље констатовао да подносилац има загарантовано право да захтева да се утврди његово биолошко очинство, јер је то важан део његовог приватног живота, али да је с друге стране, национални суд, који је донео коначну одлуку, поштовао вољу законодавца да да предност постојећим породичним односима и свакодневном бризи о детету од стране законског оца. Указано је на одредбе немачког права по којима не постоји могућност уплитања суда у то да ли интерес детета налаже да оно одржава личне односе са биолошким оцем, иако се други мушкарац, по

³¹² *Judgment* бр. 45071/09. Преузето 29.07.2018. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-109815%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-109815%22%7D)].

закону, сматра његовим оцем, а биолошки отац још увек није испољио ни на који начин родитељску одговорност. Пракса ЕСЉП би могла указивати на обавезу држава да омогуће контакт биолошког оца и детета, али је закључак суда да се државама не може наметнути обавеза да омогуће оспоравање законског очинства, под околностима које постоје у конкретном и сличним случајевима, јер је реч о осетљивом питању у погледу кога постоји њихова слобода одлучивања. Како је домаћи суд ценио да је између законског оца и детета успостављен родитељско-дечији однос, те да његови законски родитељи живе у заједници, а да такве околности не постоје на страни подносиоца, ЕСЉП је сматрао да је његово резонување исправно, па је утврдио да у конкретном случају није учињена повреда права из чл. 8 ЕК. Исти исход имала је представка поднета, такође, 2009. године, од стране претпостављеног биолошког оца у предмету *Kautzor v. Germany*³¹³. Он је такође пред немачким судовима безуспешно оспоравао очинство засновано признањем од стране најпре ванбрачног, а потом брачног партнера његове бивше партнерке-дететове мајке. Захтевао је да се утврди да ово лице није дететов отац, испунивши притом услов у виду давања изјаве да је са дететовом мајком одржавао интимне односе у критичном периоду. Дететов старатељ, постављен за потребе те конкретне парнице, је истакао да између детета и мушкарца кога оно сматра оцем постоје јаке везе, које, у интересу детета, не би требало реметити. Ради провере истинитости те чињенице, одређено је и вештачење, мада странке нису оспоравале постојање блиских односа између детета и овог лица. Подносилац је истакао алтернативни захтев да се наложи детету да се подвргне медицинском вештачењу, како би се утврдило његово биолошко порекло. Његови захтеви су одбијени, управо због успостављених породичних односа између детета и мушкарца који је признао очинство над њим. Апелациони суд је одбио његову жалбу, додавши да је легитимно настојање немачког законодавца да предност да интересу детета и његових законских родитеља, а не интересу његовог биолошког оца, те да суд није овлашћен да у сваком конкретном случају оцењује да ли је у интересу детета да биолошки отац оспорава очинство над њим. Осим тога, суд друге инстанце је заузео став да су оваквим приступом породице оправдано заштићене од дужности откривања интимних детаља. Наглашено је да је признање очинства, које подносилац оспорава, учињено под прописаним условима и

³¹³ *Judgment* бр. 23338/09. Преузето 29.07.2018. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-109809%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-109809%22])}.

да нема разлога због кога би оно, осим мајчином сагласношћу, морало да буде условљено и генетским тестом. Нарочито су узете у обзир чињенице да је признање очинства усклађено са фактичким стањем и то да дете и само може истраживати своје порекло, када постане пунолетно. Након одбацивања уставне жалбе, подносилац се обратио ЕСЉП. Овај суд је најпре констатовао да је одлука о одбијању подносиоачевог захтева за оспоравање постојећег и утврђивање његовог очинства свакако утицала на његов приватни живот. Затим је утврдио да су се подносиоачеве примедбе односиле на три аспекта утврђивања ванбрачног очинства. Први је подразумевао овлашћење мајке детета рођеног ван брака да својим пристанком или његовим ускраћивањем пресудно утиче на то ко ће сматрати ванбрачним оцем, чак и када више мушкараца конкурише за ту улогу. Други се односио на то што могућем биолошком оцу није дозвољено да оспорава очинство утврђено признањем, уколико су између даваоца изјаве о признању и детета успостављени породични односи. Трећи је обухватао круг активно легитимисаних субјеката за иницирање генетских анализа с циљем утврђивања биолошког порекла детета (чији резултати нису од утицаја на правну претпоставку очинства), а међу којима нема потенцијалног биолошког оца. Европски суд за људска права је изнео став да је логична претпоставка да је мушкарац који је признао очинство заиста дететов отац, али да треба обезбедити механизме који би биолошком оцу омогућили да ову претпоставку оспорава. У немачком праву, као што је истакнуто, биолошки отац може оспоравати очинство лица које се по закону сматра дететовим оцем, само уколико између њега и детета не постоји родитељско-дечији однос. О овом питању свакако нема консензуза између појединих чланица Савета Европе, иако је анализа спроведена од стране ЕСЉП указивала да је у већем броју земаља оспоравање очинства заснованог признањем допуштено без посебних услова. Суд је такође констатовао да поље слободе одлучивања мора бити шире у сфери успостављања очинског статуса у односу на питање одржавања личних односа између детета и биолошког оца. Оно што је најзначајније, суд је утврдио да према немачком законодавству нема могућности да надлежни судови у сваком конкретном случају утврђују да ли је у интересу детета успостављање правне везе између њега и биолошког оца у ситуацији када је очинство већ признао мушкарац који живи с њим и његовом мајком и сноси одговорност према њима. Суд је најзад указао на неке случајеве из своје праксе који су се окончали успешно, са становишта биолошког оца, али је истакао да су се

они односили на захтев за приступ детету, а не за утврђивање породичног статуса. Из такве праксе суда произлази да биолошки отац има право да виђа дете, уколико није успоставио родитељски однос с њим без своје кривице и уколико је одржаваће контакта у интересу детета. Међутим, закључак је суда да то не повлачи конвенцијску обавезу држава да пропишу безусловну могућност оспоравања очинства заснованог признањем, односно да обезбеде поступак за успостављање биолошког очинства на супрот правном. Имајући у виду све конкретне околности и изражени став о широком пољу слободе одлучивања држава у овој области, суд је нашао да подносиоцу није повређено право на приватни живот из чл. 8 ЕК. Исти суд је у предмету *Koppikar v. Germany*³¹⁴ представку ванбрачног биолошког оца одбацио, оценивши већ у претходној фази њеног испитивања да у конкретном случају не може бити речи о повреди права на породични, односно приватни живот. Подносилац представке се, слично као у претходно анализованим предметима, обратио ЕСЉП због тога што је од стране првостепеног и другостепеног немачког суда одбијен његов захтев за успостављање ванбрачног очинства над дететом у односу на које је други мушкарац, нови партнер подносиоцеве бивше партнерке, већ признао очинство и са дететом и његовом мајком засновао заједницу живота. Неспорно је било да је подносилац дететов биолошки отац, али је правагу однело то што су између детета и претпостављеног оца већ постојале чврсте везе, које су потврђене закључењем брака са дететовом мајком. Полазећи од ставова изнетих у предметима, ЕСЉП је поновио да има простора за тумачење одредаба из чл. 8 ЕК на начин да државама намећу обавезу да истражују да ли је у интересу детета да се омогући биолошком оцу да успостави однос са дететом. Међутим, то не значи да су домаће државе обавезне да биолошком оцу омогуће оспоравање очинства, тј. успостављање одговарајућег правног статуса. Како међу чланицама Савета Европе не постоји консензус о овом питању, док је поље слободе њиховог одлучивања нарочито широко, ЕСЉП је препустио његово решавање националним законодавцима.

У француском праву, ванбрачним очинством је обухваћен случај рођења детета ван брака или у року дужем од триста дана од дана потврђивања споразума о разводу, издавања привремених мера у бракоразводној парници, доношења одлуке о неуспеху

³¹⁴ *Decision* бр. 11858 /10. Преузето 29.07.2018. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-115809%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-115809%22%7D)].

мирења или нестанка мужа мајке, односно у року краћем од сто осамдесет дана од правноснажности одлуке о одбацивању тужбе или о помирењу.³¹⁵ Уколико је пак очигледан породични статус детета у односу на оба супружника и није успостављено очинство другог мушкарца, дете се неће сматрати ванбрачним, без обзира на поменуте рокове који теку од подношења тужбе или правноснажности судске одлуке.³¹⁶ Ванбрачно очинство може бити установљено признањем, како после, тако и пре рођења детета, на основу очигледног породичног статуса и судским путем.³¹⁷ Изјава о признању очинства може бити садржана како у исправи о рођењу детета, тако и у другој јавној исправи. Прописана је и њена садржина, па у њој морају бити наведени име, презиме, датум и место рођења њеног даваоца или његово старосно доба и место пребивалишта, као и датум и место рођења, име и пол детета. Уколико се изјава о признању очинства не може регистровати због жеље мајке да остане анонимна, њен давалац се може обратити државном тужиоцу, који ће извршити претрагу по датуму и месту сачињавања дететове исправе о рођењу.³¹⁸ Као што смо већ поменули, очинство може бити успостављено и констатовањем од стране суда очигледног родитељско-дечијег односа, који ће постојати све док се супротно не докаже.³¹⁹ Парницу за утврђивање ванбрачног очинства може покренути дете, а за време његовог малолетства, то ће у његово име учинити мајка, наравно, под условом да је жива и да је њен идентитет познат.³²⁰ Правила о оспоравању ванбрачног очинства се нужно разликују зависно од начина на који је оно успостављено. Очинство засновано изјавом воље, које је притом подударно фактичком стању, може оспоравати ужи круг лица: дете, лица која се сматрају његовим родитељима и мушкарац који себе сматра оцем. Уколико правно и стварно стање нису усаглашени, мања је вероватноћа да је претпоставка очинства истинита, па је могу побијати сва заинтересована лица, укључујући даваоца изјаве о признању и јавног тужиоца.³²¹ Када је очинство уписано само на основу уживања очигледног родитељског статуса, такође га може оспоравати свако заинтересовано лице које располаже одговарајућим доказима, што је

³¹⁵ Вид чл. 315 и чл. 334-8 СС.

³¹⁶ Вид чл. 313 ст. 2 СС.

³¹⁷ Вид чл. 316 СС.

³¹⁸ Вид чл. 62 и чл. 62-1 СС.

³¹⁹ Вид чл. 317 ст. 1 СС.

³²⁰ Вид чл. 328 ст. 1 СС.

³²¹ Вид чл. 333 ст. 1 и чл. 334 СС.

потпуно оправдано.³²² Јавни тужилац може покренути парницу за оспоравање очинства уколико околности указују да је мало вероватно да претпостављено ванбрачно очинство одговара стварности.³²³ Примера ради, овај орган ће тако поступити уколико је очигледно да је реч о злоупотреби правила о усвојењу.

Према одредбама ABGB ванбрачно очинство постоји када је дете рођено ван брака или по протеку рока од триста дана од његовог престанка смрћу мајчиног мужа, при чему овај, темпорални услов долази до изражаја уколико је мајка пре рођења детета била у браку. У аустријском праву, ванбрачно очинство, као што је уобичајено, може бити установљено признањем и судским путем.³²⁴ Да би изјава о признању, која мора бити дата у форми јавне исправе, произвела дејство, неопходна је сагласност мајке и детета. Они могу приговорити признању очинства, у року од две године од давања такве изјаве. Овај рок ће бити у застоју за време малолетства активно легитимисаног лица или његове пословне неспособности, односно дејства објективних околности које су га спречиле да предузме одговарајућу радњу, под условом да су оне наступиле у последњих годину дана пре истека за њено предузимање.³²⁵ Да би признање очинства у односу на дете које већ има правног оца било пуноважно, претходно мора бити утврђено да је претпоставка постојећег очинства неистинита, осим уколико легитимитет овом чину дају дете или мајка, ако је оно малолетно, што је оригинално решење аустријског законодавства. Интерес правног оца је заштићен на тај начин што му је остављена могућност да судским путем оствари своја права дерогирана признањем очинства од стране другог мушкарца.³²⁶ Изјава о признању и сагласности са признањем очинства, према распрострањеном правилу, могу бити поништене, уколико у време њиховог давања нису били испуњени прописани услови или су дате под утицајем неке од мана воље. Рок у коме се то може учинити износи две године од уочавања поменутих околности или престанка принуде, а не може почети да тече пре рођења детета.³²⁷ Дете има право да захтева да се посредством суда утврди очинство мушкарца, који је био у интимним односима са његовом мајком у периоду не дужем од триста и не краћем од стотину осамдесет дана пре његовог рођења.

³²² Вид. чл. 335 СС.

³²³ Вид. чл. 336 СС.

³²⁴ Вид. § 144 ст. 1 т. 2 и 3 ABGB.

³²⁵ Вид. § 146 ст. 1 ABGB.

³²⁶ Вид. § 147 ABGB.

³²⁷ Вид. § 154 ABGB.

Како би се заштитило право детета на сазнање истине о свом пореклу, служба дечије заштите је дужна да поучи његову мајку о значају поседовања податка о оцу. Обавеза његовог законског заступника јесте да се стара да се предузму радње неопходне за утврђивање очинства уколико је то у његовом најбољем интересу и није у сукобу са правом мајком да не открије име оца.³²⁸ Ванбрачно очинство може бити и оспорено судским путем, такође на захтев детета.³²⁹ Изложена правила несумњиво указују да је аустријски законодавац спорне ситуације у вези са пореклом детета решавао превасходно са становишта његових интереса и његове воље.

У руском праву, ванбрачно очинство постоји у случају рођења детета чији родитељи никада нису закључили брак или, уколико дететова мајка претходно јесте била у браку, по протеку рока од триста дана од његовог престанка. Породични законик Руске федерације завређује посебно истицање, јер садржи оригинално и врло рационално решење по коме се ванбрачно очинство може успоставити заједничком подношењем захтева надлежном регистру од стране родитеља који нису у браку.³³⁰ Када је мајка умрла или непознатог боравашта или је лишена родитељског права или пословне способности, захтев може поднети отац, уз сагласност органа старатељства, коју може надоместити судска одлука. Овај захтев може бити поднет и пре рођења детета, како би се предупредиле потешкоће које касније могу настати, под условом да се упис родитељства изврши након рођења детета. Да би био извршен упис материнства и очинства, дете са навршених осамнаест година живота се са тиме мора сагласити. Ако је лишено пословне способности, неопходну сагласност, у његово име, даје орган старатељства.³³¹ У руском праву, очинство може бити утврђено и судском одлуком, уколико дете није рођено у брачној заједници, а његови родитељи нису поднели поменути заједничку пријаву. Закоником је прописано која лица могу покренути судски поступак за утврђивање очинства, а међу њима су родитељи, старатељ детета, као и само дете, уколико је пунолетно. Како је у интересу свих да подаци о родитељству буду поуздано утврђени,

³²⁸ Вид. § 148 ст. 1 и 2 и § 149 ABGB.

³²⁹ Вид. § 150 ABGB.

³³⁰ Наведена одредба је у складу с општим правилима о упису података о породичном статусу детета у матичну књигу рођених. Наиме, када родитељи нису истовремено и брачни партнери, упис мајке ће бити извршен на њен захтев, док ће подаци о оцу бити унети на његов захтев или на заједнички захтев оба родитеља (Вид. чл. 51 ПЗ РФ).

³³¹ Вид. чл. 48 ст. 3 и 4 ПЗ РФ.

наглашена је могућност употребе свих расположивих доказних средстава.³³² Судским путем може бити утврђено да је отац детета лице које је у међувремену преминуло, а није било у браку са мајком детета, под условом да је за живота испољавало уверење о свом очинству.³³³ Уколико је претпостављени отац у моменту подношења заједничке пријаве знао да он то заправо није, он касније не може оспоравати тако успостављено очинство. У осталим случајевима, очинство могу оспоравати то лице, мајка, мушкарац који себе сматра оцем, дете по стицању пунолетства, односно стартељ пословно неспособног детета, оца или мајке.³³⁴

У наставку рада, најпре су на слици бр. 2 приказане опште чињенице на којима се заснива брачно, односно ванбрачно очинство. С обзиром на бројне сличности између српског, црногорског и хрватског права, ради лакшег уочавања сегмената у којима се разликују, на сликама бр. 3,4 и 5, шематски је приказано ко ће се, према њиховим правилима, сматрати оцем детета у појединим, претходно описаним ситуацијама.

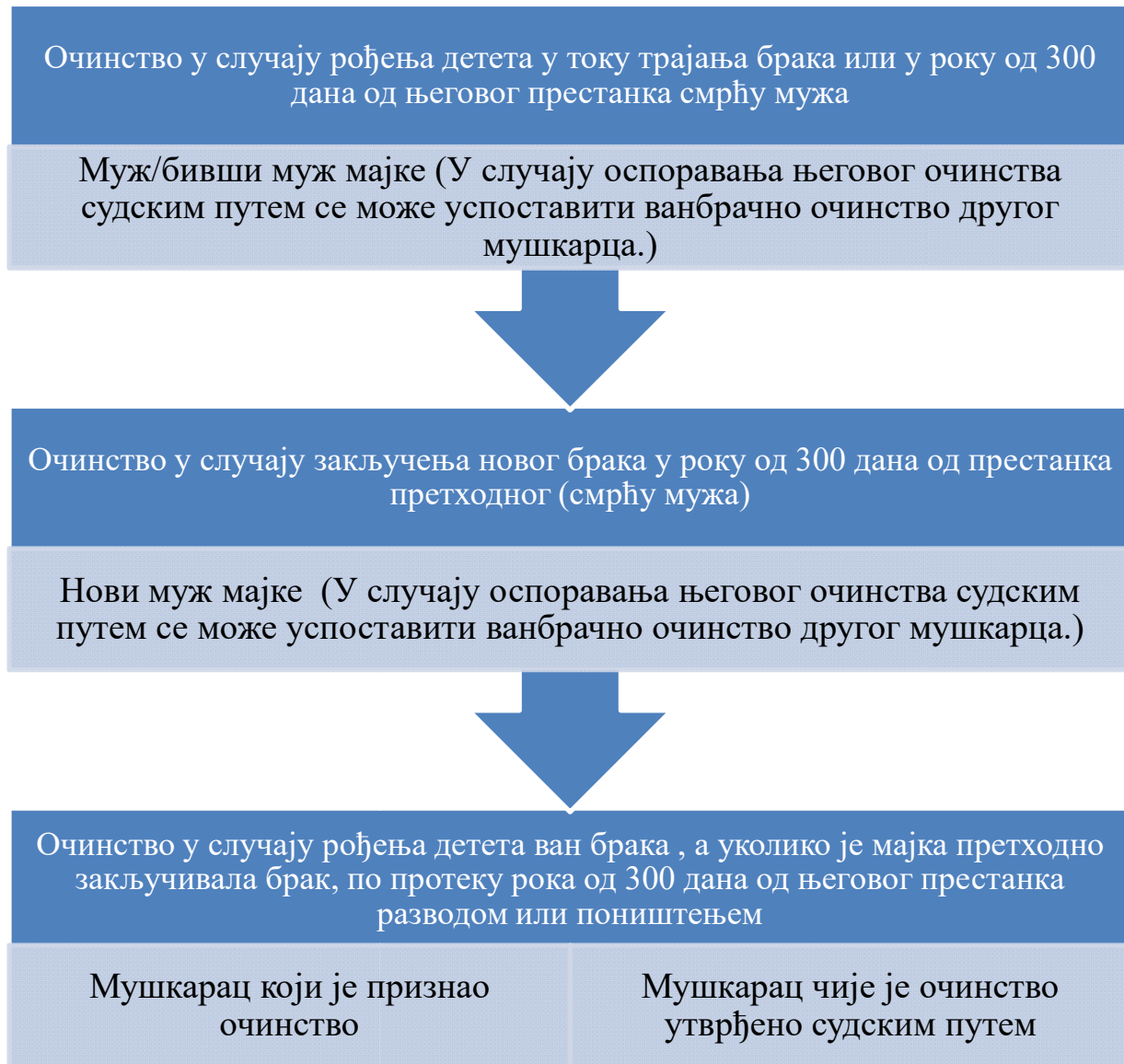


Слика бр. 2: Опште чињенице на којима се заснива брачно, односно ванбрачно очинство.

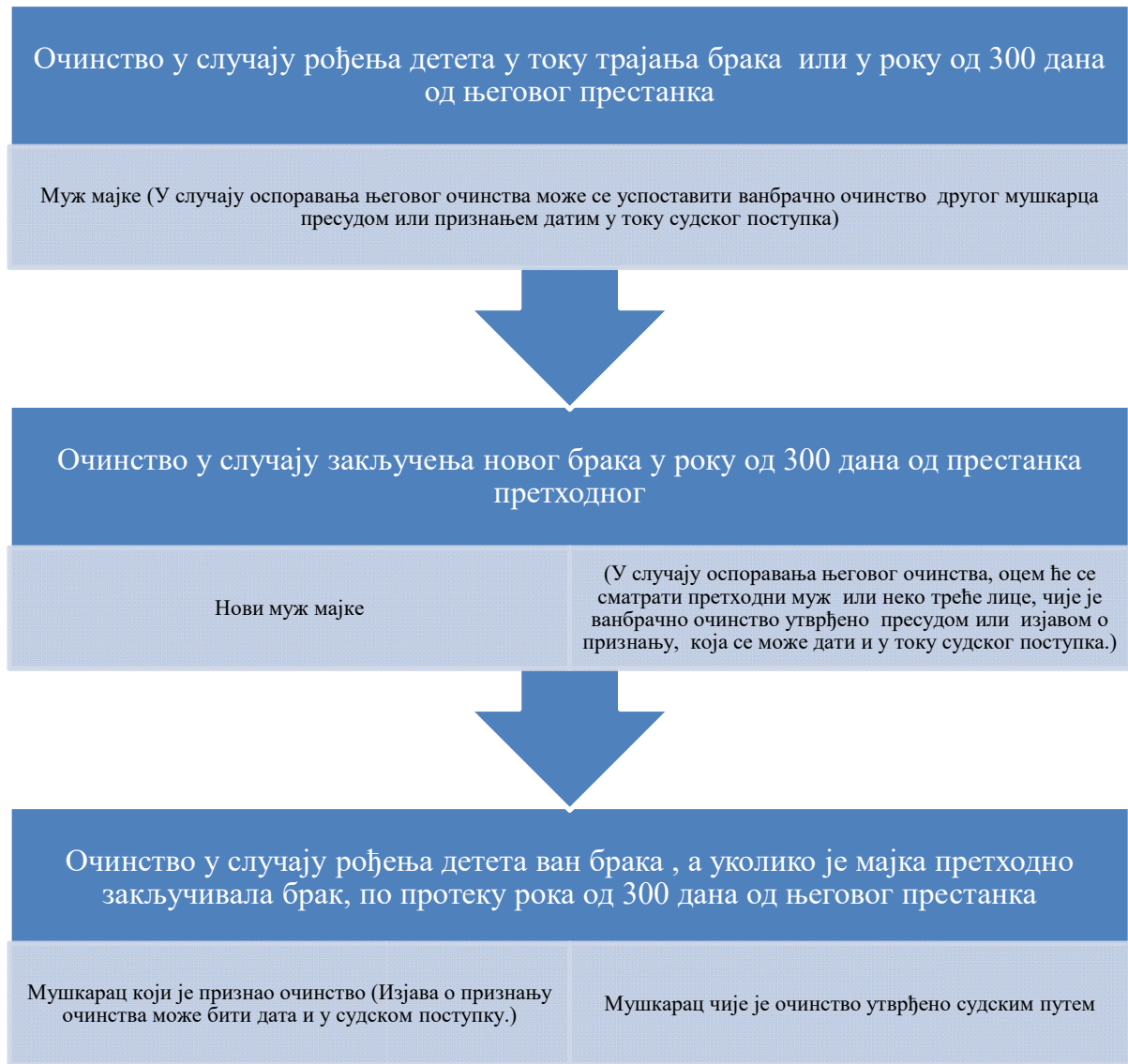
³³² Вид. чл. 49 ПЗ РФ.

³³³ Вид. чл. 50 ПЗ РФ. У сваком случају, дете стиче одговарајући породични статус уписом неопходних података у књигу рођених.

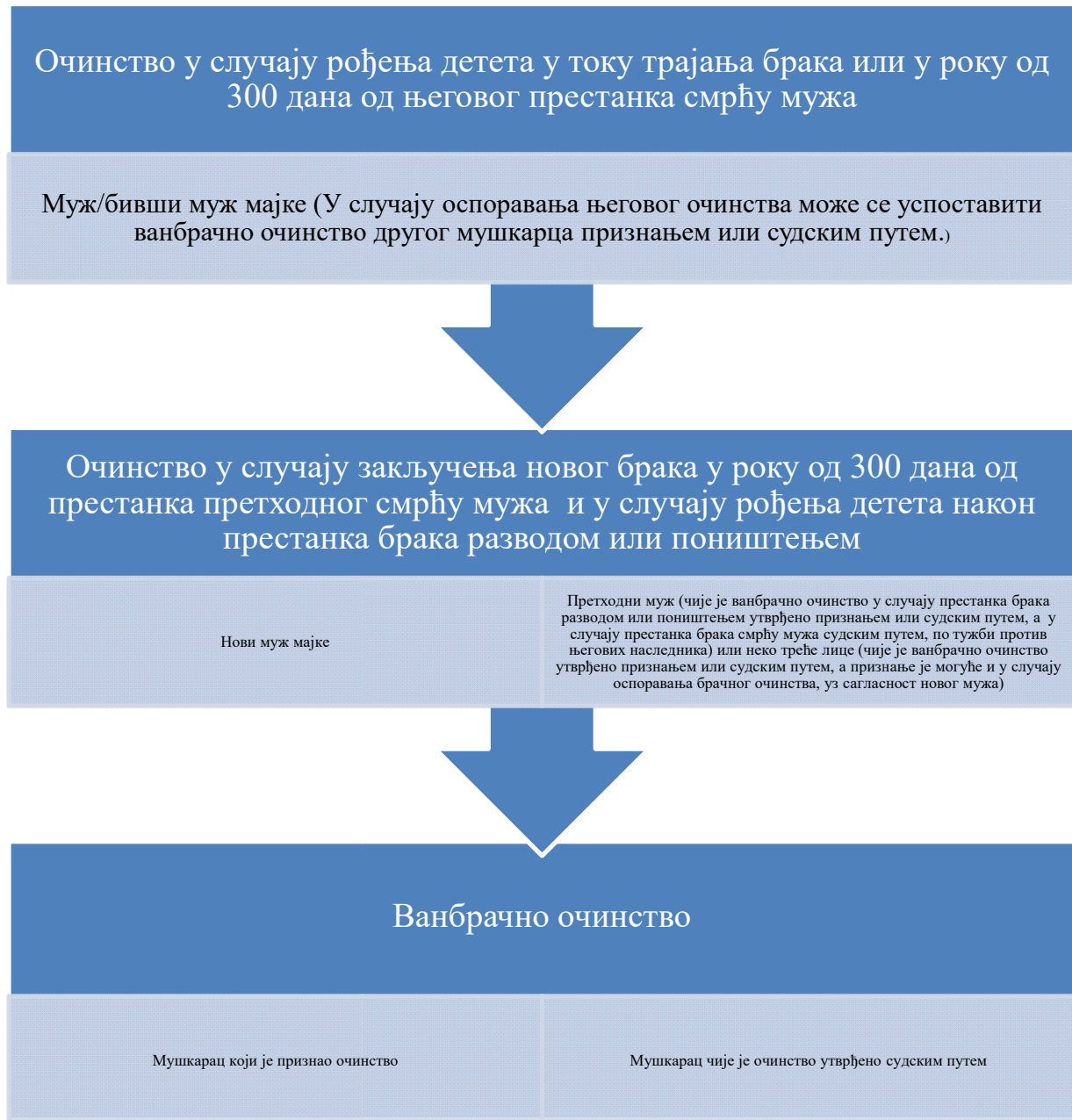
³³⁴ Вид.чл. 52 ПЗ РФ.



Слика бр. 3: Очинство у српском праву.



Слика бр. 4: Очинство у црногорском праву.



Слика бр. 5: Очинство у хрватском праву.

4. Матернитетске и патернитетске парнице

4.1. Опште напомене

У досадашњем току рада смо указали на то да чињенице материнства и очинства могу бити неизвесне и да као такве морају бити утврђене на несумњив начин, у одговарајућем судском поступку. Породичним законом је прецизирано да се под споровима о материнству подразумевају поступци ради утврђивања и оспоравања материнства, а под споровима о очинству још и поступци ради поништења признања очинства.³³⁵ У Преднацрту је израз *спор* замењен појмом *парница*.³³⁶ У науци грађанског процесног права спор се дефинише као неслагање између два субјекта од којих један нешто тврди, а други настоји да његово тврђење оповргне. Грађанскоправни спор представља неслагање страна једног грађанскоправног односа у погледу тог односа, грађанског субјективног права или грађанскоправног захтева.³³⁷ Парница је редовни начин, тј. метод за решавање грађанскоправних спорова који се нису могли решити на други начин. Дакле, спор је ситуација у једном материјалноправном односу, а парница је један од начина за решавање спорова (Станковић, 2010: 35-38). Имајући у виду изложену појмовну разлику између спора и парнице, измену предложену у Преднацрту сматрамо оправданом. Додајемо и то да, имајући у виду важеће српско законодавство, парница представља једину могућност за решавање спорова о материнству и очинству.³³⁸

Правила поступака у вези са породичним односима изложена су у Породичном закону, а на питања која нису њиме уређена примењују се одговарајуће норме Закона о

³³⁵ Вид. чл. 248 ПЗ.

³³⁶ Вид. чл. 2500 Преднацрта.

³³⁷ Грађанскоправни однос представља друштвени однос који је регулисан грађанскоправном нормом (Ковачевић Куштримовић et al. 2008: 91). Субјективно право је објективним правом признато овлашћење правним субјектима (физичким и правним лицима) ради заштите одређених интереса (Ковачевић Куштримовић et al. 2008: 159). Захтев се дефинише као могућност остварења субјективног права принудним путем или путем његовог имовинског еквивалента (Ковачевић Куштримовић et al. 2008: 161).

³³⁸ Имамо у виду чињеницу да се алтернативним путем, који почива на принципу добровољности, не могу решавати сви породичноправни спорови. Тако супружници који желе да окончају брак могу у поступку породичног посредовања уредити своје односе уз помоћ непристрасног трећег лица – посредника, који нема овлашћење да им намеће коначно решење (Јанићијевић, 2011: 128). Такву могућност немају учесници матернитетских и патернитетских парница, јер дечији и општи интерес налажу да питања о којима се у њима расправља буду решена на ауторитативан начин, уз доминацију начела утврђивања истине (Вид. чл. 3 ст. 1 . Закона о посредовању у решавању спорова, *Сл. гласник РС*, бр. 55/14 и Јанићијевић, 2016: 505-506).

парничном поступку³³⁹.³⁴⁰ Стварна надлежност за одлучивање у парницама о оспоравању или утврђивању очинства и материнства већ у првом степену припада вишем суду, па у поступку по жалби одлучује апелациони суд.³⁴¹ Месна надлежност се одређује према општем критеријуму, што значи да овлашћена лица могу поднети тужбу вишем суду на чијем подручју тужени има пребивалиште. Ако тужени нема пребивалиште, месна надлежност се одређује према месту његовог боравишта. У циљу процесне ефикасности и економичности, важи правило о одређивању месне надлежности према боравишту туженог, ако се према околностима може претпоставити да ће у том месту дуже времена боравити.³⁴² Дете је привилеговано тиме што може покренути поступак и пред судом на чијем је подручју његово пребивалиште, односно боравиште. Ако спор о очинству или материнству садржи елемент иностраности, па је надлежност домаћег суда успостављена због тога што се тужиочево пребивалиште налази у Републици Србији, управо ће суд чије подручје обухвата ово место бити надлежан за спровођење поступка.³⁴³ Пресудом којом се уређује породични статус детета мора бити одлучено и о начину вршења родитељског права, а може се изрећи и потпуно или делимично лишење родитељског права или нека од мера за заштиту од насиља у породици.³⁴⁴

4.2. Основна начела

Процесна начела представљају основне идеје на којима почивају поједина правила поступка. Њима су дефинисани циљеви који се желе постићи уређивањем процесних установа на одређени начин. Због тога, у основи сваког процесног правила постоји дубљи разлог његове садржине као такве. У уводном делу Закона о парничном поступку

³³⁹ *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, 87/2018 и 18/2020. У даљем тексту: ЗПП.

³⁴⁰ Вид. чл. 202 ПЗ. Једно од начелних питања у сфери процесних услова за заснивање родитељско – дечијег односа тиче се места на коме одредбе којима су прописани треба да буду изложене. Једна од могућности је да буду обједињене са материјалноправним одредбама у својеврсну породичноправну кодификацију, док се друга састоји у њиховом сврставању у групу посебних парничних поступака уређених основним процесним законом. У важећем српском законодавству је прихваћена прва варијанта, а таква систематика, по нашем мишљењу, погодује интересима породичноправних субјеката.

³⁴¹ Вид. чл. 23 ст. 1 т. 7 и чл. 24 ст. 1 т. 1 Закона о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101(2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017 и 65/2018 – одлука УС. У даљем тексту: ЗУС.

³⁴² Вид. чл. 38 и чл. 39 ЗПП.

³⁴³ Вид. чл. 50 ЗПП.

³⁴⁴ Вид. чл. 260 ПЗ.

побројана су основна начела парничне процедуре: начело диспозиције, расправно начело, затим начело непосредности, усмености и писмености, јавности, контрадикторности, као и начело слободне оцене доказа, забране злоупотребе процесних овлашћења и оно о разумно дугом трајању поступка. Нека од ових начела имају посебно велики значај у парничним поступцима у којима се расправљају породичноправни односи, док су друга знатно мање изражена или су у потпуности дерогирана, тако да важе њима супротни принципи. Породични закон је изричит у погледу важења начела хитности, тајности, истражног начела, начела правичности и тростепености.

Начело диспозиције је процесни израз доминантног грађанскоправног начела аутономије воље странака. Како што његов материјалноправни еквивалент подразумева слободу грађанскоправних субјекта да одлуче да ли ће ступити у одређени грађанскоправни однос, тако и начело диспозиције омогућава тим субјектима да се определе да ли ће тражити судску заштиту одређене садржине или не. Титулари повређеног или угроженог права могу сами одлучити да ли ће покренути одређени судски поступак, а уколико га покрену, од њихове воље зависи о чему ће се у току њега расправљати и на који начин ће се окончати. Још од римског права важи максима *ne eat iudex ultra et extra petit partium*³⁴⁵. Одредбе из чл. 3 ЗПП су јасне; суд одлучује у границама захтева постављених у поступку, којима странке могу слободно располагати, тако што се могу поравнати, одрећи се захтева или признати захтев супротне странке. У матернитетским и патернитетским парницама ово начело има много ужи домашај. Прецизније, парничне странке не могу слободно располагати предметом поступка, јер не могу бити донете пресуде на основу признања, одрицања, односно пропуштања нити може бити закључено судско поравнање.³⁴⁶ Разлог томе јесте испреплетаност приватних интереса парничних странака са ширим друштвеним интересом да на несумњив, ауторитативан начин буде решено питање породичног статуса детета. Без обзира на јасне мотиве законодавца приликом формулисања наведеног правила, приметно је да српске судије, неретко, признање туженог у патернитетској парници сматрају довољним доказом и искључиво на основу њега доносе пресуде којима се тужбени захтев за утврђивање очинства усваја. Велики је број пресуда, чије се образложење заснива искључиво на изјави

³⁴⁵ Слободни превод овог цитата гласи: „Суд се креће у границама тужбеног захтева“.

³⁴⁶ Вид. чл. 258 ПЗ. Самим тим, као што смо већ напоменули, спорови који чине предмет ових парница нису подобни за решавање мирним путем, уз помоћ и подршку посредника.

туженог, који признаје за истините чињенице наведене у тужби.³⁴⁷ Треба, ипак, имати у виду да се у српском праву матернитетска, односно патернитетска парница, не може окончати пресудом на основу признања, те да у случају да тужени признаје за истините тужбене наводе, треба доставити примерак записника надлежном матичару, ради уписа чињенице признања очинства (Тако и: Драшкић, 2007: 134, Милутиновић, 2009: 209).³⁴⁸

Суштина расправног начела је у обезбеђивању доказног материјала од стране самих парничних странака. Оно чини логичну целину са начелом диспозиције. Подразумева да саме странке износе чињенице на којима заснивају своје захтеве и наводе доказе којима се те чињенице доказују.³⁴⁹ Суд се бави само оним чињеницама и доказима на које су му указале странке, осим ако резултати расправљања и доказивања указују на то да оне располажу захтевима на недозвољен начин.³⁵⁰ У споровима о материнству и очинству преовлађује супротно, истражно начело. Суштина овог начела (тзв. инквизиционе максиме) јесте у иницијативи и активној улози суда у прикупљању процесног материјала. Према општим правилима грађанског процесног права, истражно начело долази до изражаја приликом извођења доказа од којих зависи примена процесних норми, онда када суд посумња да су располагања странака у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала, али и када је то посебним прописима предвиђено (Станковић, 2010: 223). Такав *lex specialis* представља одредба из чл. 205 ПЗ, којом је прописано да у поступку у вези са породичним односима суд може утврђивати и оне чињенице које међу странкама нису спорне, као и оне које ниједна од странака није изнела. Овде је дошао до изражаја већ поменути општи интерес да се са највећом извесношћу утврди биолошко порекло детета.³⁵¹

Начело контрадикторности у основи садржи обавезу суда да омогући свакој од странака да се изјасни о наводима супротне стране, да се брани од њених захтева и

³⁴⁷ Вид. Пресуду Првог Општинског суда у Београду П. Бр. 4741/05 од 18.11.2005. год., Пресуду Другог општинског суда у Београду П. Бр. 3778/03 од 28.11.2003. год., Пресуду Петог општинског суда у Београду П. бр. 1492/00 од 09.06.2018. год. Вид. Драшкић, 2007: 120-122.

³⁴⁸ Петрушић (1990:313) се одавно негативно изјашњавала о непостојању изричитог законског решења које би уређивало поступање суда у ситуацији када тужена странка у патернитетској, односно матернитетској парници призна спорну чињеницу.

³⁴⁹ Вид. чл. 7 ст. 1 ЗПП.

³⁵⁰ Вид. чл. 7 ст. 2 и 3 ЗПП.

³⁵¹ Палачковић (2014: 144-145) наводи да су инквизициона овлашћења суда у функцији његове обавезе да утврди најбољи интерес детета.

предлога.³⁵² Судска одлука не може бити заснована на чињеницама о којима странкама није пружена могућност да се изјасне или на онима које је изнела једна од њих, док је противној странци ускраћена могућност да о њима расправља, осим у изузетним, законом прописаним случајевима.³⁵³ Ово начело у поступцима из домена породичног права уопште, па тако и у матернитетским и патернитетским парницама, има нешто уже границе. Примера ради, тужба се не доставља туженом на одговор.³⁵⁴ Тиме се доприноси убрзању поступка, с циљем да се што пре отклони неизвесност о материнству или очинству као елементу породичног статуса детета.

Начело непосредности се односи на начин на који суд стиче сазнање о одлучним чињеницама. Он то по правило чини у непосредном контакту са странкама, њиховим заступницима, сведоцима итд. Према правилима Закона о парничном поступку, када дође до промене у саставу судског већа, главна расправа мора да почне изнова, мада суд може донети одлуку да се не саслушавају лица која су већ дала исказ, већ да се прочитају записници који их садрже.³⁵⁵ Докази изведени у другом поступку могу се користити у текућем, само уз изричиту сагласност странака.³⁵⁶ Одступање од овог општег режима, у матернитетским и патернитетским парницама, највише долази до изражаја у фази сазнавања мишљења детета о спорним питањима, јер се то, по правилу, чини посредством центра за социјални рад. Ова установа има на располагању стручњаке обучене да у неформалној атмосфери и на начин прилагођен дететовој зрелости утврде његове ставове и жеље.³⁵⁷

За разлику од општег парничног поступка који је по правилу јаван, у поступцима који за предмет имају спор о материнству или очинству важи супротно начело – начело тајности. Наиме, одредбом из чл. 321 ст. 2 ЗПП прописано је да главној расправи могу присуствовати сва лица старија од шеснаест година. Суд може да искључи јавност за главну расправу у целини или за један њен део ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса

³⁵² Вид. чл. 5 ст. 1. ЗПП.

³⁵³ Вид. чл. 5 ст. 3 ЗПП.

³⁵⁴ Вид. чл. 204 ст. 2 ЗПП.

³⁵⁵ Вид. чл. 331 ЗПП.

³⁵⁶ Вид. Пресуду Вишег трговинског суда Пж 11521/05 од 23.02.2006. год. Преузето 30.08.2018. http://poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA.

³⁵⁷ Треба, ипак, имати у виду препоруку Комитета за права детета да се детету, кад год је то могуће, пружи прилика да своје мишљење непосредно изрази (Влашковић, 2017: 194).

малолетника или приватности учесника у поступку. Искључење јавности може бити и последња мера за одржавање реда у току главне расправе.³⁵⁸ Насупрот томе, Породичним законом је прописано да је у поступку у вези са породичним споровима јавност искључена и да подаци из судских списа представљају службену тајну, коју су дужни да чувају сви учесници у поступку и друга лица која имају приступ тим подацима.³⁵⁹ Овакав приступ законодавца је сасвим оправдан, имајући у виду да се у овом поступку расправља о најинтимнијим сегментима живота појединаца.

Закон о парничном поступку садржи низ института чији је циљ економичност поступка и његово окончање у разумном року. Пре свега, прописана је обавеза суда да одреди временски оквир за предузимање парничних радњи, што треба да утиче на суд и на парничне странке да се старају о дужини поступка. У поступцима у вези са породичним односима такав захтев је уздигнут на још виши ниво, прелазићи у начело хитности.³⁶⁰ Породичним законом је ово начело изричито нормирано, па је, из очигледних разлога, стипулисано да је поступак хитан, ако се односи на дете или родитеља који врши родитељско право.³⁶¹ Одступљено је од општег правила о достављању тужбе туженом са налогом да у року од тридесет дана поднесе одговор на тужбу.³⁶² По пријему иницијалног акта, рочиште се мора заказати у року од петнаест дана.³⁶³ Исти члан садржи одредбу инструктивног карактера о окончању поступка на два рочишта.³⁶⁴ Другостепени суд треба да донесе одлуку у року од тридесет дана од достављања жалбе.³⁶⁵

³⁵⁸ Вид. чл. 322 ЗПП.

³⁵⁹ Вид. чл. 206 ПЗ.

³⁶⁰ Очување породичних веза, одлучивање о старању о детету, вршењу родитељског права, досуђивању алиментације у поступку развода брака саставни је део једног од критеријума које примењује ЕСЈП при оцени да ли је подносиоцу представке повређено право на суђење у разумном року, а то је значај спора за подносиоца представке (Вид. Милутиновић, 2014: 95).

³⁶¹ Вид. чл. 204 ст. 1 ПЗ.

³⁶² Вид. чл. 204 ст. 2 ПЗ.

³⁶³ Вид. чл. 204 ст. 4 ПЗ.

³⁶⁴ Вид. чл. 204 ст. 3 ПЗ.

³⁶⁵ Вид. чл. 204 ст. 5 ПЗ. Европски суд за људска права је више пута био у прилици да процењује да ли је дужина националног поступка који се тичао права и интереса детета била разумна, па је у неколико наврата утврдио повреду из чл. 6 ст. 1 ЕК. Видети следеће пресуде: Вељков против Србије (*Judgment* бр. 23087/07. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104561>), Ристић против Србије (*Judgment* бр. 32181/08. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102862>), Кривошеј против Србије (*Judgment* бр. 42599/08. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98264>), Димитријевић и Јаковљевић против Србије (*Judgment* бр. 34922/07. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142880>), М.В. против Србије (*Judgment* бр. 45251/07. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142990>), Фелбаб против Србије (*Judgment* бр. 14011/07. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142895>), Дамњановић против Србије (*Judgment* бр. 5222/07. Преузето

Према општим правилима парничног поступка суд одлучује на основу усменог расправљања.³⁶⁶ На рочишту се парничне радње предузимају у усменом, а ван њега у писаном облику.³⁶⁷ Тужба, противтужба, одговор на тужбу и правни лекови морају бити сачињени у писаној форми.³⁶⁸ Иста правила важе и у породичном процесном праву, с тим што писана форма у матернитетским и патернитетским парницама има посебан значај, јер се у том облику излажу резултати медицинског вештачења и извештај надлежног центра за социјални рад о релевантним чињеницама.

Забрана злоупотребе процесних овлашћења прописана је одредбама из чл. 9 ЗПП, тако што су странке обавезане да савесно користе права која су им призната законом, док је суду наложено да спречи, односно казни сваку злоупотребу права у поступку. Злоупотребу процесних права, по нашем мишљењу, треба посматрати аналогно истој појави у материјалном праву, тј. као вршење процесних овлашћења противно циљу због којих су установљена, односно призната. У поступцима који за предмет имају спор о материнству и очинству, ово начело најчешће долази до изражаја када тужени очигледно избегава да прими тужбу или да се подвргне ДНК анализи.³⁶⁹

Начело слободне оцене доказа (слободног судијског уверења) значи да се свака чињеница у поступку може утврђивати оним доказним средством за које суд сматра да је подобно. Насупрот њему, према начелу формалне оцене доказа одређене чињенице се могу доказивати на тачно одређени начин. Према одредби из чл. 8 ЗПП суд одлучује по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно, свих доказа као целине и на основу резултата целокупног поступка које ће чињенице узети као доказане. Ово начело у матернитетским и патернитетским парницама нарочито добија на значају, с обзиром на могућност примене ДНК налаза, у коме се са одређеним степеном вероватноће утврђују чињенице од којих зависи основаност тужбеног захтева.³⁷⁰ Реч је о најсигурнијем доказном средству за утврђивање значајних чињеница у овим парницама, па се поставља питање домета начела слободног судијског уверења у ситуацији када је овај доказ

30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142879>), Томић против Србије (*Judgment* бр. 42599/08. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107291>).

³⁶⁶ Вид. чл. 4 ст. 1 ЗПП.

³⁶⁷ Вид. чл. 14 ЗПП.

³⁶⁸ Вид. чл. 98 ст. 1 ЗПП.

³⁶⁹ Док у првом случају препрека може бити отклоњена достављањем уз помоћ надлежне полицијске управе, у другом се решење може наћи у примени правила о терету доказивања. О овом питању биће више речи у наставку рада.

³⁷⁰ Вид. ПРИЛОГ 2.

изведен.³⁷¹ С друге стране, ово начело нарочито долази до изражаја када тужена страна избегава да поступи по решењу суда којим је одређено ДНК вештачење.³⁷²

У матернитетским и патернитетским парницама важи и начело тростепености, јер је ревизија увек дозвољена. Према општим правилима, ревизија представља рестриктивни ванредни правни лек, који се под изузетним условима може изјавити против правноснажне пресуде донете у другом степену. Она је допуштена када је то посебним прописом омогућено, када је другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака или је усвојио жалбу, побијану пресуду укинуо и потом одлучио о захтевима странака. Уколико је реч о имовинскоправном спору, а вредност његовог предмета не прелази динарску противвредност од 40.000,00 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе, ревизија није дозвољена.³⁷³ Због погрешне примене материјалног права тзв. посебна ревизија може бити изјављена и против оне пресуде против које се иначе не би могла изјавити, уколико је по оцени Врховног касационог суда, који о овом правном леку одлучује, потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе или потребе новог тумачења права.³⁷⁴ То што је насупрот строгом општем режиму, ревизија у матернитетским и патернитетским парницама увек допуштена, потврђује посебан значај правилног утврђивања свих чињеница о којима се у њима расправља.

Одлука о трошковима матернитетских и патернитетских парница омеђена је принципом правичности.³⁷⁵ Примена начела правичности приликом доношења одлуке о трошковима поступка у коме се расправљало о породичним односима у пракси најчешће подразумева процену обима успеха парничних странака и оцену суда о томе да ли је одређени трошак био нужан или не. Тако судови у овом поступку, више него у било ком другом, инсистирају на прецизном утврђивању удела у коме је тужбени захтев усвојен, а неретко не досуђују странци која је успела у парници трошкове састављања поднесака у

³⁷¹ Имајући у виду да је реч о најпоузданијем доказном средству, мишљења смо да суд треба да користи своја инквизиторска овлашћења и да иницира извођење доказа ДНК вештачењем када не постоји овакав предлог неке од парничних странака. У одсуству таквог доказног предлога, било би логично наложити обема странкама да уплате подједнак новчани износ на име предујмљивања трошкова овог вештачења.

³⁷² Као што смо раније напоменули, о начинима превазилажења овог вида процесне недисциплине биће више речи у делу рада о доказивању у матернитетским и патернитетским парницама.

³⁷³ Вид. чл. 403 ЗПП.

³⁷⁴ Вид. чл. 404 ЗПП.

³⁷⁵ Вид. чл. 207 и чл. 208 ПЗ.

којима су изнети ставови који су могли бити изражени и на рочишту.³⁷⁶ Има ставова да принцип правичности треба на изричит начин кориговати принципом кривице, по угледу на општу парничну процедуру, те да треба инсистирати на томе да трошкови које је проузроковала одређена странка падну управо на њен терет (Тасић, 2018: 54).

4.3. Активна и пасивна легитимација и рокови за покретање матернитетских и патернитетских парница

Као што смо већ напоменули у делу рада о материјалним условима за заснивање правног односа између мајке и детета, право да захтевају утврђивање материнства имају дете и жена која тврди да је дететова мајка.³⁷⁷ Материнство одређене жене, по изричитом законском овлашћењу, осим ње, могу оспоравати дете, жена која сматра да је она дететова мајка (под већ поменутиим условом да у истом поступку захтева утврђивање свог материнства) и претпостављени отац.³⁷⁸ Могућност покретања матернитетске парнице најпре је временски ограничена, зависно од активно легитимисаног субјекта о коме је реч. Тако жена која жели да суд утврди да је она мајка може поднети тужбу у року од годину дана од сазнања да је она родила дете, а најкасније у року од десет година од рођења детета.³⁷⁹ Жена уписана у матичну књигу рођених као мајка детета може оспоравати ту чињеницу у субјективном року од годину дана, односно у објективном року од десет година.³⁸⁰ Исти рокови обавезују жену која оспорава материнство друге жене, уписане у матичну књигу рођених као мајка детета, као и мушкарца који се по основу законске

³⁷⁶ Вид. Решење Окружног суда у Ваљевоу Гж. 57/08 од 04.06.2008. год. и Пресуду Врховног касационог суда Рев. 440/18 од 08.02.2018. год. Преузето 05.09.2018. <https://pn2.propisi.net>.

³⁷⁷ Вид. фн. 135.

³⁷⁸ Вид. фн. 142.

³⁷⁹ Вид. чл. 249 ст. 2 ПЗ. Пре ступања на снагу важећег Породичног закона, правила о утврђивању очинства су се сходно примењивала на случајеве утврђивања материнства, на основу чега закључујемо да је жена која је себе сматрала мајком могла судским путем да захтева утврђивање те чињенице у субјективном року од три године (Вид. чл. 96 ст. 2 и чл. 100 ЗБПО).

³⁸⁰ Вид. чл. 250 ст. 2 ПЗ. Према решењу које је било на снази пре почетка примене Породичног закона, жена која је била уписана као мајка је могла да оспорава своје материнство у упола краћем, шестомесечном субјективном року, док је објективни рок био подједнако дуг. Исто правило је важило и када је у улози тужиље била жена која је себе сматрала мајком, па је она могла да оспорава материнство уписане жене и да захтева да се утврди да је она мајка у року од шест месеци од сазнања за ту чињеницу, а најкасније у року од десет година од рођења детета (Вид. чл. 107 и чл. 108 ЗБПО).

претпоставке сматра оцем детета.³⁸¹ Тужбу за утврђивање и оспоравање материнства без икаквих временских ограничења може поднети само дете.³⁸²

Поступак ради утврђивања (ванбрачног) очинства, као што је поменуто, могу покренути дете, мушкарац који себе сматра оцем и дететова мајка.³⁸³ Брачно очинство одређеног мушкарца, осим њега као мужа мајке, могу оспоравати дете, мајка и мушкарац који себе сматра оцем (под условом да истом тужбом тражи и утврђивање очинства).³⁸⁴ Од побројаних лица, осим, наравно, мужа мајке, ванбрачно очинство не могу оспоравати лица која су се сагласила са његовим признањем.³⁸⁵ То значи да је из круга активно легитимисаних лица за покретање ове патернитетске парнице свакако искључен мушкарац који је претходно признао очинство, а дете и мајка само уколико су у поступку признања дали позитивне изјаве о том чину. Њима је на располагању поступак за поништење изјаве о признању, односно сагласности са признањем ванбрачног очинства, који могу покренути не само даваоци те изјаве, већ и друга лица која имају правни интерес за то, као и јавни тужилац, као лице које заступа општи интерес.³⁸⁶ Поступак ради утврђивања очинства мушкарац који сматра да је отац детета може покренути у року од годину дана од сазнања да се са његовим признањем очинства нису сагласили мајка или старатељ детета, али не после истека времена од десет година од рођења детета.³⁸⁷ Исте рокове мора поштовати и мајка детета, при чему рок од годину дана почиње да тече од тренутка сазнања да мушкарац кога сматра оцем детета није признао очинство.³⁸⁸ Важно је напоменути да је значење претходно наведене законске одредбе такво да тужбу за утврђивање (ванбрачног) очинства може поднети само мушкарац који је претходно покушао да призна дете. Субјективни рок, дакле, почиње да тече од његовог сазнања да утврђивање очинства

³⁸¹ Вид. чл. 250 ст. 3 и 4 ПЗ.

³⁸² Вид. чл. 249 ст. 1 и чл. 250 ст. 1 ПЗ. Ступањем на снагу Породичног закона, ово решење је постало једна од новина у српском породичном законодавству, јер је претходно важило правило по коме је дете могло да покрене матернитетску парницу у објективном року од двадесет пет година од његовог рођења (Вид. чл. 98, чл. 100 и чл. 109 ст. 2 ЗБПО).

³⁸³ Вид. фн. 241 и ПРИЛОГ 3. Према Алтернативи из чл. 2503 Преднацрта у улози покретача парнице за утврђивање очинства би могао да се нађе и центар за социјални рад.

³⁸⁴ Вид. фн. 196.

³⁸⁵ Вид. фн. 261.

³⁸⁶ Вид. фн. 256, 259 и 261.

³⁸⁷ Вид чл. 251 ст. 3 ПЗ. У доба важења Закона о браку и породичним односима примењиван је јединствени рок који је износио три године од пријема обавештања да признање очинства није могуће због ускраћивања сагласности овлашћених лица (Вид. чл. 96 ст. 2 ЗБПО).

³⁸⁸ Вид. чл. 251 ст. 2 ПЗ. Према одредби која је овој претходила, мајка је у своје име и за свој рачун могла подићи тужбу за утврђивање очинства за време вршења родитељског права над дететом (Вид. чл. 98 ст. 3 ЗБПО).

признањем није могуће, због одбијања овлашћених лица да се с тим сагласе, а не од сазнања за упис детета у књигу рођених без података о њему као оцу.³⁸⁹ Мајка, њен муж и мушкарац који тврди да је отац могу поднети тужбу за оспоравање очинства мушкараца који се по закону сматра оцем у року од десет година од рођења детета.³⁹⁰ Субјективни рок од годину дана за мајку и претпостављеног оца почиње да тече од момента сазнања да та претпоставка није тачна³⁹¹, а за мушкараца који тврди да је отац детета од сазнања чињенице сопственог очинства.³⁹² Право детета да покрене парницу за утврђивање или оспоравање очинства протеклом времена не престаје, јер није везано за било који рок.³⁹³

³⁸⁹ Вид. Пресуду Апелационог суда у Крагујевцу Гж.2. 209/14 од 13.05.2014. год. Преузето 07.09.2018. www.kg.ap.sud.rs. У њој је наведено: „Субјективни рок из чл. 251 ст. 3 Породичног закона везује се за сазнање мушкараца који се сматра оцем детета, не за битне чињенице које се тичу непријављивања за оца од стране мајке, већ искључиво за његово сазнање за изостанак потребне сагласности мајке, детета или органа старатељства са његовим признањем очинства пред матичарем. То даље значи да претходно вођен управни поступак пред матичарем, у којем мушкарац који себе сматра оцем детета није успео да изводи сагласност мајке, детета или органа старатељства са његовом изјавом о признању очинства представља процесну претпоставку за подношење тужбе ради утврђивања очинства у судском поступку.“

³⁹⁰ Према правилима која је садржао ЗБПО, муж мајке је могао да оспорава своје очинство у кратком року од шест месеци од сазнања за околности због којих је сумњао да је он биолошки отац, а најкасније до истека десет година од рођења детета. Мајка је могла да оспорава претпостављено очинство у објективном року од шест месеци рачунајући од рођења детета. Мушкарац који је себе сматрао ванбрачним оцем детета које признао други мушкарац могао је да оспорава његово очинство и да захтева да се утврди да је он отац у року од годину дана од уписа признања очинства у матичну књигу рођених. Мушкарац који је себе сматрао ванбрачним оцем детета рођеног у току брака мајке и претпостављеног оца могао је да оспорава брачно и да захтева да се утврди његово ванбрачно очинство у року од годину дана од рођења детета (Вид. чл. 102 ст. 2, чл. 103 ст. 2, чл. 105 ст. 2 и чл. 106 ст. 2 ЗБПО).

³⁹¹ Тако је Пресудом Апелационог суда у Крагујевцу Гж.2. 350/12 од 06.09.2012. год. потврђена првостепена пресуда у делу у коме је тужба одбачена као неблагоприятна. Наиме, тужилац је у периоду дужем од годину дана пре подношења тужбе за оспоравање свог очинства, путем налаза Биолошког факултета, утврдио да није отац малолетног детета. У образложењу другостепене пресуде се наводи да је Породичним законом почетак субјективног рока везан за сазнање мушкараца - тужиоца да није дететов отац, а не од сазнања чињенице да је законска претпоставка неистинита. Разлика се огледа у степену извесности, а законом је прописан онај нижи. Због тога је суд закључио да је и обавештење тужиоца од стране тужене да није отац довољно, а камоли налаз Биолошког факултета за почетак субјективног рока. С друге стране, он свакако не може бити везан за несумњиво сазнање да тужилац није дететов отац, јер оно може произаћи само из правноснажне пресуде, па би постојање овог рока било потпуно обесмишљено. Преузето 07.09.2018. www.kg.ap.sud.rs.

³⁹² Вид. чл. 252 ст. 2, 3, 4 и 5 ПЗ. О општем значају субјективног рока сведочи и пресуда ЕСЉП донета у предмету *B.H. v. Austria* (Decision бр. 19345/92. Преузето 07.09.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-1408&filename=B.H.%20v.%20AUSTRIA.pdf&logEvent=False>). Као мајка детета рођеног у ванбрачној заједници, подносиатељка је предузела мере за оспоравање очинства свог бившег партнера, по протеклу једногодишњег субјективног рока прописаног у аустријском праву. Такав свој потез је оправдавала тиме да је она касније, а не у периоду зачећа и рођења детета, постала свесна да мушкарац који је признао дете није његов биолошки отац. Међутим, ЕСЉП је у својој одлуци навео да је подносиатељка имала прилику да истакне приговор у поступку признања очинства, и то у року од годину дана од давања изјаве о признању, што није учинила. Иницијатива у том правцу, испољена након протекла прописаног рока, није оправдана било каквим новим околностима. Суд је још једном указао на чињеницу да је постојање поменутог преклузивног рока у интересу правне сигурности и да његова примена није у супротности са правима

У Преднацрту се предлаже општа могућност укидања преклузивних рокова за подношење тужбе у матернитетским и патернитетским парницама.³⁹⁴ Сматрамо да у интересу породичне стабилности треба задржати постојеће решење. Прописана дужина субјективних и објективних рокова пружа довољно времена овлашћеним лицима која то желе да предузму неопходне радње како би утврдили истину о статусу детета. С друге стране, право детета да истражује своје порекло није временски ограничено, чиме је обезбеђена превласт начела утврђивања истине над принципом правне сигурности. Управо због тога је нарочито важно да право детета да утврђује своје биолошко порекло и убудуће не буде везано за одређени рок. У прилог таквом схватању, треба поменути пресуду ЕСЉП донету у предмету *Röman v. Finland*³⁹⁵, у којој је констатована повреда права из чл. 8 ЕК, управо из разлога што је подносиатељка спречена да судским путем уреди свој породични статус (ванбрачно очинство), с образложењем да је прекорачила рок од пет година од доношења националног прописа о изједначавању брачне и ванбрачне деце. Истим питањем овај суд се бавио и у предмету *Backlund v. Finland*³⁹⁶. У образложењу пресуде којом је он окончан се наводи да рок за покретање патернитетске парнице не може бити тако строго дефинисан, да се његовим протеком аутоматски губи ово право, без обзира на постојеће околности. У конкретном случају, подносилац је располагао резултатима ДНК анализе, који су недвосмислено указивали на његовог биолошког оца, али није могао да добије судску потврду ове чињенице, само из разлога што је протекао петогодишњи рок за покретање парнице за утврђивање очинства. Осим тога, с обзиром на то да је његов биолошки отац најпре био лишен пословне способности, а убрзо након тога и преминуо, није било алтернативног метода за утврђивање овог важног елемента свачијег, па и подносиоцевог идентитета. Суд се упустио у анализу

нормираним одредбом из чл. 8 ЕК. Члан 2504 Преднацрта садржи неколико варијанти. По једној од њих могућност оспоравања очинства не би била омеђена роком. По другој никакав рок не би обавезивао дете, мајку и њеног мужа.

³⁹³ Вид. чл. 251 ст. 1 и чл. 252 ст. 1 ПЗ. Поњавић (1992:196) је некадашње законско решење, по коме је дете могло подићи тужбу до навршене двадесет пете године живота (Вид. чл. 98 ст. 2 и чл. 104 ст. 2 ЗБПО), изузетно негативно оцењивао, сматрајући да ово његово овлашћење не сме бити временски ограничено. То што би дете у том периоду требало да стекне финансијску самосталност у односу на родитеље, није разлог да му се ускрати право на сазнање биолошког порекла.

³⁹⁴ Вид. чл. 2501 Преднацрта.

³⁹⁵ *Judgment* бр. 13072/05. Преузето 10.09.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-115864>.

³⁹⁶ *Judgment* бр. 36948/05. Преузето 10.09.2018.

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-99784&filename=001-99784.pdf>.

бројних европских законодавстава, закључивши да у већем броју њих није прописан рок у коме би дете морало да покрене патернитетску парницу. У сваком случају, закључио је да је подносиочево конвенцијско право на поштовање приватног живота повређено одбијањем националних судова да начине изузетак од примене петогодишњег преклузивног рока, иако је тиме трајно ускраћена могућност да биолошко очинство буде и правно потврђено. Од посебног је значаја било то што национални судови нису процењивали да ли су друштвени интерес за правном сигурношћу и појединачни интереси претпостављеног оца и његових наследника надвладали интерес подносиоца да се на несумњив начин утврди ко му је отац. Пресуда донета у предмету *Phinikaridou v. Cyprus*³⁹⁷ је важна због израженог става ЕСЉП да преклузивни рок који обавезује дете као могућег тужиоца у патернитетској парници не би требало да буде објективног карактера. Другим речима, по схватању суда, овај рок би требало везивати за моменат сазнања чињеница које указују на то да је одређено лице биолошки отац, нарочито у ситуацијама у којима је подизање тужбе за утврђивање очинства једино средство за откривање биолошке истине којим дете располаже. Овај став је поткрепљен одредбом из чл. 4 ЕКПСВД, којом је такође наглашен значај поклапања чињеница правног и биолошког ванбрачног очинства. С друге стране, у предмету *Yldirim v. Austria*³⁹⁸, ЕСЉП је заузео став сличан нашем да је преклузивни рок у коме друга лица, различита од детета, могу покренути патернитетску парницу прописан како у интересу детета, тако и са циљем заштите опште правне сигурности. Наиме, у конкретном случају, подносилац представке је истицао повреду права на поштовање приватног и породичног живота, проузроковану одбијањем јавног тужиоца да по истеку преклузивног рока, који је обавезивао подносиоца, уместо њега покрене поступак за оспоравање његовог очинства. Подносилац је, наиме, према законским правилима уживао статус оца, с обзиром на то да је у време рођења детета био ожењен његовом мајком, при чему му је било познато да није његов биолошки отац. Према правилима аустријског права, подносилац је могао да оспорава своје брачно очинство у субјективном року од годину дана. Како је он пропустио да то учини у прописаном року, његов захтев је одбијен. Због тога се обратио јавном тужиоцу, који је такође био овлашћен да покрене такав поступак, али је овај орган оценио да не постоји

³⁹⁷ *Judgment* бр. 23890/02. Преузето 10.09.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84106>.

³⁹⁸ *Decision* бр. 34308/96. Преузето 10.09.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-4820>.

интерес да се предузме таква радња. Образлажући своју одлуку, указивао је да би у случају покретања патернитетске парнице постојала опасност да дете остане без средстава за издржавање и без утврђеног очинства, с обзиром на то да мушкарац кога је мајка означила као оца није признавао ову чињеницу. Подносилац је истицао да је у дечијем и у општем интересу да се не одржава законска претпоставка, већ да се утврди истина. Сасвим супротан став је заузео ЕСЉП, наводећи да је оправдана тежња за очувањем правне сигурности и стабилности породичних односа. Закључио је, најзад, да је потпуно оправдано што је у ситуацији у којој је истекао рок у коме је подносилац могао покренути патернитетску парницу више пажње посвећено интересу детета. У предмету *Shofman v. Russia*³⁹⁹ суд је, пак, констатовао повреду права из чл. 8 Конвенције, из разлога што је подносиоцу ускраћена могућност оспоравања сопственог очинства, с образложењем да је одговарајући поступак покренуо након протекла објективног рока од годину дана. Како национални судови нису пружили обајшњење због чега би у овом случају требало да важи овај строги рок, независтан од момента сазнања за кључне чињенице, закључио је да је подносиоцев захтев оправдан. Закључујемо, најзад, да постојећа домаћа решења о роковима за покретање матернитетких и патернитетских парница не одударају од правца којим се креће пракса суда у Стразбуру. По нашем мишљењу, дужина рокова који зависе од сазнања овлашћених лица за одлучне чињенице правилно је одмерена. Како паралелно с њима важе дужи рокови, који наступају независно од субјективних околности, а имајући у виду и то да право детета да судским путем утврђује чињенице о свом пореклу није ограничено ни једнима ни другима, сматрамо да су интереси свих актера уравнотежени, што је, имајући у виду досадашњу праксу ЕСЉП, један од основних захтева којим се овај суд руководи.

У улози тужиоца у патернитетским и матернитетским парницама може се наћи и малолетно⁴⁰⁰ или лице лишено пословне способности, али ће у име и за рачун тог лица покренути и водити поступак његов старатељ, уз претходно одобрење органа

³⁹⁹ *Judgment* бр. 72486/01. Преузето 10.09.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71303>.

⁴⁰⁰ Треба имати у виду правило о заступању детета од стране колизијског старатеља, постављеног од стране центра за социјални рад, када су интереси детета противречни интересима родитеља – законских заступника. Противречност интереса постоји, по дефиницији, када се ова лица налазе у супротним странацким улозима (Драшкић, 2007: 129).

старатељства.⁴⁰¹ Ако се тужба подноси преко пуномоћника, пуномоћје мора бити оверено и издато само ради заступања у том спору, с јасним означањем врсте и основа тужбе.⁴⁰² Право на подношење тужбе је непреносиво, па се не може наследити. У случају смрти једне од странака, поступак се, по правилу, обуставља.⁴⁰³ Наследници могу једино наставити већ започети поступак, како би се несумњиво показало да је постојао основ за утврђивање или оспоравање очинства или материнства или за поништење изјаве о признању очинства.⁴⁰⁴ Ако лице које треба да има процесно својство туженог више није у животу, тужба се може поднети против његових наследника, што ће у крајњем случају бити Република Србија, ако других наследника нема.⁴⁰⁵ Творци Преднацрта су осмислили Алтернативу по којој наследници мужа мајке могу поднети тужбу за оспоравање његовог очинства, ако он за живота није сазнао ни за зачеће ни за рођење детета нити је у време

⁴⁰¹ Вид. чл. 254 ст. 3 ПЗ. Према одредби из чл. 132 ст. 2 т. 4 и чл. 265 ст. 1 ПЗ орган старатељства ће поставити тзв. колизијског старатеља лицу чији су интереси супротни интересима његовог законског заступника. Ако је дете навршило десет година и способно је за расуђивање може захтевати да му се постави привремени заступник, због тога што постоји супротност његових и интереса његовог законског заступника. Суд је дужан да постави привременог заступника детету које није заступано на одговарајући начин. Уопштено посматрано, у земљама континенталног правног система, у којима је начело официјелности у породичноправним стварима израженије, суд сам процењује потребу за постављањем привременог заступника. У земљама *common law* система прописана је обавеза суда да детету свакако постави привременог заступника. У домаћем праву, ове одредбе су прописане у делу који се односи на поступке у спору за заштиту права детета и у спору за вршење, односно лишење родитељског права, али се сходно примењују и у свим другим породичним поступцима, уколико се они односе и на права детета. Детету се колизијски старатељ, односно привремени заступник може поставити само ако оно има процесни положај странке, што није добро решење, имајући у виду да је у многим поступцима дете невидљива, тј. прикривена странка. У сваком случају, колизијски старатељ и привремени заступник имају сва права и дужности редовног законског заступника, као и специфичне задатке с циљем остварења права детета на слободно формирање и изражавање његовог мишљења (Вид. чл. 265 ст. 3 ПЗ и Петрушић, 2006: 173, 180-185, Петрушић, 2016: 404).

⁴⁰² Вид. чл. 257 ПЗ.

⁴⁰³ Вид. чл. 259 ПЗ.

⁴⁰⁴ Ово правило није изазвало било какве недоумице у судској пракси. Одлучујући о ревизији тужиље у предмету Рев 63/2016 Врховни касациони суд је недвосмислено указао на законске одредбе о активно легитимисаним лицима у поступку за оспоравање очинства и о условима под којима наследници једино могу наставити већ започети поступак. У наведеном случају тужила је као законска наследница, после смрти свога оца, покренула поступак за оспоравање његовог очинства у односу на његову другу ћерку, па је суд оправдано донео пресуду којом се изјављена ревизија одбија као неоснована. Преузето 12.09.2018. <https://www.vk.sud.rs/sr/%D1%80%D0%B5%D0%B2-632016-%D1%82%D1%83%D0%B6%D0%B1%D0%B0-%D0%B7%D0%B0-%D1%83%D1%82%D0%B2%D1%80%D1%92%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B5-%D0%BE%D1%87%D0%B8%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0>.

⁴⁰⁵ Вид. чл. 254-255 ПЗ.

зачећа живео у заједници са мајком. Рок за подношење ове тужбе износи годину дана од смрти мужа мајке.⁴⁰⁶

Патернитетске и матернитетске парнице одликује њихова нераскидива повезаност са установом супарничарства.⁴⁰⁷ Наиме, у њима, на свакој од супротстављених страна, редовно учествује већи број лица. Изузетак у том смислу представља парница за утврђивање материнства у којој, по природи ствари, могу учествовати само жена која тврди да је мајка и дете. Међутим, у спору ради оспоравања материнства у улози тужилаца, односно тужених, морају бити дете, жена која тврди да је мајка детета, жена која је уписана у матичну књигу рођених као мајка детета и мушкарац који се по закону сматра оцем детета.⁴⁰⁸ У спору ради утврђивања очинства морају учествовати дете, мајка, мушкарац који тврди да је отац детета и мушкарац кога мајка сматра оцем.⁴⁰⁹ У поступку оспоравања очинства нужни и јединствени супарничари јесу дете, мајка, мушкарац који се по закону сматра оцем детета и мушкарац који тврди да је отац.⁴¹⁰ Ова врста правне заштите, ипак, неће бити ускраћена законском оцу детета, који је поднео тужбу за оспоравање очинства без означавања биолошког оца, јер му то лице није познато.⁴¹¹ Учесници поступка за поништење изјаве о признању очинства јесу давалац изјаве о признању, лице које се сагласило с признањем и лице које има правни интерес да се

⁴⁰⁶ Вид. Алтернативу из чл. 2506 Преднацрта. Ово решење није сасвим оригинално, јер је одредбом из чл. 111 ЗБПО било прописано да наследници претпостављеног оца изузетно могу оспоравати његово очинство, ако он није био упознат са зачећем и рођењем детета нити је живео у заједници с његовом мајком.

⁴⁰⁷ Супарничарство постоји када уместо једног лица у улози једне парничне странке постоји два или више субјеката. У зависности од тога да ли је до нагомилавања субјеката дошло на страни тужиоца или туженог, разликују се активно и пасивно супарничарство. Постоји подела и на материјално и формално супарничарство, при чему се прво заснива на претходној материјалноправној вези међу супарничарима, а друго почива на битно истоврсном чињеничном и правном стању. Супарничарство може бити нужно, када у поступку морају учествовати сви учесници једног грађанскоправног односа, због његове природе или због изричитог законског наређења. Према дејству, постоје обично и јединствено супарничарство. Код обичног је сваки супарничар самостална парнична странка, док код јединственог по закону или природи правног односа спор може бити решен само на једнак начин према свим супарничарима, због чега постоји фикција да су они једна парнична странка. Матернитетске и патернитетске парнице су најбољи пример јединственог нужног супарничарства (Више о овој установи: Станковић, 2010: 150-160).

⁴⁰⁸ Вид. чл. 256 ст. 2 ПЗ.

⁴⁰⁹ Вид. чл. 256 ст. 3 ПЗ.

⁴¹⁰ Вид. чл. 256 ст. 4 ПЗ.

⁴¹¹ Вид. Пресуду Врховног касационог суда Рев 725/2017 од 11.04.2017. год. Суд, између осталог, закључује да у конкретном случају не може да буде примењен чл. 256 ст. 6 ПЗ, јер тужилац нема поуздана сазнања ко је отац деце, да би тужбом обухватио и то лице. Преузето 12.09.2018. <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-7252017-porodi%C4%8Dno-pravo-osporavanje-o%C4%8Dinstva>.

спорна изјава поништи.⁴¹² Суд ће поучити тужиоца који се оглушио о наведена правила на која лица треба да прошири тужбу или да их позове да се придруже тужби као тужиоци. Ако се позвана лица не придруже тужиоцу или тужба не буде проширена у субјективном смислу, сматраће се да је повучена, а ако буде враћена суду без исправке, суд ће је одбацити.⁴¹³ Када су у питању правила о супарничарству у матернитетским и патернитетским парницама, важно је напоменути да је Породичним законом прописано само то да наведена лица морају бити обухваћена тужбом, али није одређена њихова улога у парничном поступку покренутом њоме. То значи да ће процесни услов о кругу лица која морају учествовати у овом поступку од самог његовог почетка бити испуњен, те да неће бити разлога за одбацивање тужбе, било да су поједина од њих означена као тужиоци или имају својство туженог.⁴¹⁴

4.4. Доказивање у поступку за утврђивање и оспоравање материнства и очинства

У савремено доба, у матернитетским и патернитетским парницама, највећи доказни значај има анализа ДНК⁴¹⁵, јер се њоме на најизвеснији начин може утврдити ко су

⁴¹² Вид. чл. 256 ст. 5 ПЗ. Поступак за оспоравање очинства треба разликовати од оног за поништење изјаве о признању очинства. Изјава о признању очинства дата пред матичарем може се побијати, али се (од стране оних лица која су се с тим сагласила) не може оспоравати ванбрачно очинство утврђено признањем (Вид. Рев. 273/01 од 29.06.2003. год. Преузето 12.09.2018. <https://sirius.rs/cyt/praksa/rfLTBQ>). Услови за поништење ове изјаве прописани су одредбама ПЗ, али и одредбама ЗОО, јер су исти као и за остале изјаве воље. Посебан значај има заблуда, тј. рачунање једногодишњег рока од њеног уочавања. Овај рок почиње да тече од сазнања за чињеницу која изазива сумњу у признато очинство, а не од момента када је постало извесно да је признање дато под утицајем заблуде. Вид. Пресуду Апелационог суда у Новом Саду Гж.2. 810/12 од 09.01.2013. год. Преузето 12.09.2018. <https://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/327-gz2-810-12>.

⁴¹³ Вид. чл. 256 ст. 6 и 7 ПЗ.

⁴¹⁴ У Пресуди Рев 1838/15 од 08.10.2015. год. Врховни касациони суд је закључио да је изјављена ревизија неоснована, тј. да је неисправан став туженог у поступку за оспоравање очинства, по коме је и дететова мајка морала бити у улози тужене, а не тужиље. У наставку се наводи да су у конкретном случају тужбом обухваћени сви нужни и јединствени супарничари и да је она стога уредна. Законом нису одређене страначке улоге, тако да мајка може бити означена као тужиља уз малолетно дете. Преузето 12.09.2018. <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-18382015-osporavanje-i-utvr%C4%91ivanje-o%C4%8Dinstva>.

⁴¹⁵ Дезоксирибонуклеинска киселина (ДНК) јесте биомакромолекул који садржи наследне информације, а чији су саставни елементи – нуклеотиди сачињени од шећера, азотне базе и фосфатне групе. При свакој деоби ћелије одвија се процес ДНК репликације, тако што ензим ДНК полимеразе синтетиче нови молекул састављен од једног старог и једног новог ланца (Кувелић, Ђурић, Јовановић, Живковић, Станковић, 2013: 104). Ови молекули су јединствени и одатле произлази њихов научни значај. Све ћелије једног организма настају од оплођене јајне ћелије удвајањем генетског материјала из хромозома. У просеку, на сваких хиљаду нуклеотида се јавља онај који је потенцијално различит код различитих људи и одређује различит алел одређеног гена. Генотип (ДНК профил) одређене особе се одређује утврђивањем алела на одређеном генском локусу. Историјски посматрано, у сврху утврђивања родитељства, коришћено је антрополошко, серолошко и медицинско-генетичко вештачење. Антрополошко вештачење, које због очигледне

дететови биолошки родитељи.⁴¹⁶ Оно што ствара највише потешкоћа у вези са овим доказним средством јесте релативно често одбијање тужене стране да се подвргне овом поступку. Треба напоменути да процесни положај тужилачке стране у овим поступцима додатно отежава обавеза предујмљивања, са становишта домаћег стандарда, изузетно великих трошкова овог вештачења. Без обзира на два другачија примера из судске праксе на које ћемо у наставку указати, чињеница је да се најчешће тужилачкој страни налаже да обезбеди новчана средства неопходна за обављање вештачења. Имајући у виду ту

непрецизности више није у употреби, подразумевало је поређење физичких карактеристика детета и спорног родитеља - оних које се наслеђују по одређеним правилима. Серолошко вештачење обухвата анализе крвнотипних система, тј. еритроцитних антигена, ензима и серумских протеина. Анализе маркера ДНК (медицинско-генетичко вештачење) од осамдесетих година двадесетог века имају преовлађујући значај у утврђивању спорног очинства, због високог степена искључења могућности биолошког очинства. Поређењем ДНК профила детета, мајке и могућег оца, на сваком генском локусу се утврђује, након искључења оних алела који нису наслеђени од мајке, присуство тог алела у ДНК профили тестираног мушкарца. Уколико се тзв. облигатни патернални алел не појављује у том профили на три или више генских локуса, искључује се његово очинство. Ако то није случај, утврђује се тзв. индекс очинства, тј. степен вероватноће да је до такве појаве дошло случајно, а не због тога што тестирано лице јесте биолошки отац. Производ индекса очинства утврђеног за више генских локуса чини комбиновани индекс очинства. Он се креће од десет хиљада до сто милиона, а уколико је његова вредност већа од двадесет девет милиона, вероватноћа очинства је већа од 99,999996%. У распону од 0,9090909 до 0,99999999% вероватноће очинство може бити вероватно, врло вероватно, високо вероватно и практично потврђено.

⁴¹⁶ У прилогу тврдњи о значају ДНК анализе говоре и неке одлуке Европског суда за људска права. Примера ради, у предмету *Paulik v. Slovakia* (*Judgment* бр. 10699/05. Преузето 15.09.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-77327&filename=001-77327.pdf>) подносилац представке је истицао повреду права на приватни живот због тога што му је ускраћена могућност измене судске одлуке којом је утврђено његово очинство, иако је накнадно установљено да она није подударна стварности. Наиме, очинство подносиоца је утврђено у судском поступку покренутом од стране његове бивше партнерке, на основу свих изведених доказа, а нарочито на основу обављене анализе крви. Након неколико година, подносилац, његова бивша партнерка и његова претпостављена кћи су се сагласно подвргли ДНК анализи, која је показала да подносилац, ипак, није биолошки отац. Национални органи су сматрали је питање његовог очинства пресуђена ствар, па су одбили да се поново баве овим питањем. Суд у Стразбуру је нашао да је тиме повређено право загарантовано чл. 8 ЕК, с обзиром на то да подносиоцу у време када је прва одлука донета није било на располагању наведено доказно средство, а посебан значај је посвећен чињеници да се његова претпостављена ћерка није противила усаглашавању правне и биолошке реалности, те да је, имајући у виду њен узраст, била у стању да се сама стара о себи. На исти начин суд је одлучио и у предмету *Tavli v. Turkey* (*Judgment* бр. 11449/02. Преузето 15.09.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Tavli%20v.%20Turkey%22%5D%2C%22display%22:%5B%22%22%5D%2C%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-77936%22%5D%7D>)). Образлажући своју одлуку ЕСЉП је навео да то што напредак науке, тј. могућност употребе ДНК анализе, није законски разлог за понављање поступка, не значи да га треба игнорисати. Истакнуто је да је подударност правног и стварног стања не само у интересу подносиоца, него и детета. У предмету *Jaggi v. Switzerland* (*Judgment* бр. 58757/00. Преузето 15.09.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Jaggi%20v.%20Switzerland%22%5D%2C%22display%22:%5B%22%22%5D%2C%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-76412%22%5D%7D>)) ЕСЉП је потврдио да су истините информације о очинству важан елемент свачијег идентитета, који ужива конвенцијску заштиту у форми права на приватни живот. Суд је, стога, пружио правну заштиту шездесетседмогодишњем подносиоцу, који је тек након смрти мушкарца за кога је сматрао да му је отац стекао могућност да захтева ДНК анализу. Важно је напоменути да је двадесет четири године пре подношења представке извршена анализа крви, али да њени резултати нису били подобни за отклањање неизвесности о подносиоцином биолошком оцу.

околност и неспорну обавезу свих да штите најбољи интерес детета, требало би изричито прописати могућност ослобођења сиромашне странке ове дужности.⁴¹⁷

Дакле, чињеница је да се анализом хромозома најлакше и са највећом извесношћу може утврдити истина, али треба одговорити на питање: како поступити уколико тужена страна одбија, односно избегава своју обавезу да се подвргне вештачењу? Неке од могућности јесу принудно спровођење решења о одређивању вештачења или прописивање правила по коме ће такво понашање туженог бити тумачено на његову штету. У Немачкој, Аустрији и Шведској прихваћена је прва варијанта, а у Француској, Италији и Шпанији друга (Вид. Ковачек Станић, 2011: 211). У домаћем праву ова ситуација није посебно уређена, па се примењују општа правила о терету доказивања. Наиме, свака странка је дужна да изнесе чињенице и да предложи доказе на којима заснива свој захтев или оспорава наводе и доказе противника.⁴¹⁸ Странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за његов настанак или остваривање, ако законом није другачије прописано.⁴¹⁹ Странка која, пак, оспорава постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице која је спречила његов настанак или остваривање или услед које је оно престало да постоји.⁴²⁰ Суд би значај који је у датим околностима придао томе што странка није дошла на саслушање или није дала исказ, могао образложити и општим процесним правилом о слободној оцени доказа.⁴²¹ У сваком случају, суд одлучује по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно, свих доказа као целине и на основу резултата целокупног поступка које ће чињенице узети као

⁴¹⁷ Чињеница је, међутим, да домаћи судови и при постојећем стању процесног законодавства веома ретко удовољавају предлогу сиромашне странке да буде ослобођена од претходног сношења трошкова поступка. Чак и када таква одлука буде донета, најчешће је реч о делимичном ослобођењу, које се односи само на судске таксе, не и на предујам за вештачење, увиђај, трошкове ангажовања пуномоћника (Тасић, 2009: 214).

⁴¹⁸ Вид. чл. 230 ЗПП.

⁴¹⁹ Вид. чл. 231 ст. 2 ЗПП.

⁴²⁰ Вид. чл. 231 ст. 3 ЗПП. Примену правила о терету доказивања сматрамо нужном, јер је то једино решење у ситуацији у којој суд не може утврдити неку чињеницу на основу изведених доказа, без обзира на све напоре. У домаћем процесном праву доминира расправно начело, по коме највећу одговорност за прикупљање чињеничног материјала имају саме странке. Начело материјалне истине се више не помиње у законском тексту, па се може стећи утисак да је маргинализована обавеза суда се стара да се предмет спора потпуно разјасни. То, међутим није случај, јер је он, заправо, дужан да подстиче изношење свих значајних чињеница и да настоји да се спорна питања свестрано расветле (Вид. нпр. чл. 313 ЗПП). Правила о терету доказивања ће применити тек уколико истинитост неке чињенице, без обзира иницијативу коју је испољио у том смеру, није успео да утврди (Вид. Кеча, 2013: 92). Њихова сврха није у томе да олакшају посао суду нити да казне инертну странку, јер није нелогично претпоставити да странка није успела да докаже ону чињеницу која вероватно не постоји.

⁴²¹ Вид. чл. 282 ст. 2 ЗПП и Јаковац Лозић, 2011: 1153, Франић et al, 2012: 1009.

доказане.⁴²² Добар пример домаће судске праксе, са нашег становишта, представља Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж. бр. 2924/10 од 13.07.2010. год.⁴²³ Наиме, у овом предмету суд је, имајући у виду најбољи интерес детета и чињеницу да је породични спор хитан, закључио да су испуњени услови за утврђивање очинства туженог, који је својим понашањем онемогућио спровођење ДНК анализе. Суд је утврдио битне чињенице другим доказним средствима, а ценио је и то што се у периоду од четири године тужени није одазивао позивима суда нити је поступио по његовом налогу да уплати средства неопходна за ДНК вештачење. Пресудом Вишег суда у Ужицу П2 бр. 3/10 од 13.04.2010. године прокламовано је да су у одсуству ДНК вештачења, за одлуку о спорном очинству, довољна и друга доказна средства, а међу њима и искази парничних странака. Суд је у овом предмету посебно ценио чињеницу да је обављање вештачења одређено у интересу туженог, те да му се он није подвргао нити је обезбедио исплату предујма, док су се тужиле јавиле надлежној установи и дале узорке на анализу.⁴²⁴

Чини се да овакав општи приступ у српском праву није примерен посебној природи породичноправних односа. Специфичност породичноправних норми, изазвана испреплетаношћу општег и појединачних интереса, треба да се одрази и на процесна правила. Имајући, пре свега, у виду много пута апострофирано право детета да зна ко су му родитељи, требало би осмислити процесна средства, која би омогућила неометано извођење доказа и разумно брзо окончање патернитетске парнице у случају када тужени одбија сарадњу. У делу теорије изражен је став да би обезбеђивање узорка за ДНК анализу принудним путем, што је један од начина превазилажења ове незавидне процесне ситуације, могло нарушити достојанство туженог. Треба, ипак, имати у виду да то не би био изолован случај залажења у личну сферу појединца ради заштите неког претежнијег добра, односно интереса. Тако је одредбом из чл. 134 Законика о кривичном поступку⁴²⁵ прописано да ће се увиђај окривљеног лица предузети и без његовог пристанка, ако је потребно да се утврде чињенице важне за поступак. То важи, чак, и за друга лица, ако се

⁴²² Вид. чл. 8 ЗПП. Реч је о начелу слободне оцене доказа, по коме суд није везан законским правилима о томе који, какви и колико доказа мора бити изведено да би се одређена чињеница сматрала доказаном. У њему супротном систему легалне оцене доказа, суд мора применити законско правило о утврђивању конкретне чињенице тачно одређеним доказним средством, без обзира на то какво је он уверење стекао о њеној истинитости, након извођења свих доказа.

⁴²³ Преузето 20.09.2018. <http://www.kg.ap.sud.rs/assets/files/bilten2-2010.pdf>.

⁴²⁴ Преузето 20.09.2018. <http://www.ue.os.sud.rs/assets/documents/Praksa/gradjansko.pdf>. Вид. и Милутиновић, 2009: 209-214.

⁴²⁵ *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

мора утврдити да ли се на њиховом телу налази одређени траг или последица кривичног дела. Од ових лица могу се узети и узорци ради анализе.⁴²⁶ Има аутора који сматрају да је ова метода у тој мери неинвазивна да се поставља питање да ли се она уопште може сматрати нападом на телесни интегритет (Вид. Поњавић et al 2017: 134). С друге стране, с обзиром на то да неоправдани изостанак туженог са заказаног узимања узорака представља акт непоштовања суда, злоупотребе процесних овлашћења и спречавања предузимања процесних радњи, сматрамо да би судови могли, тј. морали да енергичније прибегавају новчаном кажњавању у овим ситуацијама.⁴²⁷ На тужене би могла психолошки да делује и правна норма којом би се изричито упућивало на примену правила о терету доказивања, у случају одбијања подвргавања ДНК вештачењу.⁴²⁸

Ради аргументовања изнетих предлога наводимо пресуду ЕСЈП, донету у предмету Јевремовић против Србије⁴²⁹. Ина и Љиљана Јевремовић, ћерка и мајка, поднеле су тужбу за утврђивање очинства и издржавање пред српским судом јуна 1999. год. Према околностима случаја, у периоду од три године пред тим судом је заказано девет рочишта, а одржано је пет. Искључивом кривицом туженог, одложена су два рочишта. У току поступка су обављене анализе крви, па је установљено да је вероватноћа да је тужени отац прве подносиоце 97,14% и да је то „врло могуће“. Тужени је у више наврата избегао своју обавезу да се подвргне ДНК вештачењу, које је такође било одређено. Фебруара месеца 2002. год. донета је првостепена одлука којом је утврђено очинство туженог, с обзиром на обављену анализу крви и одбијање туженог да приступи ДНК вештачењу. Истакнуто је да нема процесног начина да се тужени примора на ДНК анализу, а да с друге стране нема разлога за одбијање тужбеног захтева. Новембра месеца 2002. год. усвојена је жалба туженог и укинута другостепена пресуда с образложењем да, према расположивим доказима, тужени није био у могућности да се подвргне ДНК анализи и да све околности указују да му у поновном поступку треба пружити још једну прилику за то. Након укидања првостепене одлуке, до новембра месеца 2006. године, одложено је пет рочишта, а одржано је само једно, при чему се тужени три пута није одазвао уредно достављеном позиву суда. Осим тога, исто лице, у два наврата, без икаквог објективног

⁴²⁶ Вид. чл. 134 ЗКП.

⁴²⁷ Вид. чл. 186-190 ЗПП.

⁴²⁸ Франић и Перкушић (2012:1009) истичу супротно - да се ова правила подразумевају и да их не треба понављати у породичном законодавству.

⁴²⁹ *Judgement* бр. 3150/05. Преузето 20.09.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142905>.

разлога, није приступило на заказано ДНК вештачење. Тужиле су се пак обраћале и министарству правде и председнику суда, с циљем убрзавања поступка. У поновном поступку суд је донео истоветну одлуку као првог пута, да би по жалби туженог она поново била укинута. У поновљеном поступку рочишта су неколико пута одлагана на иницијативу суда и кривицом туженог, који је приликом свог саслушања недвосмислено изјавио да нећи дати узорак неопходан за ДНК анализу. Тужбени захтев је потом поново усвојен, па је тужени изјавио жалбу, која је овог пута била одбијена. Након тога, тужени је изјавио ревизију, марта 2007. године, поводом које је Врховни суд потврдио пресуде нижестепених судова. У представци и поднесцима које су упутиле ЕСЈП подносиоци су навеле да је главни разлог због кога су незадовољне непостојање законске могућности да тужени у патернитетској парници буде принуђен на ДНК анализу. Жалиле су се и због неефикасног спровођења конкретног поступка за утврђивање очинства, иако је он по својој природи прилично једноставан. Одлучујући о њиховој представи, ЕСЈП је ценио поступање домаћег суда и странака, посебно став туженог о ДНК вештачењу, а имао је у виду и најбољи интерес детета. Приметио је да су национални судови могли да примене правила о терету доказивања и да донесу закључке на темељу чињенице да странка у поступку спречава утврђивање релевантних околности. Нагласио је да се посебна ефикасност захтева у предметима који се тичу грађанског статуса и способности, нарочито у државама у којима је у овим случајевима прописано начело хитности. Суд је најзад закључио да је поступак неразумно дуго трајао и да је подносиоцима повређено право гарантовано одредбом из чл. 6 ст. 1 ЕК⁴³⁰. Прва подносиоцица је поред ове истицала и повреду права на поштовање приватног и породичног живота. Суд је тим поводом навео да приватни живот подразумева физички и психички интегритет, а да између утврђивања очинства и приватног живота подносиоцица постоји директна веза. Донео је позитивну одлуку и о овом захтеву, јер је прекомерна дужина поступка за утврђивање ванбрачног очинства подносиоцици оставила у стању продужене неизвесности у погледу њеног идентитета. Закључак суда је био да право туженог да се не подвргне ДНК анализи, произашло из одсуства одговарајућих средстава принуде, није доведено у равнотежу са подносиоцикиним правом да се неизвесност у вези с њеним идентитетом отклони без одлагања. Изражен је став да уколико у домаћем праву, а то је управо случај у српском, не

⁴³⁰ Вид. фн. 93.

постоји процесна мера којом би се означени отац приморао на поштовање судског решења о обављању ДНК анализе, морају бити обезбеђена алтернативна средства, која омогућавају да поступајући орган брзо утврди очинство. Утврђена је најзад и повреда права из чл. 13 ЕК⁴³¹, јер тужена држава није обезбедила делотворно правно средство за убрзање поступка, а у вези са одбијањем туженог да се подвргне ДНК вештачењу. Нашу пажњу је привукао и предмет Микулић против Хрватске⁴³², јер има доста додирних тачака са претходно анализованим. Предмет носи назив по држављанки суседне Хрватске, која је поднела тужбу против мушкарца кога је сматрала својим ванбрачним оцем. Првостепени поступак је окончан након три и по године, пресудом о усвајању тужбеног захтева, заснованом на исказу тужилине мајке и на избегавању туженог да се подвргне ДНК испитивању. По жалби туженог пресуда је укинута, с образложењем да се пресуда не може заснивати искључиво на пасивном понашању туженог, који је предложио саслушање у својству сведока мушкараца за које је тврдио да су у критичном периоду имали интимне односе са мајком тужиле. Општински суд је још једном донео пресуду о усвајању тужбеног захтева, али се тужени поново жалио, чиме је поступак додатно продужен. Подносиатељка се обратила ЕСЈП тврдећи да је сувише била у неизвесности у погледу личног идентитета, због пропуста у раду хрватских судова. Тврдила је да је поступак предуго трајао и да није имала на располагању средства за убрзавање поступка из чл. 13 ЕК, јер хрватски закони нису обавезивали тужене у споровима за утврђивање очинства да се повинују налогу суда за обављање ДНК анализе. Европски суд је још једном нагласио да се у случајевима у вези са грађанским статусом захтева посебна ревност. Осим тога, истакао је да у правним системима у којима нису прописана средства којима би се тужени приморао на ДНК тестирање интереси лица које захтева утврђивање очинства морају бити обезбеђени на други начин. Поновио је да морају постојати средства која би суду или другом независном органу могла помоћи да брзо утврди очинство, као што то захтева основно начело заштите интереса детета. У конкретном случају није била постигнута правична равнотежа између права подносиатељке представке да се неизвесност по питању

⁴³¹ Одредбом из чл. 13 ЕК свакоме на кога се односи ова конвенција гарантовано је право на делотворно правно средство против одлука националних органа.

⁴³² *Judgement* бр. 38380/08. Преузето 20.09.2018.

<https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages/arhiva//MIKULIC,-3.pdf>.

њеног личног идентитета уклони без непотребних одлагања и права њеног потенцијалног оца да се не подвргне ДНК испитивању, па је представка проглашена основаном.

4.5. Матернитетске и патернитетске парнице у упоредном праву

4.5.1. Црногорско право

Према одредбама црногорског Породичног закона, поступци у споровима о очинству и материнству⁴³³ обухватају оне за утврђивање или оспоравање материнства или очинства.⁴³⁴ Из одредаба општег карактера, које се односе на све судске поступке у вези са породичним односима, па и на матернитетске и патернитетске парнице, закључујемо да нема већих разлика у погледу њихових основних начела, у односу на српско право. Може се приметити да је начело хитности потпуније регулисано у црногорском праву, имајући у виду да је прописано и то да се одлука о предлогу за одређивање привремене мере, уколико га је нека од парничних странака истакла, мора донети у веома кратком року од три дана.⁴³⁵ Може се рећи да је критеријуму најбољег интереса детета такође посвећено више пажње и да је он и у овом делу црногорског закона у већој мери дошао до изражаја. Тако је прописано да у судској одлуци мора бити наведено на који је начин суд сагледао међусобни однос чињеница од значаја за процену најбољег интереса детета, као и образложење о њиховом могућем позитивном или негативном утицају на дете. У случају да мишљење детета није уважено, у образложењу ове одлуке мора бити садржано објашњење због чега је тако поступљено и како је превагнуо његов најбољи интерес.⁴³⁶ Стипулисано је и да је суд дужан да му омогући да изрази мишљење, ако оно то жели, те да му посвети одговарајућу пажњу, с обзиром на његову узраст и зрелост. Ако постоје

⁴³³ Реч је о језичкој конструкцији која је употребљена у тексту закона.

⁴³⁴ У делу ПЗ ЦГ у коме су изложене одредбе процесног карактера нема ниједне која би уређивала правила поступка за поништење изјаве о признању и осталих изјава неопходних за пуноважност признања очинства. Као што смо већ напоменули, у делу закона са материјалним нормама, у одредби из чл. 108 ПЗ ЦГ, стипулисано је да се изјаве о признању и о сагласности са признањем очинства могу поништити у року од шест месеци од када је принуда престала или заблуда уочена. Мишљења смо да је поменутој одредби место у процесном делу закона и да је у судске поступке у вези са породичним односима требало сврстати и онај за поништење наведених изјава и прецизније га уредити. У постојећим околностима, овај поступак се спроводи по општим правилима парничне процедуре.

⁴³⁵ Вид. чл. 317 ст. 6 ПЗ ЦГ.

⁴³⁶ Вид. чл. 317б ПЗ ЦГ.

нарочито оправдани разлози због којих суд није предузео такве активности, они морају бити посебно наведени. Дете старије од десет година може непосредно изразити своје мишљење, у присуству тзв. лица за подршку или, ако оно није постављено, неке блиске особе. Дакле, на захтев суда, мишљење детета ће утврдити и пренети лице за подршку или орган старатељства, уколико је то у најбољем интересу детета, с обзиром на његову зрелост, способност за расуђивање, здравствено стање, могуће утицаје на њега и друге околности.⁴³⁷ Очигледно је да су одребе о ангажовању лица за подршку, у поређењу са српским правом, оригиналне и стога им треба посветити одговарајућу пажњу. Основно правило којим је уређен његов положај гласи да оно може бити постављено у поступцима у вези са породичним односима детету млађем од четрнаест година и без његове сагласности, а старијем од тог узраста само уз његову сагласност, уколико је то оправдано због постојања конфликта између родитеља или између њих и детета. Листу лица која испуњавају неопходне услове за постављање на ову дужност сачињава министарство надлежно за послове правосуђа. Да би неко лице доспело на ову листу мора имати завршене специјалистичке студије VIII степена из области социјалног рада, психологије, педагогије, социологије, дефектологије или специјалне педагогије, најмање пет година радног искуства у струци, као и практична искуства у области породичних односа. У негативне услове које треба да задовољи спада најпре онај да му не сме бити изречена мера забране обављања позива, делатности или дужности или осуда за кривично дело које га чини недостојним за обављање ове делатности нити се против њега сме водити кривични поступак за било које дело за које се гоњење предузима по службеној дужности. Најзад, оно мора завршити и обуку за лица за подршку. Његове обавезе се састоје у томе да, под претњом разрешења, савесно обавља своје задатке, да са дететом заснује однос поверења, пружи му информације о његовим правима, току и могућем исходу поступка и последицама изражавања мишљења одређене садржине. Оно је дужно да, уколико је дете сагласно с тим, суду пренесе његово мишљење, да присуствује рочишту на коме дете непосредно изражава мишљење, да га упозна са последицама одлуке. Посебно је важно право овог лица да присуствује свим рочиштима, да се и њему достављају сви поднесци, као и могућност увида у списе предмета. Висина трошкова и накнаде за рад овог лица прописана је актом министарства надлежног за послове правосуђа и саставни је део

⁴³⁷ Вид. чл. 317њ ПЗ ЦГ.

висине парничних трошкова.⁴³⁸ Иако његово ангажовање поскупљује парницу у којој учествује, оно је једна од гаранција ваљане примене изузетно важног права детета да слободно изрази своје мишљење. Уопште узев, то што су одредбе које за предмет имају ово право заступљене и у процесном делу закона, а притом су бројне и јасно формулисане, сматрамо једном од већих предности црногорског права у поређењу са српским.

С друге стране, може се сматрати само великим недостатком црногорског породичног права то што су, попут изричитих материјалних норми о материнству, изостала и правила судског поступка за утврђивање и оспоравање материнства, што за последицу има аналогну примену оних о утврђивању и оспоравању очинства. Применом тог метода, већ смо закључили да парницу за утврђивање материнства могу покренути дете и жена која себе сматра мајком. Дете то може учинити до навршене двадесет треће године живота, а мајка у субјективном року од три године.⁴³⁹ У поређењу са решењем из српског права, предност дајемо домаћем, јер сматрамо да је у интересу детета да његово право да утврђује биолошко порекло не буде везано за било који рок. С друге стране, не одобравамо ни дужи субјективни и одсуство објективног рока у коме жена која себе сматра мајком може утврђивати своје материнство, сматрајући да такав приступ нарушава принцип правне извесности. Активно легитимисана лица у поступку за оспоравање материнства јесу жена која је уписана као мајка, дете, жена која себе сматра мајком и мушарац који се сматра оцем. Жена која се по закону сматра мајком може подићи тужбу за оспоравање свог материнства у року од шест месеци од сазнања да та чињеница није истинита, а најкасније у року од пет година од рођења детета. Дете може вршити исто овлашћење до навршене двадесет треће године живота. Жена која себе сматра мајком може поднети тужбу за оспоравање претпостављеног и утврђивање сопственог материнства у року од годину дана од уписа података о мајци у матичну књигу рођених. Мушкарац који се сматра оцем исти поступак може покренути у року од шест месеци од рођења детета.⁴⁴⁰ Из већ поменутих разлога, сматрамо недостатком временско ограничавање права детета да оспорава материнство жене која се сматра мајком, као и

⁴³⁸ Вид. чл. 317в-317н.

⁴³⁹ Вид. чл. 107 ст. 2, чл. 109 ст. 2 и чл. 111 ПЗ ЦГ. Иначе, у нацрту Закона о изменама и допунама Породичног закона Црне Горе из 2016. године било је изложено напредно и неретко предлагано решење по коме би положај парничне странке дете имало у свим поступцима у вези са породичноправним односима. Ово правило, међутим, није усвојено, па дете такав процесни положај још увек има само у матернитетским и патернитетским парницама (Вид. Петрушић: 1990: 300, Петрушић, 2016: 59).

⁴⁴⁰ Вид. чл. 107, чл. 109 ст. 2 и чл. 111 ПЗ ЦГ.

непостојање субјективних рокова у којима жена која себе сматра мајком и мушкарац који се сматра оцем могу покренути парницу ове врсте. С друге стране, имајући у виду значај породичне стабилности, кратке објективне рокове за њено покретање од стране ових лица сматрамо пожељним. Непостојање изричитих правила о процесним условима за заснивање односа између мајке и детета сматрамо пак највећом маном овог дела црногорског породичног законодавства. Иако су случајеви утврђивања и оспоравања материнства изузетно ретки у судској пракси, док неке од претпостављених животних ситуација могу заувек остати у машти законодавца, овакав приступ овом питању је апсолутно неприхватљив. Наиме, значај утврђивања овог дела статуса детета захтева да се што далекосежније сагледају могући животни токови и да се они што подробније правно уобличе. Сходна примена правила о утврђивању и оспоравању очинства, иако је она у пракси много чешћа, не може бити одговарајуће решење. Управо је црногорско право пример који потврђује да се аналогном применом ових правила не могу превазићи све недоумице и попунити правне празнине. Ми смо, руководећи се одредбом о сходној примени правила о утврђивању и оспоравању очинства на она о материнству и критеријумом њихове усаглашености са природом односа између мајке и детета, изложили важећа решења у погледу активно легитимисаних лица и рокова за покретање матернитетских парница. Мишљења смо да нека од њих могу бити боље формулисана, а да интерес правне сигурности свакако захтева да она буду много прецизнија. Примера ради, у недостатку изричитог правила о року у коме жена која себе сматра мајком може захтевати да се та чињеница утврди у судском поступку, сходна примена одредбе о трогодишњем субјективном року за утврђивање очинства судским путем чини се одговарајућом. Чињеница је, међутим, да је њена примена, у одсуству другачијег решења, нужна, а да би природи односа између мајке и детета више одговарало јасно дефинисање овог рока и момента од кога он почиње да тече. Заправо, питања као што су круг овлашћених лица и преклузивни рокови за предузимање појединих радњи, због своје егзактне природе, најчешће су недвосмислено уређена, тако да нема било каквог простора за различита тумачења правила о њима. Имајући у виду ту чињеницу и значај правила о успостављању материнства, мишљења смо да доминацији начела процесне економије овде није било места.

Као што смо већ у делу о материјалним одредбама црногорског права о очинству напоменули, поступак за утврђивање (ванбрачног) очинства могу покренути мушкарац који себе сматра оцем, дете и мајка. Осим самосталног, мајка има право на подизање тужбе и у име и за рачун малолетног или пословно неспособног детета. Ако она није у животу или је лишена родитељског права или пословне способности или је непознато где борави, уместо ње, дете ће заступати његов старатељ, уз одобрење органа старатељства.⁴⁴¹ Посебно је значајно особено правило применљиво у случају када мајка, која је безуспешно означила одређеног мушкараца као оца, не покрене патернитетску парницу у року од годину дана од рођења детета, по коме ће центар за социјални рад то учинити у његово име, осим ако се мајка, из оправданих разлога, томе противи. Дете ће у поступку покренутом на овај начин заступати посебан старатељ.⁴⁴² Мушкарац који себе сматра оцем, може подићи тужбу за утврђивање очинства у року од три године од пријема информације о изричитом или прећутном одбијању мајке или детета да се сагласе са признањем. Ако је у том периоду утврђено очинство другог мушкараца, ова тужба се може поднети у преклузивном року прописаном за оспоравање његовог очинства.⁴⁴³ Дете може поднети тужбу до навршене двадесет треће године живота, а мајка све док врши родитељско право.⁴⁴⁴ Претпостављено очинство могу оспоравати мајка, мајчин муж, дете и мушкарац који себе сматра његовим оцем. Мајку обавезује објективни рок, који износи шест месеци од рођења детета, док дете може покренути овај поступак до навршене двадесет треће године живота.⁴⁴⁵ Мајчин супружник своје очинство може оспоравати судским путем у року од шест месеци од сазнања за чињеницу да он није отац, али не и након што дете наврши пет година.⁴⁴⁶ Мушкарац који себе сматра ванбрачним оцем, под условом да тужбом захтева и да се утврди његово очинство, може оспоравати очинство мушкараца који је признао дете за своје у року од годину дана од уписа чињенице признања у матичну књигу рођених.⁴⁴⁷ У случају оспоравања брачног очинства, мушкарац који себе сматра оцем може подићи тужбу у року од годину дана од рођења детета.⁴⁴⁸ Међу

⁴⁴¹ Вид. чл. 109 ст. 1 и 2 ПЗ ЦГ.

⁴⁴² Вид. чл. 110 ПЗ ЦГ.

⁴⁴³ Вид. чл. 107 ПЗ ЦГ.

⁴⁴⁴ Вид. чл. 109 ст. 2 и 3 ПЗ ЦГ.

⁴⁴⁵ Вид. чл. 115 ПЗ ЦГ.

⁴⁴⁶ Вид. чл. 113 ПЗ ЦГ.

⁴⁴⁷ Вид. чл. 116 ПЗ ЦГ.

⁴⁴⁸ Вид. чл. 117 ПЗ ЦГ.

изложеним правилима има оних које сматрамо добрим, али и оних за које сматрамо да их треба изменити, из истих разлога и у истом правцу на које смо указали приликом анализе групе овлашћених субјеката и рокова за покретање матернитетских парница.

Према општим правилима, дете може покренути матернитетску или патернитетску парницом пред судом чија је надлежност одређена према месту његовог пребивалишта или боравишта, а не само пред судом опште месне надлежности, тј. оном одређеном према месту пребивалишта или боравишта туженог. Након пунолетства, оно ће имату ову повластицу само ако тужени нема пребивалиште или боравиште у Црној Гори. Правилном о месној надлежности установљеном у корист детета обухваћена су и друга лица која уз њега учествују у поступку.⁴⁴⁹ Када је реч о одредбама којима је уређено супарничарство у овим парницама, приметан је пропуст у делу који се односи на лица која морају учествовати у поступку за опорављење очинства. Наиме, из круга лица која морају бити странке у поступку изостављено је лице које оспорава очинство мушкарца који се по закону сматра оцем детета, захтевајући да се утврди да је он отац, које ће нужно имати улогу тужиоца у овим околностима. У односу на правила српског права, разлика је приметна и у том смислу што је прописано да ће, у случају када тужбом нису обухваћена сва лица која морају бити учесници у поступку, проширење тужбе бити могуће упркос противљењу нових учесника.⁴⁵⁰ Осим тога, ако у поступку за утврђивање очинства тужилац не поступи по налогу суда и не прошири тужбу на нова лица или их не позове да се му се придруже као тужиоци, о томе ће бити обавештен орган старатељства, како би у одређеном року он предузео неопходне радње. Међутим, ако и поред тога, у остављеном року, тужба не буде проширена у субјективном смислу, суд ће је одбацити.⁴⁵¹ Вредно помена је и правило о овлашћењу центра за социјални рад да детету постави посебног старатеља, ако је то неопходно, јер су његови интереси у супротности са тежњама родитеља-законског заступника, с којим се налази у истој процесној улози. Када су дете и родитељ који га по закону заступа на супротним странама, правило о посебном старатељу важи без икаквих додатних услова.⁴⁵² Значајну разлику у односу на српски закон

⁴⁴⁹ Вид. чл. 345 ПЗ ЦГ.

⁴⁵⁰ Вид. чл. 347 ст. 2 ПЗ ЦГ.

⁴⁵¹ Вид. чл. 347 ст. 3 ПЗ ЦГ.

⁴⁵² Вид. чл. 349 ПЗ ЦГ. Ова одредба је усклађена са оном из чл. 246 ПЗ ЦГ, којом је прописано да ће се посебни старалац поставити детету над којим се врши родитељско право, за потребе вођења спора између њега и његових родитеља, за закључивање појединих правних послова међу њима и у другим случајевима

представља одредба из чл. 351 ст. 2 ПЗ ЦГ, по којој ће у парнични поступак бити обустављен и примерак записника достављен надлежном матичару ради уписа, уколико тужени призна очинство. Ово решење заслужује похвалу, јер је логично и доприноси остварењу економичности и ефикасности у заштити дечијих права и интереса. Приметно је, међутим, да су и у овом делу изостала одговарајућа правила о матернитетским парницама, што, из разлога које смо већ навели, сматрамо неприхватљивим.

4.5.2. Хрватско право

Према правилима хрватског права, под матернитетским и патернитетским парницама се подразумевају оне за утврђивање и оспоравање материнства и очинства.⁴⁵³ Да подсетимо, тужбу за утврђивање материнства могу поднети дете, жена која себе сматра мајком и центар за социјални рад.⁴⁵⁴ У сваком случају, одређене године живота детета се јављају као ограничавајући фактор за предузимање ове радње. Тако оно може поднети тужбу до навршене двадесет пете године живота, а могућа мајка и центар за социјални рад до дететовог пунолетства, тј. до навршене осамнаесте године живота.⁴⁵⁵ Ако је дете

када су њихови интереси у супротности. За заступање детета у материнтетским и патернитетским парницама од значаја је и одредба из чл. 82 ст. 2 т. 2 Закона о парничном поступку Црне Горе (*Сл. лист РЦГ*, бр. 22/2004, 28/2005 – одлука УС и 76/2006 и *Сл. лист ЦГ*, бр. 47/2015 – др. закон, 48/2015, 51/2017, 75/2017 – одлука УС, 62/2018 – одлука УС, 34/2019 и 42/2019 – испр), којом је прописано да ће суд туженом поставити привременог заступника, ако постоје супротни интереси између њега и његовог законског заступника. Ове одредбе су саставни део концепта независног заступника детета карактеристичног за савремено црногорско право, а чији су саставни део и правила о постављању колизијског старатеља и привременог заступника, изложена у делу *Породичног закона којим су уређени поступци у споровима за заштиту права детета и у споровима за вршење родитељског права*. Колизијског старатеља детету поставља орган старатељства када постоји сукоб интереса између њега и његовог законског заступника, а привременог заступника суд када процени да дете није правно заступано на одговарајући начин (Вид. чл. 356 и 357 ПЗ ЦГ).

⁴⁵³ У тексту важећег хрватског закона ова правила су изложена у поглављу насловљеном *Посебни парнични поступци*, међу које су, између осталих, сврстани и они у споровима ради утврђивања или оспоравања материнства или очинства. Приметна је њихова мања разноврсност, у поређењу са пропорционалним одредбама српског *Породичног закона*, с обзиром на одсуство правила о поништењу признања очинства. Наиме, хрватски законодавац се определио за другачији приступ у погледу оспоравања ванбрачног очинства утврђеног признањем, о коме ће бити више речи у наставку рада.

⁴⁵⁴ Вид. чл. 59 ст. 2, чл. 383 ст. 1, чл. 385 ст. 1 и чл. 387 ОЗ РХ. Активнија улога центра за социјални рад у поступцима у вези са породичним односима представља једну од највећих разлика између домаћег и породичног права суседне Хрватске. Имајући у виду рањивост детета и то да мотивација његовог законског заступника за покретање матернитетске или патернитетске парнице може бити под знаком питања, сматрамо целисходним овлашћење центра за социјални рад да оно то учини.

⁴⁵⁵ Вид. чл. 383 ст. 1, чл. 385 ст. 1 и 3 и чл. 387 ОЗ РХ. Једна од најдрастичнијих разлика између српског и хрватског процесног права о породичном статусу детета огледа се у начину уређења и дужини рокова за покретање матернитетских и патернитетских парница. Док је у српском праву могућност детета да

малолетно или је након пунолетства лишено пословне способности у делу који се односи на лична стања, тужбу ће у његово име и за његов рачун поднети његов законски заступник.⁴⁵⁶ Уколико је пак жена која себе сматра мајком лишена пословне способности у делу који се односи на лична стања, поступак за утврђивање њеног материнства може покренути њен законски заступник.⁴⁵⁷ Ако жена за коју се сматра да је мајка није жива, друга овлашћена лица могу поднети тужбу против њених наследника, у року од годину дана од њене смрти или у року од шест месеци од правноснажности решења о наслеђивању.⁴⁵⁸ Хрватска правила о супарничарству се у овом случају разликују од домаћих у том погледу што тужбом поред детета, жене која себе сматра мајком (било да оспорава материнство друге жене или не) и центра за социјални рад (уколико је он покренуо поступак)⁴⁵⁹, мора бити обухваћен и мушкарац који би се по закону сматрао оцем детета, ако би било утврђено материнство тужиље.⁴⁶⁰ Имајући у виду да је реч о лицу непосредно заинтересованом за исход поступка, сматрамо оправданим то што му је гарантована могућност да на њега директно утиче, предузимањем процесних радњи које сматра неопходним.

Као што смо у делу о материјалним условима већ констатовали, судским путем материнство могу оспоравати дете, жена која је уписом у матичну књигу рођених стекла

истражује своје порекло временски неограничена, у хрватском праву она постоји до његове двадесет пете године живота. У погледу права других овлашћених субјеката да судским путем захтевају утврђивање материнства или очинства, хрватско право карактерише одсуство субјективног рока и знатно дужи објективни рок, у односу на паралелна решења из српског права. Мишљења смо да је прописивање субјективног рока примерено односима о којима је реч и принципу правне извесности. Као што смо више пута истакли, залажемо се и за временски неограничено право детета на покретање одговарајућег судског поступка. Под тим условом, дужина објективног рока који обавезује друга овлашћена лица, по нашем мишљењу, није од претераног значаја. Треба, ипак, истаћи да сматрамо оправданом временску границу прописану у хрватском праву, која се односи на активно легитимисане субјекте различите од детета, а која се поклапа са његовим пунолетством. Пожељном је чини то што се разумно може очекивати да ће, све док дете не стекне пословну способност, због његове финансијске и друге зависности, поступке који се тичу његовог порекла најчешће покретати друга лица. Након тог момента, логично је препустити детету да о таквим питањима суверено одлучује.

⁴⁵⁶ Вид. чл. 383 ст. 2 ОЗ РХ.

⁴⁵⁷ Вид. чл. 385 ст. 3 ОЗ РХ.

⁴⁵⁸ Вид. чл. 386 ОЗ РХ. С обзиром на то да су оба рока објективног карактера, тужба ће бити благовремена уколико буде поднета у оном који је у конкретном случају дужи. Мишљења смо да је ово питање требало уредити на другачији начин, тако што би један рок био субјективне природе и везан за сазнање чињенице смрти дотичне жене, док би други био објективне природе и везан за правноснажност решења о наслеђивању.

⁴⁵⁹ Одговарајуће одредбе из чл. 286 ОЗ РХ (2003.) су биле другачије формулисане, тако што је њима најпре било прописано да у парници за утврђивање материнства, коју је сам покренуо, центар за социјални рад мора имати положај странке, да би потом било стипулисано да и у оним поступцима које није покренуо може учествовати као странка.

⁴⁶⁰ Вид. чл. 388 ст. 1 и 2 ОЗ РХ.

статус дететове мајке и жена која себе сматра мајком.⁴⁶¹ Дете може поднети тужбу за оспоравање материнства најкасније до навршене двадесет пете године живота.⁴⁶² За време малолетства, тужбу у његово име може поднети његов старатељ именован само за тај случај, а ако је оно пунолетно, али пословно неспособно у сфери личних стања, тужбу ће у његово име поднети законски заступник.⁴⁶³ Када је поступак, из наведених разлога, покренуо посебан старатељ детета, родитељи нису овлашћени да га у њему заступају.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Вид. чл. 75, чл. 393, чл. 394 и чл. 395 ОЗ РХ. Видимо да је из круга овлашћених субјеката, у поређењу са српским правилима о оспоравању материнства, изостављен мушкарац који се по закону сматра дететовим оцем, што негативно оцењујемо.

⁴⁶² Вид. чл. 393 ст. 1 ОЗ РХ.

⁴⁶³ Вид. чл. 393 ст. 2 и 4 ОЗ РХ. Имајући у виду драстичне последице оспоравања родитељства, сматрамо оправданим постављање посебног старатеља малолетном детету и истовремени престанак овлашћења родитеља као законских заступника у таквим парницама. Према правилу из чл. 75 ст. 3 ОЗ РХ, с циљем покретања парнице за оспоравање материнства или очинства, посебан старатељ је постављан и детету над којим су родитељи и након пунолетства вршили родитељско право. У случајевима у којима је активно легитимисано лице било лишено пословне способности, потпуно или у делу који се односи на лична стања, тужбу је у његово име могао поднети његов старатељ, уз претходно одобрење центра за социјални рад (Вид. чл. 75 ст. 4 ОЗ РХ (2003.)). Подржавамо савремени приступ овом питању, јер сматрамо да је усклађен са животним околностима у којима пословно неспособна лица остварују право на сазнање порекла и да су интереси детета њиме довољно заштићени.

⁴⁶⁴ Вид. чл. 393 ст. 3 ОЗ РХ. Имајући у виду сложену природу спора који је предмет ове парнице, тј. испреплетаност интереса родитеља и детета, сматрамо добрим решење о императивном именовану посебног старатеља детету- тужиоцу. Мишљења смо да је на овај начин у већој мери обезбеђена заштита права и интереса детета, у односу на поменути могућност постављања колизијског старатеља и привременог заступника у српском праву. Иначе, у модерном хрватском породичном праву установа старатељства подразумева бригу о деци без родитељског старања, о лицима лишеним пословне способности и лицима која из неког другог разлога нису у стању да се сама старају о својим правима и интересима (Вид. чл. 218 ОЗ РХ). Посебан старатељ може бити постављен детету или пунолетном лицу. Законом су таксативно набројани случајеви у којима се овим лицима поставља посебан старатељ. Тако ће он бити постављен детету у брачним споровима и у поступцима оспоравања матиринства или очинства, у другим поступцима о којима се одлучује о родитељском праву и личним односима с дететом, када постоји спор међу странкама, у поступку изрицања мера за заштиту личних права и добробити детета, у поступку доношења решења које замењује пристанак на усвојење, када постоји сукоб интереса између детета и његовог законског заступника, у имовинскоправним споровима, односно пословима, деци између којих постоји спор или намера међусобног закључења правног посла, а над којом исто лице врши родитељско право, детету страног држављанства или апатриду, када се затекне на територији РХ без законског заступника и у другим случајевима када је то законом прописано (Вид. чл. 240 ст.1 ОЗ РХ). Посебан старатељ ће бити постављен пунолетној особи у односу на коју је поднет предлог за лишење пословне способности, осим уколико она има пуномоћника, затим оној чије је боравиште непознато дуже од три месеца или је недоступна, а нема пуномоћника, штићенику, у имовинскоправним споровима, када постоји сукоб интереса између њега и његовог старатеља или блиског сродника или супружника старатеља, а изузетно и особи која због привремене спречености, тј. неспособности није у стању да предузме неодложну радњу (Вид. чл. 241 ст. 1 ОЗ РХ). Посебан старатељ је лице са положеним правосудним испитом и, у највећем броју случајева, запослено у Центру за посебно старатељство (Вид.чл. 240 ст. 3 ОЗ РХ). Реч је о јавној установи која се актом министарства надлежног за послове социјалног старања оснива за читаву територију РХ (Вид. чл. 544 ст. 1, 2 и 3 ОЗ РХ). Посебног старатеља поставља решењем центар за социјални рад, а суд само у случају спора између штићеника и центра за социјални рад, чији је запослени штићеников старатељ (Вид. чл. 242 ст. 1 и чл. 245 ст. 1 ОЗ РХ). Његове дужности јесу: заступање лица у поступку за који је именован, обавештавање о току и исходу тог поступка, контактирање са родитељима и другим лицима блиским детету (Вид. чл. 240 ст. 2 и чл. 241 ст. 3 ОЗ РХ). Посебног старатеља треба разликовати од тзв. привременог заступника. Према одредбама ОЗ РХ,

Када дете наврши седам година, законска мајка и жена која себе сматра мајком више не могу оспоравати стање из матичне књиге рођених. Њих пре истека овог објективног обавезује субјективни рок од шест месеци.⁴⁶⁵ Жена која себе сматра дететовом мајком, истовремено са захтевом за оспоравање законског, мора поднети захтев за утврђивање свог материнства.⁴⁶⁶ Медицинском вештачењу је недвосмислено обезбеђена највећа доказна снага, па ће од налаза и мишљења вештака зависити да ли ће суд одмах одбити тужбени захтев, без извођења других доказа или ће започети да расправља и да одлучује о захтевима за оспоравање и утврђивање материнства.⁴⁶⁷ Лице с правним интересом да то чини може наставити поступак за оспоравање материнства у року од шест месеци од смрти жене која је покренула поступак или у року од месец дана од правноснажности одлуке о наслеђивању.⁴⁶⁸ Пресуда којом је оспорено материнство претпостављене мајке има проширено дејство, јер ће се сматрати да је оспорено и очинство њеног мужа, односно

недоступном или лицу чије је боравиште непознато дуже од три месеца, које нема пуномоћника нити посебног старатеља, суд или други орган пред којим се води поступак поставиће привременог заступника и о томе одамх обавестити центар за социјални рад (Вид. чл. 244 ОЗ РХ). Према одредбама Закона о парничном поступку Републике Хрватске (*Sl. SFRJ* 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, и *MN* 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, у даљем тексту: ЗПП РХ), уколико процени да ће поступак постављања законског заступника предуго трајати, због чега би за једну или обе странке могле да настану штетне последице, суд ће туженом поставити привременог заступника (Вид. чл. 84 ст. 1 ОЗ РХ). То ће нарочито бити случај уколико тужени није парнично способан, а нема законског заступника, ако постоје супротни интереси туженог и његовог законског заступника, ако обе странке имају истог законског заступника, ако је боравиште туженог непознато, а нема пуномоћника и уколико се тужени или његов законски заступник, који немају пуномоћника, налазе у иностранству, а није било могуће извршити доставу (Вид. чл. 84 ст. 2 ЗПП РХ). Ако нека од наведених околности у току поступка наступи на страни тужиоца, суд ће и њему поставити привременог заступника, на његов трошак (Вид.чл. 84 ст. 5 ОЗ РХ). Положају посебног старатеља у хрватском праву одговара улога привременог старатеља у српском праву. Према одредбама српског ПЗ, штићенику, детету под родитељским старањем, односно пословно способном лицу орган старатељства може поставити привременог старатеља, ако је то потребно ради заштите права и интереса тих лица (Вид. чл. 132 ст. 1 ПЗ). Привремени старатељ мора бити постављен лицу чије је боравиште непознато, а нема законског заступника или пуномоћника, непознатом сопственику имовине, лицу чији су интереси у супротности са интересима његовог законског заступника, односно лицима која имају супротне интересе, а истог законског заступника (тзв. колизијски старатељ), страном држављанину који се налази или има имовину на територији Републике Србије, лицу које из оправданог разлога захтева да му се постави привремени старатељ и у другим случајевима прописаним законом (Вид. чл. 132 ст. 2 ПЗ). Одлуком о постављењу привременог старатеља одређује се које правне послове он може предузети (Вид. чл. 132 ст. 3 ПЗ). Законом о парничном поступку прописани су услови под којима суд може туженом поставити привременог заступника, по редоследу са списка адвоката достављеном од стране надлежне адвокатске коморе, а они су идентични онима из хрватског закона (Вид. чл. 81 ст. 1 и 2 ЗПП).

⁴⁶⁵ Вид. чл. 394 ОЗ РХ.

⁴⁶⁶ Вид. чл. 395 ст. 1 ОЗ РХ.

⁴⁶⁷ Вид. чл. 395 ст. 4, 5, 6 и 7 ОЗ РХ. Мишљења смо да ово решење, иако на изванредан начин противречи начелу слободне оцене доказа, доприноси ефикасности и економичности поступка, који би се у сваком случају окончао одбијањем тужбеног захтева, због његове неоснованости.

⁴⁶⁸ Вид. чл. 396 ОЗ РХ.

мушкараца који је признао дете.⁴⁶⁹ У поступку покренутом искључиво с циљем оспоравања материнства јединственим супарничарима се сматрају дете, жена чије се материнство оспорава и отац детета.⁴⁷⁰ Уколико једна жена оспорава материнство друге, осим ње, а поред наведених лица, улогу странке има и мушкарац који ће се сматрати оцем уколико буде утврђено материнство тужиље.⁴⁷¹

Судски поступак за утврђивање очинства, као што смо већ установили, могу покренути дете, мајка, мушкарац који себе сматра оцем детета и центар за социјални рад.⁴⁷² Дете то може учинити док не наврши двадесет пет година живота. За време његовог малолетства, али и након тога, уколико буде лишено пословне способности у делу који се односи лична стања, у његово име и за његов рачун ову патернитетску парницу може покренути његов законски заступник.⁴⁷³ У току дететовог малолетства и центар за социјални рад може у његово име покренути парницу за утврђивање ванбрачног очинства, у одсуству његовог признања, уз пристанак мајке, која из било ког разлога није покренула одговарајући судски поступак.⁴⁷⁴ Мајка тада такође може предузимати неопходне радње, као дететов законски заступник. У ситуацији да су радње ова два субјекта у колизији, на суду је да одлучи коју ће радњу прихватити, руководећи се најбољим интересом детета.⁴⁷⁵ Мајка може у своје име покренути поступак за утврђивање очинства до дететовог пунолетства, а уколико није пословна способна, то може учинити преко свог законског заступника.⁴⁷⁶ Мушкарац који себе сматра (ванбрачним) оцем може поднети тужбу у року од годину дана од пријема обавештења да нису прибављене изјаве овлашћених лица у поступку признања очинства. Наравно, и у овом случају тужиоца

⁴⁶⁹ Вид. чл. 398 ОЗ РХ. Имајући у виду претпостављене животне околности које би могле да услове оспоравање нечијег материнства, ово правило сматрамо логичним и пожељним.

⁴⁷⁰ Ово решење сматрамо логичним, нарочито ако се има у виду претходно поменуто правило о проширеном дејству пресуде у овој парници, али тим пре сматрамо неоправданим што је претпостављени отац искључен из круга активно легитимисаних лица.

⁴⁷¹ Вид. чл. 397 ОЗ РХ. У српском праву, овом лицу није обезбеђен положај странке - јединственог супарничара, што је последица одсуства правила о томе да оспоравање материнства за последицу има и оспоравање очинства мушкараца који се до тада сматрао оцем.

⁴⁷² Вид. чл. 71, чл. 383 ст. 1, чл. 384 ст. 1, чл. 385 ст. 2 и чл. 387 ОЗ РХ. Истичемо и овде да је прописана могућност да центар за социјални рад покрене ову патернитетску парницу једна од различитости у поређењу са српским правом.

⁴⁷³ Вид. чл. 383 ст. 1 и 2 ОЗ РХ.

⁴⁷⁴ Вид. чл. 383 ст. 3 и чл. 68 ст. 2 ОЗ РХ. У односу на раније важеће хрватско право, ово решење је једна од новина. Очигледана је тежња хрватског законодавца да предвиђањем и уређењем различитих животних ситуација додатно заштити право детета да зна његово порекло.

⁴⁷⁵ Вид. чл. 383 ст. 4 и 5 ОЗ РХ.

⁴⁷⁶ Вид. чл. 384 ОЗ РХ.

коначно обавезује објективни рок који износи осамнаест година од рођења детета. У име и за рачун овог лица, уколико је лишено пословне способности, тужбу подноси његов законски заступник.⁴⁷⁷ До дететове осамнаесте године живота, центар за социјални рад такође има овлашћење да покрене поступак за утврђивање очинства.⁴⁷⁸ Остала процесна правила су идентична онима у поступку за утврђивање материнства, која су претходно приказана.

Активну легитимацију у поступку за оспоравање очинства имају, као што је већ истакнуто, дете, мајка, њен муж, мушкарац који је признао очинство и мушкарац који себе сматра оцем детета.⁴⁷⁹ Дете и у овом случају може покренути судски поступак до двадесет пете године живота. За време малолетства, у његово име тужбу може подићи и предузимати друге процесне радње посебан старатељ постављен од стране центра за социјални рад, што за последицу има престанак овлашћења његовог законског заступника. За разлику од овог случаја, ако је дете након пунолетства лишено пословне способности у делу који се односи на лична стања, његов законски заступник је овлашћен за покретање парнице за оспоравање очинства и предузимање других неопходних радњи у његово име.⁴⁸⁰ Мајчин муж, по природи ствари, може оспоравати само брачно очинство. Исто правило важи и за мајку.⁴⁸¹ Мајчин муж то може учинити у субјективном року од шест месеци. Овај рок почиње да тече од сазнања за чињенице које изазивају сумњу у погледу његовог очинства. Објективни рок је једнак навршеној седмој години живота детета. Мајку обавезује објективни рок од шест месеци од рођења детета. Уколико су ова лица лишена пословне способности у делу који се односи на лична стања, њихов законски заступник може предузети све што је неопходно за оспоравање претпостављеног

⁴⁷⁷ Вид. чл. 385 ст. 2 и 3 ОЗ РХ.

⁴⁷⁸ Вид. чл. 387 ОЗ РХ.

⁴⁷⁹ Вид. чл. 79, чл. 400 ст. 1, чл. 401 ст.1, чл. 402 ст. 1, чл. 403 ст. 1 и чл. 404 ст. 1 ОЗ РХ. Очигледна је разлика између хрватског и српског законодавца у приступу могућностима за оспоравање ванбрачног очинства. Оне су у хрватском праву шире, јер очинство може оспоравати и мушкарац који га је претходно признао.

⁴⁸⁰ Вид. чл. 400 ОЗ РХ.

⁴⁸¹ Чињеница је да дететова мајка учествује у управном поступку за признање очинства и у њему има значајну улогу од које зависи његов исход. Њена позиција се разликује од оне у којој се налази мушкарац који признаје очинство, утолико што је могућност да њен став о том чину буде формиран под утицајем погрешне представе о томе ко је дететов биолошки отац, заиста минимална. Ипак, треба имати у виду да је мушкарцу који је признао очинство обезбеђена могућност његовог оспоравања без обзира на то да ли је изјаву о признању претходно дао под утицајем заблуде или је био свестан биолошке истине. Додуше, рок у коме он може искористити ово своје овлашћење је изузетно кратак, о чему ће бити речи у наставку рада.

очинства.⁴⁸² Када је у питању мушкарац чије је очинство успостављено признањем, субјективни рок од шест месеци за подизање тужбе почиње да тече од сазнања за чињеницу која искључује његово очинство, а ако је признање изнуђено, тужбу може поднети у року од шест месеци од давања ове изјаве.⁴⁸³ У оба случаја, објективни рок истиче када дете наврши седам година живота. Интерес овог лица за оспоравање очинства ће у време његовог лишења пословне способности бити остварен преко законског заступника.⁴⁸⁴ Мушкарац који себе сматра оцем детета може судским путем побијати очинство мушкараца који је признао дете за своје, ако истом тужбом тражи да се утврди његово очинство.⁴⁸⁵ Он то може учинити лично или преко законског заступника, у случају да је лишен пословне способности у статусним питањима, и то у року од годину дана од уписа признања у матичну књигу рођених.⁴⁸⁶ У парници за оспоравање очинства тужбом морају бити обухваћени дете, његова мајка и мушкарац чије се очинство оспорава, а уколико се оспорава оно засновано признањем онда и мушкарац који то чини.⁴⁸⁷

Посебно су значајне одредбе ОЗ РХ које се односе на доказивање кључних чињеница у матернитетским и патернитетским парницама. Најпре је изричито прописана могућност извођења доказа медицинским вештачењем. С циљем спречавања тужене стране да злоупотреби извесне процесне ситуације, прописано је да ће решење о обављању овог вештачења садржати и рок до кога оно треба да буде извршено, а који не

⁴⁸² Вид. чл. 401 и чл. 404 ОЗ РХ. Према решењу важећем од 2003. до 2015. године, у име и за рачун пословно неспособног мајке и њеног мужа, тужбу је могао да подигне њихов старатељ, уз претходно одобрење органа старатељства (Вид. чл. 79 ст. 1 и чл. 81 ст. 1 ОЗ РХ (2003.)).

⁴⁸³ Овако кратки рокови су последица жеље законодавца да се свака неизвесност у погледу породичног статуса детета што пре отклони. Док дужину поменутог субјективног рока сматрамо оправданом, сматрамо да би објективни рок за оспоравање очинства признатог под принудом требало да буде дужи. Иначе, овлашћење мушкараца који је признао очинство да исто касније оспорава је разлог због кога су у хрватском закону изостала правила о поништењу изјаве о признању очинства. Међутим, овим решењем нису обухваћена лица чије су изјаве воље одговарајуће садржине неопходан услов пуноважности признања. Мишљења смо да нема сметњи да оне буду поништене, уколико су дате под утицајем неке од мана воље, према општим правилима из чл. 330-335 Закона о обвезним односима (НН 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18). Субјективни рок за покретање судског поступка за њихово поништење износи годину дана, а објективни рок три године, па је очигледно да је ово решење неповољније у односу на оно из српског права, у коме објективни рок не постоји.

⁴⁸⁴ Вид. чл. 402 ОЗ РХ.

⁴⁸⁵ Као што смо већ истакли, за разлику од српског права, мушкарац који себе сматра оцем не може оспоравати брачно очинство.

⁴⁸⁶ Вид. чл. 401 ст. 1, чл. 402 ст. 1 и 2, 403 ст. 3 и чл. 404 ст. 1 ОЗ РХ. Иако сматрамо да је хрватски законодавац желео да допринесе стабилности породичних односа, мишљења смо да је овај рок, попут оног у коме очинство може оспоравати мајка, претерано кратак. Не одобравамо ни ускраћивање права мушкарацу који себе сматра оцем да оспорава претпостављено брачно очинство.

⁴⁸⁷ Вид. чл. 406 ОЗ РХ. Занимљиво је решење по коме тужбом за оспоравање очинства утврђеног признањем мора бити обухваћена и дететова мајка, иако она ову тужбу не би могла да подигне.

може бити дужи од три месеца од дана његовог уручења. Наведено решење и позив за извођење доказа вештачењем подлежу правилима о личној достави, а странке ће бити обавештене о установи и термину за његово обављење, али и о последицама недоласка. Негативни ефекти на позицију странке која је пропустила да поступи по овом налогу, огледају се у томе што ће суд несметано наставити поступак, ценећи од каквог је значаја такво њено понашање.⁴⁸⁸ С циљем елиминисања дискриминације по основу економског статуса и заштите интереса детета да зна своје порекло, прописано је да ће се средства за медицинско вештачење у парницама за утврђивање материнства и очинства предујмити из судског буџета.⁴⁸⁹

Према хрватским општим правилима о супарничарству у матернитетским и патернитетским парницама, суд ће поучити тужиоца који је пропустио да обухвати тужбом сва законом поменута лица да тужбу прошири тако што ће као туженог означити и оно лице које недостоје или га позвати да му се придружи у тужилачкој улози. Уколико тужилац не поступи у складу са налогом суда у остављеном року, сносиће последице прописане процесним законом.⁴⁹⁰ Ако је тужба поднета у законском року, њој се може придружити и оно лице које због протекла преклузивног рока не би могло да покрене поступак самостално.⁴⁹¹ Значај утврђивања биолошке истине потврђен је и правилом да се против правноснажне одлуке донете у овим парницама увек може изјавити ревизија.⁴⁹²

Слику о матернитетским и патернитетским парницама у хрватском праву заокружују одредбе које су заједничке свим судским поступцима у којима се решавају спорови настали из породичних односа. Тако су важећим Обитељским законом нормирана

⁴⁸⁸ Вид. чл. 390 ОЗ РХ. У вези са ситуацијом у којој тужени избегава да се одазове позиву за спровођење медицинског вештачења, треба истаћи да ће суд формирати чињеничну подлогу за своју одлуку о његовом очинству на основу оцене свих доказа и искуственог правила по коме лице које није отац нема интереса да не приступи вештачењу, наравно, под претпоставком да не постоји неки оправдан разлог за такво поступање (Вид. Франић et al, 2012: 1008-1009).

⁴⁸⁹ Вид. чл 391 ОЗ РХ. Имајући у виду новчани износ који овлашћене установе потражују на име обављања овог вештачења, ово правило је од изузетног значаја за тужилачку страну у овим парницама.

⁴⁹⁰ Хрватски Закон о парничном поступку не садржи одредбе аналогне онима из чл. 211 истоименог српског закона, али смо мишљења да је у случају када тужбом нису обухваћени сви нужни супарничари реч о непостојању активне, односно пасивне стварне легитимације и стога закључујемо да ће суд из овог разлога одбити тужбени захтев (У литератури има и заступника супротног става о одбацивању тужбе: Ледић, Видовић, 2016: 36, Ракић Водинелић, 2011: 540). Стилизација цитиране одредбе ОЗ РХ упућује на другачију санкцију у матернитетским и патернитетски парницама, тј. на овлашћење суда да одбаци тужбу, уколико тужилац не поступи по његовом налогу за отклањање недостатака у субјективном смислу. Имајући у виду значај ових парница и општи критеријум поступања у најбољем интересу детета, мишљења смо да је *lex specialis*-ом требало на изричит начин уредити ово питање, по угледу на српског законодавца.

⁴⁹¹ Вид чл. 389 ОЗ РХ.

⁴⁹² Вид. чл. 392 ОЗ РХ.

начела парничних поступака у којима се решавају породичноправне ствари, укључујући оне статусне – утврђивање и оспоравање материнства и очинства. Пре свих, прописано је начело хитности. Његово дејство се огледа и у томе што у овим поступцима прво рочиште мора бити заказано у року од петнаест дана од подизања тужбе, осим ако то није могуће због извесних битних разлога.⁴⁹³ У матернитетским и патернитетским парницама је његов значај појачан тиме што се у њима, насупрот општем процесном режиму, тужба не доставља туженој страни на одговор нити се одржава припремно рочиште.⁴⁹⁴ Начело социјалности налаже судовима да у поступцима из сфере породичних односа посебну бригу воде о интересима деце, лица са инвалидитетом и особа које из неког другог разлога нису у стању да се саме старају о себи. С тим циљем, суд ће прекинути поступак до доношења одговарајуће одлуке центра за социјални рад, уколико се у току поступка јави сумња да странка нема потребне капацитете за старање о својим правима и интересима. До прекида парничног поступка неће доћи само ако је таквој странки постављен посебан старатељ.⁴⁹⁵ Начела диспозиције и официјелности и истражно начело у хрватском праву имају идентичан домаћај као у српском.⁴⁹⁶ Начело искључења јавности гарантује тајност у поступцима о којима се одлучује о статусним стварима, родитељском старању, личним односима и мерама за заштиту права и добробити детета, као и о издржавању.⁴⁹⁷ У складу са њим, одлуке донете у статусним стварима биће објављене на огласној табли суда без откривања личних података.⁴⁹⁸ Обитељским законом је упућено и на годишњи распоред послова првостепеног суда, којим посебно морају бити одређене судије за поступање у поступцима који за предмет имају спорове из породичноправних односа.⁴⁹⁹ Посебан квалитет хрватског закона се огледа у исцрпним и прецизним правилима о учешћу центра за социјални рад у њима. Тако је прописано да овај орган има положај странке, односно

⁴⁹³ Вид. чл. 347 ОЗ РХ. Узелац (2014:26) оправдано указује на нефункционалност наведене одредбе, будући да се у пракси хрватских судова показало да је просечно време од пријема тужбе до одржавања првог рочишта скоро десет пута дуже, а да се о жалби неретко одлучује у периоду дужем од годину дана.

⁴⁹⁴ Вид. чл. 382 ОЗ РХ.

⁴⁹⁵ Вид. чл. 348 ОЗ РХ. Решење из претходног хрватског закона је било нешто другачије, па је била прописана могућност да суд у овој ситуацији парничним странкама постави привременог заступника, уместо овлашћења центра за социјални рад да именује посебног стратеља (Вид. чл. 268 ОЗ РХ (2003.)).

⁴⁹⁶ Вид. чл. 349 и чл. 350 ОЗ РХ. Иако наведена начела нису била на овај начин систематизована у процесном делу претходног Обитељског закона, очигледно је да су она и тада важила и имала идентичну садржину (Вид. чл. 265-271 ОЗ РХ (2003.)).

⁴⁹⁷ Вид. чл. 351 ОЗ РХ. Одредбама Обитељског закона из 2003. године начело искључења јавности је било ограничено на поступке у којима се одлучивало о статусним стварима (Вид. чл. 271 ОЗ РХ (2003.)).

⁴⁹⁸ Вид. чл. 367 ОЗ РХ.

⁴⁹⁹ Вид. чл. 352 ОЗ РХ.

право да износи чињенице, предлаже доказе и изјављује правне лекове, када у складу са законом покрене или се укључи у неки од побројаних поступака, међу којима су и они за утврђивање материнства и очинства.⁵⁰⁰ Када пак покрене у име и за рачун детета парницу за утврђивање очинства, центар за социјални рад иступа као његов законски заступник.⁵⁰¹ У осталим случајевима има улогу помоћног тела суда.⁵⁰² Посебно је значајна и одредба из чл. 359 ст.1 ОЗ РХ, којом је стипулисано да ће решењем, на његов захтев, детету узраста од најмање четрнаест година, у поступку о коме се одлучује о његовим правима и интересима, тј. у коме има положај странке, бити допуштено да износи чињенице, предлаже доказе, подноси правне лекове и предузима друге процесне радње, ако је способно да схвати њихов стварни и правни значај. Пре доношења овог решења, суд ће затражити и мишљење центра за социјални рад. Уколико радње детета и његовог законског заступника буду неусклађене, суд ће одлучити о томе која ће се од њих узети у обзир.⁵⁰³ Суд је свакако дужан да омогући детету да изрази своје мишљење, осим ако то није неопходно према околностима случаја, које морају бити наведене у образложењу одлуке. Дете млађе од четрнаест година своје мишљење ће изразити преко посебног старатеља или неког другог стручног лица.⁵⁰⁴ У поступку у коме се одлучује о личним правима детета биће саслушани и родитељи, осим ако супротно захтевају посебне околности случаја. Не само да ће суд у овим поступцима редовно саслушавати родитеље, већ и друга лица која дуже време живе са дететом и старају се о њему.⁵⁰⁵ Чак и лицу лишеном пословне способности у делу који се односи на лична стања, суд може дозволити да ради заштите својих права и интереса предузима све или поједине радње у поступку, под познатим условом да је у стању да схвати њихов значај и правне последице.⁵⁰⁶ У сфери трошкова изазваних овим поступцима такође важе посебна правила. Наиме, о томе

⁵⁰⁰ Вид. чл. 354 ОЗ РХ.

⁵⁰¹ Вид. чл. 355 ОЗ РХ.

⁵⁰² Вид. чл. 356 ОЗ РХ. Предочене одредбе о улози центра за социјални рад у матернитетским и патернитетским парницама представљају побољшање хрватског законодавства, будући да их закон из 2003. године није садржао.

⁵⁰³ Вид. чл. 359 ст. 2 и 5 ОЗ РХ.

⁵⁰⁴ Вид. чл. 360 ст. 1, ст. 3 и ст. 4 ОЗ РХ. Одредбе о активном учешћу детета у поступцима у којима се одлучује о питањима која су за њега од посебног значаја завређују нарочиту похвалу, а представљају корак напред у развоју дечијих права у Хрватској, будући да их закони који су важали до 2015. године нису садржали у овом обиму нити су оне које су постојале биле оваквог квалитета.

⁵⁰⁵ Вид. чл. 362 и чл. 363 ОЗ РХ. Наведене одредбе у хрватском породичном праву немају дужу историју, већ су уведене Обитељским законом из 2015. године.

⁵⁰⁶ Вид. чл. 364 ОЗ РХ.

ко ће их сносити суд одлучује слободно, водећи рачуна о околностима случаја и исходу поступка. Трошкове настале ангажовањем посебног старатеља, који се одмеравају према правилима о награди и накнади за рад адвоката, према одлуци суда, могу сносити родитељи. Они предујмљују и трошкове извођења доказа које предлаже дете, у износу који према слободној оцени одреди суд.⁵⁰⁷ На накнаду трошкова насталих у вези са поступањем центра за социјални рад као странке у поступку, примењују се одредбе којима је уређен положај државног правобраниоца.⁵⁰⁸

4.5.3. Немачко право

Правила немачког права о поступцима који за предмет имају спорове о материнству и очинству су у извесном смислу оригиналнија и разноврснија у односу на до сада анализована права. Тако је системом енумерације прописано да се под овим поступцима подразумевају они за утврђивање постојања или непостојања родитељско-дечијег односа, нарочито за утврђивање пуноважности или ништавости признања очинства, затим за супституцију недостајуће сагласности са спровођењем генетских анализа ради испитивања порекла и за издавање налога за давање узорка на анализу, за разгледање и добијање копије стручног мишљења у вези са родитељством и, најзад, поступак за оспоравање очинства.⁵⁰⁹

Аналогно материјалним, процесна правила о односу између мајке и детета су изузетно оскудна, па је готово сва пажња посвећена онима о очинству. Према одредбама из §1600д BGB, уколико очинство није установљено по основу претпоставке о брачном очинству или признањем, оно може бити утврђено посредством суда. У судском поступку, претпоставља се да је отац мушкарац који је у критичном периоду одржавао интимне односе са дететовом мајком, осим ако постоји озбиљна сумња у истинитост претпоставке о његовом очинству. Сматра се такође да је дете зачето у периоду од триста до сто осамдесет једног дана пре његовог рођења, укључујући тридесет и сто осамдесет први

⁵⁰⁷ Детаљнија правила о трошковима поступка представљају једну од новина хрватског породичног права, које су уследиле 2015. године, усвајањем важећег закона.

⁵⁰⁸ Вид. чл. 366 ОЗ РХ.

⁵⁰⁹ Вид. § 169 Закона о поступцима у породичним стварима и о ванпарничним поступцима (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Преузето: 15.10.2018. <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/>. У даљем тексту: FamFG.).

дан. Ова претпоставка, наравно, неће важити, ако је извесно да дете није зачето у току овог временског оквира. Иначе, сва права и обавезе карактеристичне за однос између оца и детета настају управо од дана када је очинство утврђено.

Као што смо већ напоменули, једна од особености немачког права јесте могућност спровођења генетских анализа како би се разјасниле околности у вези са биолошким пореклом детета. Тако дете може захтевати од претпостављених родитеља да се сагласе са тестирањем којим ће се проверити његов породични статус. Исти захтев према детету и другом родитељу могу упутити претпостављени отац или мајка, уколико сумњају у своје очинство, односно материнство. Ако неко од наведених лица одбије да да тражену сагласност, она може бити замењена одлуком породичног суда, који ће наложити давање узорка за анализу. Судским путем ће се решавати и сви спорови који проишају из овог генетског испитивања. Узимање узорака ће се извршити у складу са правилима медицинске струке, а лицу које је дало узорак на анализу морају се обезбедити подаци о установи која ју је извршила. Прецизно је наведено да оно може захтевати и један примерак извештаја о резултатима и извршити његову проверу. Посебно је значајно правило по коме је суд овлашћен да обустави овај поступак, уколико процени да његово вођење, тј. окончање није у најбољем интересу детета, без обзира на потребе осталих учесника.⁵¹⁰

У немачком праву, као што је већ наведено, очинство може оспоравати мушкарац који се сматра оцем по основу претпоставке брачног очинства, као и онај који је признао дете, мушкарац који под заклетвом изјави да је одржавао интимне односе са мајком у време зачећа, мајка, дете, а под одређеним условима и тело одређено одлуком јавне власти.⁵¹¹ Због значаја ове радње, лице које је макар делимично пословно способно, очинство може оспоравати само лично. С друге стране, пунолетно лице које је потпуно пословно неспособно, а дете и онда када има делимичну пословну способност, то може учинити само преко законског заступника. Додатни услов оспоравања очинства преко законског заступника гласи да такав поступак мора бити у интересу заступаног лица.⁵¹² Оспоравање очинства судским путем је могуће само у преклузивном року од две године, који је субјективне природе - почиње да тече од сазнања за чињеницу која је изазвала

⁵¹⁰ Вид. §1598 BGB.

⁵¹¹ Вид. §1600 ст. 1 BGB.

⁵¹² Вид. §1600a BGB.

сумњу у очинство мушкарца који се по закону сматра оцем.⁵¹³ Овлашћени орган, у прописаним случајевима, може поднети тужбу у упола краћем, једногодишњем року од сазнања за чињеницу која такву радњу оправдава. Ово његово овлашћење се гаси по протеку пет година од признања детета рођеног на територији Немачке или од његовог уласка у земљу. Ниједан од наведених рокова не може почети да тече пре рођења детета нити пре ступања на снагу признања очинства. Ако се оспорава очинство бившег супружника који се сматра оцем детета због тога што је судском одлуком дефинитивно утврђено да нови муж мајке није отац, тужба се у овом случају не може поднети пре него што наведена одлука постане коначна. Како би се заштитило од несавесног законског заступника, који је пропустио да предузме радње неопходне за оспоравање очинства, дете то може учинити након стицања пунолетства. Додатни рок од две године не може почети да тече пре сазнања за кључне чињенице у вези са очинством. На исти начин је заштићено и лице лишено пословне способности, које може покренути одговарајући поступак након стицања пословне способности. Преклузивни рок за оспоравање очинства ће бити у застоју за време за које је овлашћено лице употребом претње спречено да покрене судски поступак, као и у случају кад је од породичног суда затражено да донесе одлуку која ће надоместити непостојање сагласности за проверу очинства путем медицинског теста.⁵¹⁴ У поступку за оспоравање очинства, у иницијалном акту морају бити наведене околности које изазивају сумњу у истинитост претпоставке очинства, као и околности којима се доказује моменат њихове спознаје.⁵¹⁵ Ако су дете или мушкарац који себе сматра оцем, будући да је у критичном периоду имао интимне односе са мајком, покренули овај поступак преко законског заступника, као и онда када у поступку учествује малолетно лице, суд треба да саслуша и представника Службе за заштиту младих. У том случају ово тело треба да буде обавештено о исходу поступка, јер је и оно овлашћено да поднесе жалбу против првостепене одлуке.⁵¹⁶ Суд ће у овом поступку узети у обзир чињенице које странке нису изнеле, ако оне иду у прилог одржавању постојећег породичног статуса или ако се томе не противи лице које оспорава очинство.⁵¹⁷ Претпоставља се притом да дете

⁵¹³ Детету је на располагању и нови двогодишњи рок, који почиње да тече од момента сазнања за околности које последице које оно трпи услед постојећег очинства чине неразумним.

⁵¹⁴ Вид. §1600б BGB.

⁵¹⁵ Вид. § 171 ст. 2 FamFG.

⁵¹⁶ Вид. § 176 FamFG.

⁵¹⁷ Вид. § 177 ст. 1 FamFG.

потиче од мушкарца који се сматра оцем на основу закона, услед постојања брака са његовом мајком у време рођења детета или чињенице признања очинства. Међутим, то неће бити случај ако се оспорава очинство утврђено признањем, а тужилац тврди да је изјава о признању дата под утицајем неке од мана воље.⁵¹⁸

У свим поменутих поступцима, искључива месна надлежност првостепеног суда је прописана према месту дететовог уобичајеног боравишта, очигледно с циљем заштите његових интереса. Међутим, уколико применом овог критеријума ниједан немачки суд не би био надлежан, месна надлежност ће бити одређена према месту уобичајеног боравишта мајке, односно оца. Најзад, уколико ни на овај начин не би могао да буде одређен месно надлежан немачки суд, поступак ће бити спроведен пред месним судом у берлинском *Schöneberg*-у.⁵¹⁹ Странке у побројаним поступцима јесу дете, мајка и отац, а Служба за заштиту младих само у парници за оспоравање очинства, под условом да је она покренула поступак у име и за рачун детета или мушкарца који себе сматра оцем.⁵²⁰ Иначе, када ова служба иступа као заступник детета, оно не може бити заступано од стране родитеља.⁵²¹ Малолетном детету ће у поступцима поводом спорова о родитељству, од стране суда, по правилу бити постављен привремени заступник, како би он заступао интересе детета у неопходној мери.⁵²² Од посебног је позитивног значаја правило о непосредном саслушању свих учесника наведених поступака, под општим условом да су способни да лично учествују у њима. Примера ради, када је поступак покренут како би се надоместила недостајућа сагласност за генетско испитивање порекла и издао налог за давање узорка на анализу, родитељи и дете које је навршило четрнаест година морају бити саслушани пред

⁵¹⁸ Вид. § 1600ц BGB.

⁵¹⁹ Вид. § 170 FamFG.

⁵²⁰ Вид. § 172 и § 176 ст. 1 FamFG.

⁵²¹ Вид. § 173 FamFG.

⁵²² Вид. § 174 FamFG. Према општим правилима о постављању привременог заступника (*curator ad litem*) малолетним лицима, исти ће бити именован када су интереси детета знатно другачији од интереса његовог законског заступника. Привремени заступник треба бити ангажован у најранијој фази. Против одлука у вези са његовим именовањем није допуштена посебна жалба. Његов основни задатак јесте утврђивање и преношење суду мишљења детета. Он треба да обавести дете о току и могућем исходу поступка. Уколико постоји такав налог суда, треба да успостави контакт са родитељима и другим особама блиским детету и да олакша споразумевање о конкретним питањима. Овлашћења привременог заступника одређује суд, а та, као и одлука о његовом постављењу, мора бити нарочито образложена. Он има право жалбе на све одлуке које се доносе у поступку, иако није дететов законски заступник. Нема места ангажовању привременог заступника, уколико дете може заступати адвокат или други овлашћени заступник. Његова делатност се завршава окончањем поступка за који је постављен. Он има право на накнаду трошкова у вези са активностима повезаним са радњама које је предузимао, као и право на награду за свој рад, а посебно је значајно што се ови новчани износи исплаћују из јавних средстава (Вид. § 158 ст. 2 т. 1 и ст. 3-8 FamFG).

судом. Чак и дете млађе од четрнаест година може бити саслушано, по оцени суда.⁵²³ У поступцима за утврђивање, односно оспоравање родитељско-дечијег односа, налаз стручног лица именованог од стране суда може заменити стручно мишљење лица прибављено на захтев једног од учесника, уколико се други учесници слажу, а суд не посумња у његову правилност.⁵²⁴ Идејом породичне солидарности прожето је решење о трошковима поступка за оспоравање очинства, окончаног у корист онога ко га је покренуо, будући да је прописано да ће их сносити на једнаке делове сви учесници, осим малолетног детета.⁵²⁵ С циљем економичности, уколико очинство буде успешно оспорено и утврђено да је покретач поступка или други учесник дететов отац, у судској одлуци ће бити садржан и део о утврђивању очинства неког од ових лица.⁵²⁶ Уколико је то неопходно за успостављање родитељског статуса, учесници у поступку морају дати, пре свега узорак крви, на анализу, осим ако није разумно захтевати тако нешто. У случају неоправданог, вишеструког одбијања да се повинују налогу суда, ова лица могу бити приморана да дају одговарајуће узорке.⁵²⁷ У интересу процесне економије, поступци који се тичу успостављања родитељства у односу на исто дете могу бити спојени, као што поступак покренут ради издржавања детета такође може бити спојен с оним за утврђивање очинства.⁵²⁸ У духу мирног решавања породичних спорова, важи правило да се на записник пред судом, у току ових поступака, може дати и изјава о признању или повлачењу признања очинства, као и изјава о мајчиној сагласности са његовим признањем, као што може бити закључен и споразум између мушкарца који је био ожењен дететовом мајком у време његовог рођења и детета, односно његовог законског заступника.⁵²⁹ Уколико неки учесник премине у току поступка, преостали учесници могу захтевати да се исти настави, у року од месец дана од обавештавања о таквој могућности.⁵³⁰ Лица која су требала да буду обухваћена поступком који се односи на родитељски статус, такође ће имати право жалбе на одлуку којим је он окончан.⁵³¹ Понављање поступка је могуће, уколико је неко од учесника стекне могућност да

⁵²³ Вид. § 175 FamFG.

⁵²⁴ Вид. § 177 ст. 2 FamFG.

⁵²⁵ Вид. § 183 FamFG.

⁵²⁶ Вид. § 182 FamFG.

⁵²⁷ Вид. § 178 FamFG.

⁵²⁸ Вид. § 179 FamFG.

⁵²⁹ Вид. § 180 FamFG.

⁵³⁰ Вид. § 181 FamFG.

⁵³¹ Вид. § 184 ст. 3 FamFG.

употреби ново стручно мишљење, које би самостално или у садејству са другим изведеним доказима, могло да доведе до другачије одлуке. Поступак ће бити поновљен пред оним судом који је донео претходну одлуку.⁵³²

4.5.4. Француско право

Процесним правилима француског права, која су од значаја за предмет овог рада, обухваћена су она о утврђивању и оспоравању материнства и очинства. Тако се материнство може утврђивати посредством суда, ако већ није засновано уписом података о тужиљи као дететовој мајци у регистар рођења и уживањем очигледног материнског статуса. Као што смо већ нагостили, право на покретање ове материнететске парнице резервисано је за дете. Међутим, треба имати у виду и то да је оно ограничено поменутиим правом породиље на анонимност.⁵³³ Ванбрачно очинство, такође може бити утврђено судским путем, на захтев детета.⁵³⁴ За време дететовог малолетства, тужбу за утврђивање материнства или очинства у његово име може подићи родитељ чији је статус неспоран, чак и ако је и сам малолетан. Ако други родитељ није идентификован или је то лице преминуло или није способно да изјави правно релевантну вољу, дете ће заступати старатељ ангажован од стране породичног савета. Тужба се може поднети против лица за које се сматра да су дететова мајка или отац или против њихових наследника, а у крајњем случају против француске државе, коју ће у том поступку заступати јавни тужилац. Чак и наследници који су се одрекли заоставштине, имају право да учествују у овом поступку, како би заштитили своја права.⁵³⁵ Специфичност француског права коју треба посебно истаћи јесте могућност утврђивања брачног очинства судским путем. Она је логична последица чињенице да се у њему ванбрачним сматра и оно дете које је фактички рођено у току трајања брака, али истовремено и у року дужем од триста дана од дана потврђивања споразума о разводу, издавања привремених мера у бракоразводној парници, доношења одлуке о неуспеху мирења или нестанка мужа мајке, као и у року краћем од сто осамдесет дана од правноснажности одлуке о одбацивању тужбе за развод или о помирењу

⁵³² Вид. § 185 FamFG.

⁵³³ Вид. чл. 325 СС.

⁵³⁴ Вид. чл. 327 СС.

⁵³⁵ Вид. чл. 328 и чл. 464 СС, као и чл. 1153-1 Nouveau code de procedure civile et Code de procedure civile. Преузето 20.10.2018. http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/procedure_civile.

супружника. Дакле, за време дететовог малолетства, сваки од супружника може поднети тужбу с циљем оснаживања претпоставке брачног очинства, чија је важност престала услед дететовог рођења у одређеном периоду у односу на поступак за развод брака његових родитеља или услед непостајања података о оцу у матичној књизи рођених и фактичког односа оца и детета. Активна легитимација је обезбеђена и детету, које овај поступак може покренути у року од десет година од стицања пунолетства.⁵³⁶ Утврђивање очинства као очигледне чињенице може захтевати свако лице које има правни интерес за то, у поменутом року од десет година од почетка уживања родитељског статуса.⁵³⁷ Посебно је значајно правило по коме у парницама за утврђивање материнства и очинства суд треба да уреди и вршење родитељског права, питање доприноса издржавању и образовању детета, као и његовог имена.⁵³⁸

Према правилима француског права, допуштено је оспоравање очинства и материнства, па се може доказивати да жена која се сматра мајком није родила дете, односно да њен муж или мушкарац који је признао дете није његов отац.⁵³⁹ Када је правно стање подударно са фактичким, материнство или очинство могу оспоравати дете, један од родитеља или лице које себе сматра мајком или оцем. Ово право дефинитивно престаје по протеклу пет година од када је престало да буде очигледно да дете потиче од одређеног лица. Уколико је понашање које ствара уверење да је реч о односу родитеља и детета, а које је, притом, подударно подацима из матичне књиге рођених, трајало дуже од пет година од рођења или од признања детета, очинство и материнство се не може уопште оспоравати.⁵⁴⁰ Породични статус детета који није заснован на фактичком вршењу родитељског права, већ само на упису у матичну књигу рођених, може бити оспорен у року од десет година његовог успостављања, и то од стране било ког заинтересованог лица.⁵⁴¹ Очигледан родитељско-дечији однос, потврђен издавањем јавне исправе о томе, може оспоравати свако лице које има правни интерес за предузимање такве радње, и то у року од пет година од издавања поменутог документа.⁵⁴² Као чувар општег правног поретка, државни тужилац је овлашћен да побија законску претпоставку о родитељству,

⁵³⁶ Вид. чл. 329 СС.

⁵³⁷ Вид. чл. 330 СС.

⁵³⁸ Вид. чл. 331 СС.

⁵³⁹ Вид. чл. 332 СС.

⁵⁴⁰ Вид. чл. 333 СС.

⁵⁴¹ Вид. чл. 334 СС.

⁵⁴² Вид. чл. 335 СС.

уколико из околности случаја произлази да је мало вероватно да је стање у исправама истинито или постоји основана сумња да је реч о изигривању закона.⁵⁴³ Посебно је вредно хвале оригинално правило по коме, у случају окончања поступка за оспоравање материнства или очинства усвајањем тужбеног захтева, суд може да уреди однос између детета и лица које га је одгајало.⁵⁴⁴

Једно од општих правила о матернитетским и патернитетским парницама, у француском праву, гласи да се оне могу покренути тек након рођења детета.⁵⁴⁵ Због значаја питања о којима се у њима расправља, одређена је и надлежност вишег суда за њихово спровођење.⁵⁴⁶ Наглашено је и то да одговорност за кривично дело чије је биће повезано са родитељским статусом, који је споран, може бити разматрана тек након правноснажности одлуке о том, претходном питању.⁵⁴⁷ Према општем правилу, уколико није прописан неки други рок, право на подношење тужбе у вези са утврђивањем родитељства престаје по протеку десет година од дана када је неком лицу ускраћен статус родитеља или је почео да ужива тај статус, који му друго лице оспорава. Дете је привилеговано застојем овог рока у току његовог малолетства.⁵⁴⁸ За разлику од решења из српског права, судски поступак могу покренути и наследници неког од активно легитимисаних субјеката, уколико није истекао преклузивни рок који је обавезивао преминулог. Они могу наставити и започету парницу, под условом да тужба претходно није повучена.⁵⁴⁹ Искључена је могућност одрицања од права на подношење тужбе усмерене на утврђивање родитељства.⁵⁵⁰ Посебно је значајно правило по коме пресуда којом се окончава матернитетска или патернитетска парница има проширено дејство у субјективном смислу, јер ће се њене последице односити и на лица која, без обзира што су на то била овлашћена, нису учествовала у поступку. Она, међутим, могу захтевати поновно саслушање заинтересованих лица, и то у истом оном (десетогодишњем) року

⁵⁴³ Вид. чл. 336 СС.

⁵⁴⁴ Вид. чл. 337 СС.

⁵⁴⁵ Вид. чл. 318 СС.

⁵⁴⁶ Вид. чл. 318-1 СС.

⁵⁴⁷ Вид. чл. 319 СС.

⁵⁴⁸ Вид. чл. 321 СС.

⁵⁴⁹ Вид. чл. 322 СС.

⁵⁵⁰ Вид. чл. 323 СС.

прописаном за покретање одговарајућег поступка. Суд може по службеној дужности захтевати да се поступку придруже сва лица на која ће се његова одлука односити.⁵⁵¹

Посебно је интересантна одредба француског права по којој дете без утврђеног очинства може судским путем остварити новчано потраживање према мушкарцу који је у законом дефинисаном периоду зачећа био у интимним односима са његовом мајком. Уколико то није учинило док је било малолетно, оно може поднети тужбу у року од две године од стицања пунолетства. У сваком случају, оно то може учинити без обзира на то да ли су његова мајка и мушкарац за кога сумња да му је отац у критичном периоду били у браку са другим лицем или су између њих постојале брачне сметње. У току дететовог малолетства, тужбу у његово име може поднети његова мајка, а она се подноси против вероватног оца или његових наследника, односно против француске државе као последњег наследника. Ова накнада се исплаћује у периодичним износима у висини која зависи од дететових потреба, дужникових могућности и његове породичне ситуације. Обавеза њене исплате прелази на наследнике. Она може бити дугована и након дететовог пунолетства, ако има потребе за тим, под условом да то није због околности које му се могу приписати у кривицу. Тужени се може одбранити доказивањем да он ни у ком случају не може бити отац. Досуђивање ове накнаде има за последицу стварање брачне сметње између повериоца и дужника ове новчане обавезе и њихових родитеља и супружника. С друге стране, оно што је најважније, она ни у ком случају не доводи до гашења права на покретање патернитетске парнице. С обзиром на то да је циљ ових правила обезбеђивање материјалне сигурности детету које такву потпору, у одсуству утврђеног очинства, не може очекивати од оба родитеља, дејство пресуде којом се налаже исплата предметне накнаде престаје, ако накнадно буде утврђено очинство мушкарца различитог од дужника.⁵⁵²

4.5.5. Руско право

У руском праву, спорови о материнству или очинству могу бити решавани у поступцима за утврђивање или оспоравање материнства или очинства, за утврђивање

⁵⁵¹ Вид. чл. 324 СС.

⁵⁵² Вид. чл. 342-342-8 СС.

чињенице признања очинства и за брисање или промену података о мајци или оцу из матичне књиге рођених за дете.⁵⁵³ За решавање спорова ове врсте, у првом степену, надлежан је окружни суд. Месна надлежност се најпре утврђује према општем критеријуму - пребивалишту туженог, тј. према месту у коме се налази његова имовина или његово последње пребивалиште у РФ, уколико ово лице у време покретања поступка нема пребивалиште у овој држави. Међутим, могућност подношења тужбе суду месно надлежном с обзиром на пребивалиште тужиоца је једна од специфичности ових поступака.⁵⁵⁴ Уколико постоји елемент иностраности, јер је тужени страни држављанин, без пребивалишта у РФ, руски суд ће бити надлежан за расправљање поменутих спорова из домена породичног статуса детета, само уколико тужилац има пребивалиште у РФ, а међународним уговором није предвиђена надлежност суда друге државе.⁵⁵⁵ То што је боравиште туженог непознато суду, не може бити препрека за спровођење и окончање поступака у вези са наведеним породичним односима, већ ће туженом, у одсуству изабраног заступника, бити постављен привремени заступник из редова адвоката.⁵⁵⁶ Ови поступци могу бити покренути након рођења детета, па ће тужбени захтев бити одбачен као преурањен, уколико то буде учињено пре тог тренутка, што не утиче на могућност накнадног, благовременог подизања одговарајуће тужбе. Малолетни родитељи, под условом да су навршили четранест година, могу самостално покретати матернитетске или патернитетске парнице, с обзиром на то да није прописана обавезна сагласност њихових родитеља с овим чином. Суд морати имати у виду, у сваком случају, право детета да слободно изрази своје мишљење о стварима које га се тичу и да буде саслушано у поступку у коме се одлучује о његовим правима.⁵⁵⁷

Уколико, у одсуству јавних исправа, односно изјава о рођењу детета од стране конкретне жене, чињеница материнства није уписана у матичну књигу рођених за дете, она ће бити евидентирана на основу судске одлуке, чијом се изреком утврђује да је

⁵⁵³ Значајан извор правила о овим поступцима представља Одлука пленарне седнице Врховног суда Руске федерације бр. 16 (Преузето 15.12.2018. <http://www.suprcourt.ru/en/files/26614/>. У даљем тексту: ОПС.), у којој су појашњене и допуњене процесне одредбе о успостављању родитељско-дечијег односа, садржане у релевантним законским текстовима.

⁵⁵⁴ Вид. чл. 29 ст. 1 и 3 Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 02.12.2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 30.03.2020). Преузето 22.10.2018. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39570/. У даљем тексту: ГПК РФ.

⁵⁵⁵ Вид. пар. 5 ОПС.

⁵⁵⁶ Вид. пар. 8 ОПС.

⁵⁵⁷ Вид. пар. 6, 7 и 9 ОПС.

одређена жена родила одређено дете. Захтев којим се покреће овај поступак се подноси суду надлежном према месту пребивалишта подносиоца захтева.⁵⁵⁸ Да би суд мериторно одлучивао о овом захтеву, морају бити наведени докази из којих произлази да упис података о жени која је родила дете није могућ на основу других исправа.⁵⁵⁹ То ће бити случај уколико документи издати од стране медицинске установе или изјава лица које је присуствовало порођају не постоје или су изгубљени, односно садрже контрадикторне податке. Судска одлука којом се усваја овај захтев представља основ уписа података о мајци у јавни регистар рођених.⁵⁶⁰ Уколико се испостави да је питање материнства спорно, оно мора бити расправљено према општим правилима парничне процедуре. Суд ће, наиме, не доносећи мериторну одлуку, упутити подносиоца и друге учеснике да покрену матернитетску парницу, уколико из резултата поступка произлази да је упис чињенице рођења детета уредно извршен, а да подаци о мајци нису унети из оправданог разлога (нпр. због тога што је напустила дете ускраћујући податке о свом идентитету) или да постоји спор о материнству.⁵⁶¹

Према одредби из чл. 49 ПЗ РФ, ванбрачно очинство, које није успостављено подношењем захтева за упис чињенице очинства од стране оба партнера, може бити успостављено судским путем. Да истакнемо још једном, ову патернитетску парницу може покренути један од родитеља, старатељ или лице с којим дете живи, као и дете које је навршило осамнаест година. Суд ће притом, као што је речно, узети у обзир све доказе којима се на ауторитативан начин може утврдити истина о биолошком очинству. Ванбрачни партнер дететове мајке, која је преминула, нестала, лишена пословне способности или родитељског права, мора покренути патернитетску парницу уколико му орган старатељства ускрати сагласност за упис чињенице очинства. Дакле, обраћање органу старатељства представља процесну претпоставку за покретање парнице за утврђивање очинства.⁵⁶² Утврђивање очинства у парничном поступку биће неопходно и у ситуацији у којој орган надлежан за вођење матичне књиге рођених, одбија да изврши упис другог мушкарца, а не мајчиног мужа као оца, иако је поднета заједничка пријава

⁵⁵⁸ Вид. чл. 266 ГПК РФ.

⁵⁵⁹ Вид. чл. 267 ГПК РФ.

⁵⁶⁰ Вид. чл. 268 ГПК РФ.

⁵⁶¹ Вид. чл. 263 ст. 3 ГПК РФ.

⁵⁶² Вид. пар. 15 ОПС.

података о оцу од стране мајке и тог лица, због чега је вероватно да је управо оно отац.⁵⁶³ У посебном парничном поступку ће се одлучивати о захтеву за брисање, односно промену података о оцу у матичној евиденцији (уколико о томе нема спора између мајке, лица уписаног као оца и биолошког оца детета).⁵⁶⁴

У судском поступку, покренутом након смрти дететовог оца (који није био ожењен његовом мајком), може бити утврђена и чињеница да је он за живота признавао дете за своје.⁵⁶⁵ Ако је дете рођено пре 01.10.1968. године, неопходно је да је оно у егзистенцијалном смислу зависило од тог лица у моменту његове смрти. Уколико је дете рођено након овог датума, неопходно је да постоје околности које поткрепљују претпоставку о очинству преминулог. Овај поступак ће бити спроведен по посебним правилима по којима се утврђују чињенице које се уписују у јавне регистре, али уколико се испостави да је питање очинства, ипак, спорно – по правилима парничне процедуре.⁵⁶⁶

Поступак за утврђивање материнства или очинства у односу на пунолетно или емациповано дете може бити покренут само уз његову сагласност или сагласност његовог старатеља, уколико је лишено пословне способности. У недостатку ових сагласности, суд ће одбити тужбени захтев.⁵⁶⁷ Суд ће извести све расположиве доказе у парницама за утврђивање материнства или очинства, па ће тако саслушати странке и сведоке, извршити увид у аудио и видео записе и медицинску документацију, као и у налаз мишљење вештака. Резултати медицинског вештачења не смеју бити сагледани засебно, већ само заједно са другим доказима. Међутим, уколико странка чије је учешће у извођењу овог доказа неопходно одбија сарадњу, суд може узети одређену чињеницу као утврђену или оспорену, зависно од процесне улоге ове странке. Суд ће притом водити рачуна о свим околностима случаја, нарочито о разлозима одбијања тог лица да учествује у извођењу доказа, терету доказивања одређене чињенице и значају налаза и мишљења вештака за конкретну странку. Имаће у виду и то да ли је странка имала оправдане разлоге због којих се није одазвала позиву за вештачење, да ли је оно више пута заказано, да ли су јој

⁵⁶³ Вид. пар. 14 ОПС.

⁵⁶⁴ Вид. пар. 16 ОПС.

⁵⁶⁵ Вид. чл. 50 ПЗ РФ.

⁵⁶⁶ Вид. пар. 22-24 ОПС.

⁵⁶⁷ Вид. пар. 18 ОПС.

објашњене последице недоласка и да ли је тужбени захтев поткрепљен другим доказима.⁵⁶⁸

Материнство и очинство засновано уписом у матичну књигу рођених може бити оповргнуто посредством суда, на захтев претпостављених родитеља, жене, односно мушкарца који сматрају да су родитељи или старатеља ових лица, уколико су судском одлуком лишени пословне способности и, наравно, на захтев старатеља детета, односно на захтев пунолетног или еманципованог детета. Може се оспоравати и материнство или очинство преминулог лица или оног које је лишено пословне способности. Треба поново истаћи да уколико је лице уписано као дететов отац у моменту подношења било самосталног било заједничког захтева за упис било свесно неистинитости те чињенице, његов тужбени захтев може бити одбијен из тог разлога.⁵⁶⁹ Међутим, ово лице има на располагању могућност примене института ништавости, нарочито уколико је захтев за упис поднет услед претње или принуде. Одлука о тужбеном захтеву у парници за оспоравање очинства не може бити заснована на исказу мајке, као што у њој нема места ни мирењу, тј. споразумном решавању спора. Уколико усвоји тужбени захтев, суд може одлучити и о измени података о мајци или оцу у судском регистру.⁵⁷⁰

4.5.6. Аустријско право

Правила аустријског права о поступцима за утврђивање и оспоравање материнства и очинства прописана су Савезним законом о судском поступку у ванпарничним стварима⁵⁷¹. Према одредби из § 82 ст. 2 AußStrG, у поступцима који се тичу материнства и очинства, у страначкој улози се налазе дете, лице чије се родитељство утврђује или оспорава, као и други родитељ, уколико је жив и пословно способан. Они су ти који покрећу ове поступке, а не суд по службеној дужности.⁵⁷² Захтев ће се сматрати

⁵⁶⁸ Вид. пар.19-21 ОПС.

⁵⁶⁹ Вид. чл. 52 ПЗ РФ.

⁵⁷⁰ Вид. пар. 25-29 ОПС.

⁵⁷¹ Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG) StF: BGBl. I Nr. 111/2003 (NR: GP XXII RV 224 AB 268 S. 38. BR: AB 6895 S. 703.). Преузето 22.10.2018.

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003047>. У даљем тексту: AußStrG.

⁵⁷² Вид. § 82 ст. 1 и 2 AußStrG.

повученим уколико буде испуњен вансудским путем, пре свега признањем родитељског статуса. Уколико се поступак води с циљем оспоравања овог статуса, на захтев супротне стране, суд ће утврдити да је захтев повучен када на рочиште не приступи његов подносилац, иако је у позиву упозорен на ову последицу.⁵⁷³ У погледу судских трошкова, када је реч о утврђивању родитељства према малолетном детету, важи посебно правило да се они не надокнађују, што значи да свака странка сноси своје трошкове.⁵⁷⁴ У овим поступцима, странке се не могу поравнати. Одредба по којој ће се пропуштање странке да се у разумном року изјасни о захтеву супротне стране тумачити као саглашавање с њеним наводима или доношењем одлуке у складу са постојећим околностима, биће примењена само у оној мери у којој је то у интересу детета.⁵⁷⁵ Одлука мора бити поткрепљена чињеницама и садржати све неопходне податке: име и презиме, датум и место рођења, националност, верску припадност, занимање и адресу родитеља и детета и информацију о њиховом упису у књигу рођених. Рок за понављање поступка је изузетно дуг, износи тридесет година од правноснажности судске одлуке.⁵⁷⁶ Уколико је покренуто више поступака који се односе на порекло истог детета, они ће бити спојени, тако да ће бити донета једна одлука. Када утврђивање родитељства једног лица, према правилима материјалног права, подразумева претходно побијање родитељства другог лица, поступци могу бити спојени само ако је онај за утврђивање родитељства покренут пре доношења првостепене одлуке о захтеву другог лица за оспоравање његовог родитељства. Уколико то није случај, суд ће обавестити подносиоца да ће поступак за утврђивање родитељства бити прекинут на период од најмање две године. У сваком случају, када је одлука о захтеву за утврђивање родитељства повезана са оном о захтеву за оспоравање родитељства другог лица, прва не може ступити на правну снагу, све док друга не постане правноснажна. Уколико су испуњени услови за усвајање захтева за утврђивање порекла детета само у односу на једно лице, судском одлуком ће бити усвојен само тај захтев, док ће захтев који се односи на порекло детета у односу на друга лица бити одбачен. Ова одлука се може побијати само у целости.⁵⁷⁷ У овим поступцима, уобичајено је обављање

⁵⁷³ Вид. § 83 ст. 2 AußStrG.

⁵⁷⁴ Вид. § 83 ст. 4 AußStrG.

⁵⁷⁵ Вид. § 83 ст. 3 AußStrG.

⁵⁷⁶ Вид. § 83 ст. 5 AußStrG.

⁵⁷⁷ Вид. § 84 AußStrG.

медицинског вештачења, које подразумева давање одређених узорка на анализу. Сви учесници поступка су дужни да поступе по налогу за давање тих узорака, осим уколико би то проузроковало ризик за њихово здравље. О томе се доноси посебна одлука, која се може побијати жалбом. Суд мора одлучити о другим поузданим начинима за утврђивање порекла детета, уколико су разлози одбијања подвргавања медицинском вештачењу оправдани. Уколико, пак, неки учесник поступка без оправданог разлога одбија да учествује у обављању вештачења, може бити принуђен на то. Државни органи су дужни да суду пруже помоћ у томе, а све трошкове таквог поступања сносиће лице које их је проузроковало. Узимање неопходних узорака је могуће и након смрти одређеног лица.⁵⁷⁸

⁵⁷⁸ Вид. § 85 AußStrG.

Треће поглавље

Заснивање родитељства биомедицинским путем

1. Поступак биомедицински потпомогнутог оплођења – појам, врсте и општи услови

Непрекидни развој медицинске науке изнедрио је више могућности за стицање потомства изван полног односа, чиме је омогућено лицима која то желе да превазиђу потешкоће у вези са природним зачећем и, ипак, постану родитељи. Поступак биомедицински потпомогнутог оплођења⁵⁷⁹ (у даљем тексту: БПО) спроводи се у складу са правилима биомедицинске науке, у случају неплодности или када постоје медицинске индикације за очување плодности, а састоји се у спајању мушке и женске репродуктивне ћелије ради постизања трудноће на начин другачији од сношаја.⁵⁸⁰ Реч је, дакле, о једној од метода лечења неплодности⁵⁸¹ (постојеће или оне за коју се може претпоставити да ће јавити као последица развоја или лечења болести), која се примењује као крајње средство - онда када лечење другим поступцима није могуће или се може претпоставити да ће бити неуспешно.⁵⁸²

⁵⁷⁹ Паралелно са законским термином, у науци и свакодневном говору употребљавају се изрази: асистирана прокреација, асистирана репродукција, асистирана репродуктивна технологија, асистирана хумана прокреација, медицински асистирано родитељство (Прлаиновић Јовић, 2006: 88). Сваки од ових језичких склопова указује на рађање у коме осим мајке и оца учествује (помаже им) још неко лице, пре свега лекари одговарајуће специјалности. Ради постизања језичке разноврсности у раду ћемо употребљавати разне термине, а предност дати биомедицински потпомогнутог оплођењу и биомедицински потпомогнутог родитељству, јер сматрамо да, у духу српског језика, најбоље одражавају суштину установе коју означавају.

⁵⁸⁰ Вид. чл. 3 ст. 1 т. 1 ЗБМПО.

⁵⁸¹ У актима Светске здравствене организације неплодност је дефинисана као изостанак клиничке трудноће у току дванаест месеци редовних, незаштићених односа. Процене су да на свету има чак двадесет пет милиона неплодних људи. Коришћење биомедицинских техника оплодње од стране партнера који могу стећи потомство природним путем сматра се злоупотребом права на зачеће уз помоћ медицине (Ковачек Станић, 1996: 131-132).

⁵⁸² У питању је начело медицинске оправданости БПО из чл. 4 ЗБМПО. Поступак вантелесне оплодње изазива бројне расправе, између осталог, са становишта допуштености преимплантационе генетске дијагностике (ПГД). Реч је о медицинској процедури у којој се утврђује да ли ембрион има одговарајуће особине за имплементацију. Спорном је чини могућност сазнања пола детета у току њеног спровођења, што може имати велики медицински значај, будуће да се неке болести преносе само на лица одређеног пола, али може бити и (зло)употребљено ради избора пола детета само из социолошких разлога. Она је у највећем броју земаља (укључујући Србију) забрањена или је допуштена искључиво под строго дефинисаном медицинским условима, с изузетком Сједињених Америчких Држава (у даљем тексту: САД), где су могућности њене употребе веома широке.

У оквиру БПО, разликују се поступци унутар телесног (*in vivo*) и вантелесног (*in vitro*) оплођења. Унутар телесно оплођење се може спровести уношењем семених ћелија у полне органе жене и уношењем јајних ћелија заједно са семеним ћелијама у њене полне органе.⁵⁸³ Вантелесно оплођење јесте спајање јајних и семених ћелија изван тела жене у циљу стварања зигота, односно ембриона и преношење истих у њене полне органе.⁵⁸⁴ Семене ћелије које се уносе у јајоводе или материцу или се у епрувети спајају са јајном ћелијом могу потицати од брачног или ванбрачног партнера жене која овим путем жели да постане мајка (хомологна инсеминација) или од непознатог даваоца (хетерологна инсеминација). Давалаштво (даровање, донација) јајне ћелије подразумева узимање јајне ћелије жене даваоца, затим њено вантелесно оплођење и уношење тако насталог ембриона у материцу жене примаоца. Оплодњом дароване јајне ћелије семеним ћелијама даваоца настаје поступак донације ембриона. Највише расправа, међу свим техникама биомедицински потпомогнуте оплодње, изазива сурогат материнство.⁵⁸⁵ У овом поступку се користе јајна и семене ћелије супружника који не могу остварити потомство природним путем или донирани генетски материјал, да би затим оплођена јајна ћелија била пренета у материцу жене примаоца – сурогат мајке.

У сваком случају, обавезан је слободни пристанак, односно сагласност за учествовање у било ком поступку оплодње уз помоћ медицине.⁵⁸⁶ Такво решење је у складу са међународним стандардом о информисаном и слободном пристанку лица на које

⁵⁸³ Вид. чл. 13 ст. 2 т. 1 ЗБМПО.

⁵⁸⁴ Вид. чл. 13 ст. 2 т. 2 ЗБМПО.

⁵⁸⁵ Бордаш (2016:101) набраја питање неверства сурогат мајке у њеном браку, начин испуњења уговора о рађању за другог, питање брачног или ванбрачног порекла детета и родитељске одговорности сурогат мајке, као неке од спорних правних последица ове установе, којој ће бити посвећен посебан део рада, у наставку.

⁵⁸⁶ Вид. чл. 9 ЗБМПО. Усвајањем оваквог решења уважен је приговор који се могао чути у време важења ранијег закона - да је неприхватљиво да пристанак буде неопходан само када је у поступку БПО коришћен генетски материјал законске мајке, односно оца, не и донора (Ковачек Станић, 2011: 217). У пресуди ЕСЈП донетој у поменутом предмету *Evans v. the United Kingdom*, истакнут је значај слободног пристанка на спровођење поступка потпомогнуте оплодње. Наиме, подносиатељка се обратила европском суду због тога што су домаћи судови одлучили да уваже опозив сагласности за спровођење БПО од стране њеног бившег партнера, чија је последица била уништавање њихових замрзнутих ембриона. Подносиатељка је са бившим партнером приступила замрзавању генетског материјала због болести, а наведена одлука домаћих судова је значила да никада неће моћи да постане мајка. Суд је нарочито ценио њену жељу да се оствари у тој улози, али је, ипак, пресудио у корист принципа слободне воље, људског достојанства и правне сигурности, утврдивши да у конкретном случају нема места повреди права из чл. 8 ЕК. Наведено је и то да је другачије уређење ове ситуације могуће, али да у конкретном случају није нарушена равнотежа између супротстављених интереса. Вид. фн. 83, као и Бордаш, 2011: 319-324.

се односи одређени медицински захват.⁵⁸⁷ Сваки од учесника може повући пристанак до почетка коришћења дароване репродуктивне ћелије, односно ембриона. Када пристанак опозове само један од намераваних родитеља, сматра се да су се оба одустала од зачећа детета овим путем.⁵⁸⁸

Право на остваривање потомства биомедицинским путем немају сви, већ лица одређеног статуса и особина – супружници или ванбрачни партнери, а изузетно и пунолетна, пословна способна жена, која жели да родитељску функцију врши сама. Неплодни пар морају чинити жена и мушкарац који су навршили осамнаест година живота⁵⁸⁹, а нису лишени пословне способности. Они могу искористити репродуктивне ћелије које су раније издвојене из њиховог тела, јер је то начин да се осујети накнадна немогућност зачећа детета, услед смањења или губитка репродуктивне функције протеклом времена.⁵⁹⁰ Међу њима мора постојати заједница живота, онако како је то дефинисано Породичним законом.⁵⁹¹ Намеравани родитељи⁵⁹² морају бити способни да врше родитељску дужност, а то значи да су у таквом психосоцијалном стању да се разумно може очекивати да ће права и обавезе према детету остваривати у складу са законом и у најбољем интересу детета. Спорно је, међутим, ко ће, у ком поступку и на основу којих критеријума утврђивати испуњеност овог услова (Влашковић, 2017: 707-708, Цветић, 2011: 357).

⁵⁸⁷ Вид. чл. 2 Закона о потврђивању Конвенције о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине (позната и као Овиедо конвенција, а у даљем тексту: Конвенција о људским правима и медицини) и чл. 5 ове конвенције („Сл. гласник РС-Међународни уговори“, бр. 12/2010).

⁵⁸⁸ Вид. чл. 28 ст. 1 и чл. 39 ст. 1 и 3 ЗБМПО.

⁵⁸⁹ Ова старосна граница на страни намераваних родитеља је у потпуности оправдана, иако постоји законска могућност да се лица с навршених шеснаест година остваре у родитељској улози и самостално старају о својим потомцима. Треба имати у виду да је за вршење родитељског права неопходна одређена зрелост и животно искуство, а да су примери малолетних родитеља малобројни, тј. изузетни.

⁵⁹⁰ Вид. чл. 25 ЗБМПО.

⁵⁹¹ У вези с овим условом, основано се у теорији поставља питање шта ће бити уколико заједница живота престане након зачећа, а пре рођења детета. Конкретно, треба одговорити на питање како ће то утицати на стицање родитељског статуса и на вршење родитељског права (Бабић, 2015: 64). Мишљења смо да је претпоставка родитељског статуса над дететом рођеним уз помоћ биомедицине постојање заједнице живота у моменту спровођења одговарајућег поступка. Понашање намераваних родитеља након тог тренутка биће од правног значаја у поступку за уређење (евентуално и лишење) родитељског права, у коме се морају ценити све околности и донети одлука у најбољем интересу детета.

⁵⁹² Неретко се у домаћој литератури могу наћи примедбе поводом употребе ове синтагме. Бордаш је замењује речју *комитенти*, позивајући се на стране ауторе (Бордаш, 2012: 99).

У закону који је важио до 2017. године⁵⁹³, опште здравствено стање и године живота су били издвојени као критеријуми на које нарочито треба обратити пажњу приликом укупне оцене способности намераваних родитеља да се на одговарајући начин старају о детету. У ситуацији када је жена желела да постане самостални родитељ, захтевано је одобрење министара здравља и породичне заштите, који би ценили постојање нарочито оправданих разлога за то. Овакво решење је у теорији преиспитивано, јер би уместо овлашћених министара о томе могао да одлучује суд (Цветић, 2011: 359).⁵⁹⁴ Била је прописана забрана за жену која је у тим годинама и таквог општег здравственог стања да не би било примерено да постане мајка или није способна да рађа.⁵⁹⁵ У литератури није појашњено шта се подразумевало под *нарочито оправданим* разлозима због којих је жени која живи сама требало одобрити да путем БПО постане самохрани родитељ. Има мишљења да су се они сводили на услове медицинског карактера и да су се односили на постојећу или претећу неплодност. То је даље значило да се под оправданим разлозима није могла подразумевати хомосексуална оријентација, уколико је жена са медицинског аспекта била способна за зачеће (Живојиновић, 2011: 281, Кандић Поповић, 2012: 195).

Поред наведених, за парове чија се оплодња финансира из буџетских средстава важе додатни услови. Према Упутству за спровођење лечења неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења⁵⁹⁶, донетом од стране Фонда за здравствено осигурање, критеријуме за бесплатне поступке БПО у Србији утврђује Републичка стручна комисија за БПО, под окриљем министарства здравља. Осим уобичајених услова који се тичу неплодности која не може бити излечена на други начин, истиче се да заинтересовани брачни/ванбрачни партнери могу учествовати у овим поступцима ако немају потомство из постојеће заједнице. Жена мора да задовољи услов да није навршила четрдесет две године живота у моменту добијања потврде о испуњености услова, да има

⁵⁹³ У питању је Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2009, у даљем тексту: ЗЛНПБПО.

⁵⁹⁴ Цитирана ауторка сматра да су жене које из било ког разлога немају партнера дискриминисане у односу на друге правне субјекте, тиме што им је право на коришћење поступака БПО значајно сужено. Она наводи и пример из руског права у коме се непостојање партнера подводи под медицинске импликације примене поменутих поступака. Даље истиче да и мушкарцима који живе сами треба омогућити да постану родитељи посредством сурогат мајке, јер је боље засновати макар једнородитељску породицу, него да дете уопште не буде зачето.

⁵⁹⁵ Вид. чл. 26 ЗЛНПБПО.

⁵⁹⁶ Упутство бр. 450-3620/17-2 од 18.06.2018. год. Преузето 21.12.2018. <http://sansazaroditeljstvo.org.rs/wp-content/uploads/2018/06/Uputstvo-BMPO-JUN-2018.pdf>.

очувану функцију јајника и нормални индекс телесне масе (мање од тридесет). На страни мушкарца морају постојати живи или морфолошки исправни сперматозоиди.⁵⁹⁷

У црногорском праву област биомедицински потпомогнуте оплодње је уређена Законом о лечењу неплодности асистираним репродуктивним технологијама⁵⁹⁸. Право на ову врсту лечења има брачни/ванбрачни пар, тј. жена и мушкарац који на тренутном нивоу медицинске науке не могу остварити потомство ни природним полним односом ни другим методама лечења. На овај начин се може избећи и преношење тешке наследне болести на дете.⁵⁹⁹ Жена која живи без партнера може покренути поступак БПО уз одобрење министра здравља.⁶⁰⁰ Ово њено право је искључено, ако није у старосној доби примереној за рађање или је према општем здравственом стању неспособна за рађање⁶⁰¹, што процењује одбор надлежне медицинске установе.⁶⁰² Осим што морају бити пунолетни и пословно способни, намеравани родитељи морају бити и у таквој старосној доби која омогућава вршење родитељских дужности, подизање, васпитање и оспособљавање детета за самостални живот. Њихово психосоцијално стање мора бити залога правилног и потпуног развоја детета.⁶⁰³

Према хрватском Закону о медицински помогнутој оплодњи⁶⁰⁴ поред брачног статуса, односно живота у ванбрачној заједници захтева се и такво животна доба и опште здравствено стање да се може очекивати да су корисници услуга БПО способни да се старају о детету. Одредба о праву жене која живи сама је много прецизнија од паралелне одредбе из српског права, али изазива и више расправа. Није остављено много места за различита тумачења, јер су уместо правног стандарда *нарочито оправдани разлози*, таксативно дефинисани неопходни услови. То су, најпре, одговарајућа животна доб и опште здравствено стање, али и чињеница да намеравана мајка није у брачној, ванбрачној или истополној заједници. Тиме су отклоњене евентуалне недоумице у погледу права

⁵⁹⁷ Вид. Одељак I Упутства за спровођење лечења неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења.

⁵⁹⁸ „Сл. лист Црне Горе“, број 74/2009. У даљем тексту: ЗЛНАРТ.

⁵⁹⁹ Вид. чл. 11 ст. 1 и 2 ЗЛНАРТ.

⁶⁰⁰ Вид. чл. 11 ст. 3 и 4 ЗЛНАРТ.

⁶⁰¹ Сматрамо бољим решењем прописивање јасне старосне границе, налик оној за заснивање усвојења, о коме ће бити више речи у одговарајућем делу рада.

⁶⁰² Вид. чл. 12 ст. 3 и 4 ЗЛНАРТ.

⁶⁰³ Вид. чл. 12 ст. 1 ЗЛНАРТ.

⁶⁰⁴ „Народне новине“, 86/2018. Преузето 22.12.2018. <https://www.zakon.hr/z/248/Zakon-o-medicinski-pomognutoj-oplodnji>.

жене хомосексуалног опредељења да постане родитељ на овај начин. Намеравана мајка мора бити пунолетна и пословно способна у сфери давања изјава које се односе на лична стања. Она претходно мора покушати са другим методама лечења, па тек уколико се оне покажу као безуспешне или се може претпоставити да ће се њихова примена тако окончати, може приступити биомедицински потпомогнутој оплодњи.⁶⁰⁵ Истим законом је прописано и у којим случајевима Хрватски завод за здравствено осигурање (ХЗЗО) сноси трошкове поступака БПО. Право да поднесе такав захтев овој установи има жена до навршене четрдесет две године живота, под условом да се не могу применити остале методе лечења. По одлуци лекара, заснованој на постојању нарочито оправданих медицинских разлога, таква могућност ће бити пружена и старијој особи.⁶⁰⁶ Средствима обезбеђеним од стране ХЗЗО финансира се највише четири покушаја унутар телесне и шест покушаја вантелесне оплодње, при чему два покушаја морају бити у природном циклусу.⁶⁰⁷ Специјалиста гинекологије и акушерства са субспецијализацијом из области хумане репродукције мора упозорити пацијенткињу старију од четрдесет две године и ону чији су тестови неповољни на све ризике лечења и трудноће и ризике за дете.⁶⁰⁸

У руском праву, одредбом из чл. 55 Закона о основама заштите здравља грађана Руске Федерације⁶⁰⁹, одређен је круг лица и услови које она морају задовољити у домену потпомогнутих репродуктивних технологија. Медицинску помоћ у том смислу може затражити неплодни пар, брачни или ванбрачни, као и жена без партнера, под условом да су обавештени о поступку који их очекује и да су се у писаној форми сагласили са његовим спровођењем.⁶¹⁰ Ове методе не могу се користити с циљем избора пола детета, осим ако је то неопходно да би се спречило преношење наследних болести повезаних са том карактеристиком.⁶¹¹ Даваоци полних ћелија морају бити стари између осамнаест и

⁶⁰⁵ Вид. чл. 10 ст. 1,2 и 3 ЗМПО РХ.

⁶⁰⁶ Вид чл. 10 ст. 4 ЗМПО РХ.

⁶⁰⁷ Вид. чл. 10 ст. 5 ЗМПО РХ.

⁶⁰⁸ Вид. чл. 10 ст. 7 ЗМПО РХ.

⁶⁰⁹ *Федералный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации"*. Преузето 22.12.2018. <https://www.rosminzdrav.ru/documents/7025-federalnyy-zakon-ot-21-noyabrya-2011-g-323-fz-ob-osnovah-ohrany-zdorovya-grazhdan-v-rossiyskoy-federatsii>.

⁶¹⁰ Вид чл. 55 ст. 3 ЗОЗЗГРФ.

⁶¹¹ Вид чл. 55 ст. 4 ЗОЗЗГРФ. Истоветно правило је садржано и у Конвенцији о људским правима и медицини (Вид. чл. 14).

тридесет пет година, физички и психички здрави, а морају бити подвргнути и медицинско-генетским истраживањима.⁶¹²

2. Давалаштво репродуктивних ћелија и ембриона

Уколико до зачећа не може доћи употребом репродуктивних ћелија једног од супружника или ванбрачних партнера и ако су претходни поступци БПО били неуспешни, наредни могу бити предузети уз употребу дарованих репродуктивних ћелија. Реч је о начину превазилажења неплодности узроковане нефункционалношћу или смањеном функцијом јајника или тестиса. Туђе јајне или семене ћелије су неопходне и онда када се жели спречити преношење тешких наследних болести на дете. Употреба дарованих репродуктивних ћелија је могућа само код једног супружника или ванбрачног партнера, односно жене која живи сама.⁶¹³ Да би се овај поступак БПО спровео, неопходно је да такав предлог лекара специјалисте гинекологије и акушерства одобри стручна саветодавна комисија, у чији састав улазе субспецијалиста из области фертилитета и стерилитета, ембриолог, дипломирани психолог и дипломирани правник.⁶¹⁴ Репродуктивне ћелије једног даваоца, односно ембрион настао спајањем генетског материјала једног пара супружника или ванбрачних партнера, могу бити употребљени за оплодњу једног пара или жене која живи сама. Уколико поступак зачећа буде успешан, преостале репродуктивне ћелије истог даваоца могу бити употребљене само за оплодњу истог пара, односно жене. Ако пак поступак зачећа уз помоћ дарованих репродуктивних ћелија, односно ембриона не успе, овај генетски материјал се може употребити за оплодњу следећег пара или жене.⁶¹⁵ По законској дефиницији, даваоци ембриона јесу брачни или ванбрачни партнери, који су одустали од употребе свог ембриона, насталог за потребе њихове оплодње.⁶¹⁶ Давалаштво репродуктивних ћелија и ембриона је у домаћем правном поретку у потпуности доброчиног карактера, а сваки вид његове комерцијализације (нуђење, односно даривање ради стицања имовинске користи, трговина, као и

⁶¹² Вид чл. 55 ст. 7 ЗОЗЗГРФ.

⁶¹³ Вид. чл. 29 ЗБМПО.

⁶¹⁴ Вид. чл. 31 ЗБМПО.

⁶¹⁵ Вид. чл. 30 ЗБМПО.

⁶¹⁶ Вид. чл. 35 ст. 1 ЗБМПО.

посредовање у овим активностима) јесте забрањен и санкционисан казном затвора од две до десет година.⁶¹⁷ Оно је могуће само на основу изричитог писаног пристанка даваоца, односно оба супружника или ванбрачна партнера.⁶¹⁸ Изјава о пристанку је опозива, па се, без навођења разлога, пристанак може повући до отпочињања са употребом дарованог генетског материјала. Када је реч о дарованом ембриону, повлачење пристанка макар једног од партнера проузроковаће обуставу овог БПО поступка.⁶¹⁹

Основна правна последица употребе овог метода састоји се у настанку сукоба два родитељства. Наиме, поред жене која је родила дете и која се по правилима Породичног закона сматра дететовом мајком, поставља се питање материнства жене чија је јајна ћелија учествовала у поступку оплођења. Поменути сукоб постоји само на теоријском нивоу, јер је законско решење изричито и не одступа од општих правила о материнству и очинству. Дакле, у случају зачећа детета донацијом јајне ћелије, мајком се сматра жена која га је родила⁶²⁰, а оцем њен муж или ванбрачни партнер⁶²¹. Оцем детета зачетог уз биомедицинску помоћ, па и путем донације семених ћелија, сматра се брачни или ванбрачни партнер мајке, под условом да се са спровођењем овог поступка писаним путем сагласио.⁶²² Очинство овог лица се не може оспоравати, али ако дете заправо није зачето на овај начин, мушкарац који се сматра оцем може побијати ту претпоставку.⁶²³ Законом је искључена могућност утврђивања материнства и очинства даваоца јајне ћелије, односно

⁶¹⁷ Вид. чл. 32, 33 и 64 ЗБМПО.

⁶¹⁸ Вид. чл. 38 ЗБМПО.

⁶¹⁹ Вид. чл. 39 ЗБМПО.

⁶²⁰ Вид. чл. 57 ст. 1 ПЗ.

⁶²¹ Вид. чл. 58 ст. 1, 2 ПЗ. Решења из Породичног закона о правном статусу детета рођеног уз помоћ дозвољених поступака БПО непосредно су се одразила на комплементарна правила наследног права. Законом о наслеђивању („Сл. гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015, у даљем тексту: ЗОН) није одвојено уређен наследноправни положај детета зачетог уз помоћ биомедицине. Међутим, одредбом из чл. 3 ст. 1 и 2 ЗОН прописано је да наследити може онај ко је жив у тренутку делације, али и дете које још увек није рођено, већ само зачето у време оставиоачеве смрти, под условом да се роди живо. Имајући у виду правила о законском наслеђивању и норме о породичном статусу детета, закључујемо да у случају рођења детета уз помоћ неког од поступака БПО (укључујући даровање репродуктивне ћелије или ембриона), оно наслеђује жену која га је родила и њеног брачног/ванбрачног партнера, који је дао пристанак за биомедицинску оплодњу или је признао, односно није оспорио своје очинство или је оно утврђено судском одлуком, као и њихове сроднике.

⁶²² Вид. чл. 58 ст. 1 и 2 ПЗ.

⁶²³ Вид. чл. 58 ст. 3 и 4 ПЗ и ст. 4 Алтернативе из Преднацрта. Имајући у виду општу претпоставку о материнству и очинству, која ће деловати онда када нису испуњени услови за стицање статуса родитеља биомедицинским путем, сматрамо да није било нужно прописивати и на овом месту да биолошки отац може оспоравати очинство засновано на закону, доказујући да је дете зачето природним путем.

семене ћелије.⁶²⁴ Приметно је одсуство правила уобичајеног у упоредном праву, по коме се очинство и материнство могу оспоравати ако је поступак БПО спроведен без пристанка његових учесника. Међутим, како је одобрење непосредно заинтересованих лица изричито елемент претпоставке о очинству, односно материнству детета зачетог уз биомедицинску помоћ, мишљења смо да ће његов изостанак поништити ову претпоставку, па ће применом општих правила, оспоравање очинства или материнства свакако бити могуће. Слични правни аспекти карактеришу и поступак донације ембриона. У том случају, научници такође могу расправљати о улози давалаца генетског материјала у поимању породичног статуса детета. Међутим, ове расправе такође могу постојати само на теоријском нивоу, јер, као и у претходном случају, опште претпоставке материнства и очинства нису компромитоване, па се може сматрати, као и обично, да је мајка жена која је родила дете, а да је дететов отац њен супружник, односно ванбрачни партнер. Одредбом из чл. 40 ЗБМПО је додатно прописано да даваоци немају никаквих права ни обавеза према деци зачетој уз помоћ дарованих ћелија или ембриона.

За разлику од важећег, законски текст из 2009. године, посвећен БПО, садржао је одељак о материнству и очинству детета рођеног на тај начин. Њиме је било потврђено правило да је мајка детета жена која га је родила.⁶²⁵ Ако је дете зачето биомедицинским путем, по овом закону, мајком се сматрала жена која носи или је носила фетус као резултат стављања ембриона, сперме или јајних ћелија у њену материцу.⁶²⁶ Оцем детета се сматрао њен муж или ванбрачни партнер, уколико је дао писани пристанак за коришћење његових семених ћелија у поступку БПО.⁶²⁷ Материнство утврђено у складу са овим правилима није се могло оспоравати, ако је мајка пристала на спровођење поступка БПО са њеним јајним ћелијама, тј. тако зачетим ембрионом. Ако је коришћена јајна ћелија донора, било је забрањено утврђивати материнство те жене.⁶²⁸ Уколико би претпостављени отац основано сумњао да није биолошки отац, зато што у поступку БПО

⁶²⁴ Вид. чл. 57 ст. 2 и чл. 58 ст. 5 ПЗ. У Преднацрту је понуђена Алтернатива по којој се може оспоравати законска претпоставка материнства, ако је јајна ћелија тужиље без њеног пристанка искоришћена за оплодњу (Вид. чл. 2271). Алтернативу садржи и члан у коме су изложене одредбе о очинству детета зачетог биомедицинским путем, па је предвиђена могућност оспоравања законске претпоставке очинства, уколико мајчин супружник или партнер није дао писани пристанак за зачеће уз помоћ семених ћелија другог мушкарца (Вид. ст. 3 Алтернативе из чл. 2283 Преднацрта).

⁶²⁵ Вид. чл. 65 ст. 2 ЗЛНПБПО.

⁶²⁶ Вид. чл. 65 ст. 1 ЗЛНПБПО.

⁶²⁷ Вид. чл. 66 ст. 1 ЗЛНПБПО.

⁶²⁸ Вид. чл. 65 ст. 2,3 ЗЛНПБПО.

нису коришћене његове семене ћелије, законом му је била дата могућност да наведену претпоставку оспорава. Није се могло утврђивати очинство донора семене ћелије.⁶²⁹

У позитивном хрватском праву такође нема спора о овом питању, јер нема могућности за различита тумачења одредбе по којој се мајком детета зачетог помоћу дароване јајне ћелије или дарованог ембриона сматра жена која га је родила.⁶³⁰ Реч је о оборивој правној претпоставци важећој под условом да је прибављен пристанак свих заинтересованих лица, у складу са одредбама закона којим су уређени поступци биомедицински потпомогнуте оплодње. Уколико овај услов није задовољен, право на оспоравање правног материнства има жена која је уписана у матичну књигу рођених и она која себе сматра мајком.⁶³¹ Очинство се у овом случају утврђује по истом принципу као и код природног зачећа, али се може оспоравати ако није био обезбеђен пристанак за спровођење биомедицинског поступка, у складу са законским одредбама.⁶³² Мушкарац чији је генетски материјал (зло)употребљен, тиме што је без његовог пристанка коришћен приликом зачећа детета, може оспоравати очинство правног оца у року од шест месеци од сазнања за ову чињеницу, а најкасније до седме године живота детета.⁶³³ У законском тексту из 2003. год. видљив је сличан приступ уређењу овог питања. Најпре је на посредан начин било потврђено важеће опште претпоставке о очинству и материнству. Затим је био прописан пристанак заинтересованих лица као додатни услов.⁶³⁴ Мужу мајке је било гарантовано право оспоравања свог очинства ако је дете зачето биомедицинским путем, семеним ћелијама другог мушкараца, без његовог пристанка.⁶³⁵ Исто право имала је и правна мајка која се није сагласила са оплодњом уз употребу јајне ћелије друге жене, као и биолошка мајка која није одобрила употребу своје јајне ћелије, под условом да је истом приликом захтевала утврђење свог материнства.⁶³⁶ Отац и мајка су могли да поднесу тужбу у субјективном року од шест месеци, а најкасније до дететове седме године живота. Субјективни рок није могао да почне да тече пре рођења детета.⁶³⁷

⁶²⁹ Вид. чл. 66 ст. 2, 3 ЗЛНПБПО.

⁶³⁰ Вид. чл. 82 ст. 1 ОЗ РХ.

⁶³¹ Вид. чл. 82 ст. 2 и 3 ОЗ РХ.

⁶³² Вид. чл. 83 ст. 1 ОЗ РХ.

⁶³³ Вид. чл. 83 ст. 4 и 5 ОЗ РХ.

⁶³⁴ Вид. чл. 85 ОЗ РХ (2003.).

⁶³⁵ Вид. чл. 86 ст. 1 ОЗ РХ (2003.).

⁶³⁶ Вид. чл. 86 ст. 2 и 3 ОЗ РХ (2003.).

⁶³⁷ Вид. чл. 86 ст. 4 и 5 ОЗ РХ (2003.).

Одредбама ЗБМПО прописан је низ превентивних мера, чији је задатак да сведу на најмању меру могуће негативне последице зачећа донираним репродуктивним ћелијама или ембрионом. Пре свега, обавезно је похађање правног и психосоцијалног саветовања. Психосоцијалним саветовањем руководе лекари специјалисти, који треба да укажу на друге могућности лечења неплодности, на слободу напуштања процеса лечења, као и на друге начине за остварење родитељске улоге, попут усвојења. Дипломирани психолог ће неплодном пару, односно жени предочити психолошке изазове, а дипломирани правник правне последице подвргавања овом поступку.⁶³⁸

3. Суругат материнство

3.1. Општи појмови

У сфери биомедицински потпомогнутог оплођења највише спорова изазива суругат материнство⁶³⁹. То је последица очигледног несклада који се јавља у овом случају, јер је намера свих учесника да родитељи постану друга лица, а не жена која је родила дете и њен брачни или ванбрачни супружник. Другим речима, суругат материнство карактерише сукоб између биолошких чињеница и воље заинтересованих лица. Оно представља правни однос заснован на уговору којим се једна жена - суругат мајка обавезује да одржава трудноћу и да роди дете, зачето биомедицинским путем, као и да га потом преда другој уговорној страни - намераваним родитељима, који се пак обавезују да прихвате дете и да суругат мајци надокнаде трошкове проузроковане трудноћом и порођајем, а у извесним

⁶³⁸ Вид. чл. 26 ст. 1,2,3,4 и 5 ЗБМПО.

⁶³⁹ Као синоними, употребљавају се и изрази: суругација, суругат родитељство, суругат трудноћа, рађање из услуге, рађање за другог, најам трбуха (Јовић, 2005: 22). Мишљења смо да се термином суругат материнство нагласак ставља на жену која за другог рађа дете, што је оправдано са становишта њене кључне улоге за настанак родитељскоправног односа. Међутим, како овај однос обухвата и намеравану мајку, њеног партнера и, наравно, дете које је родила суругат мајка, мишљења смо да је прикладније користити израз суругат родитељство. Заправо се може рећи да у овом случају постоји својеврстан језички спор, јер је српском језику примеренија реч замена, уместо речи суругација. Међутим, док се у извесном смислу може рећи да жена која рађа дете замењује другу жену, која жели, али из биолошких разлога не може да постане мајка, исто се не може казати и за намераваног оца. Чини се да би одговарајуће значење имала синтагма *замена за рађање*, али је, ипак елегантнији израз суругат материнство или суругат родитељство. Ми ћемо у раду, углавном, употребљавати израз суругат материнство, јер је његова употреба најраспрострањенија. У сваком случају, сматрамо да треба користити термине намеравани родитељи, а не наручиоци, односно избегавати термине закуп или најам трбуха. Иако смо свесни да они недвосмислено указују на извесне елементе суругат материнства, треба имати у виду сву осетљивост породичноправних односа и због тога их одбацити као непримерене.

случајевима и да исплате одређени новчани износ. Дефинисање ове установе представља велики изазов за све који се баве правном науком, из више разлога. Реч је, најпре, о институту савременог права, недовољно примењиваном и проучаваном. Осим тога, уобичајене су тзв. *за* и *против* расправе, тј. дилеме о томе да ли сурогат материнство уопште треба да буде допуштено, што за последицу има у тој мери различита правила, да су поједини његови елементи у неким правима суштински, а у другим сасвим искључени.

У правним поретцима у којима је допуштено рађање за друго лице, мајком детета се не сматра жена која је родила дете, већ она која има намеру да брине о њему, да га подиже, васпитава и у свему осталом остварује улогу родитеља. У оним правима у којима је овај начин заснивања родитељства забрањен, претпоставка материнства важи без изузетка, па се мајком сматра жена која је родила дете, без обзир на вољу других лица да постану његови родитељи. Број правних поредака у којима је сурогат материнство прихваћено, и то као последње средство лечења неплодности, много је мањи од броја земаља чијим је породичноправним нормама оно забрањено. Примера ради, рађање за другог допуштено је у Русији, Украјини, Грчкој, Македонији, Канади, Великој Британији, неким од земаља у саставу САД-а.

У српском праву сурогат материнство је изричито забрањено. Одредбом из чл. 49 ст. 1 т. 18 ЗБМПО, прописана је забрана учешћа у процесу зачећа жене која има намеру да после рођења уступи дете трећем лицу, без обзира да ли то чини са или без накнаде.⁶⁴⁰ Изричито је забрањено и нуђење такве услуге од стране било ког лица.⁶⁴¹ Одређене радње у овом процесу повлаче кривичну одговорност њихових извршилаца. Тако казна затвора од три до десет година прети лицу које у поступак БПО укључи жену која намерева да дете уступи трећем лицу, са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања материјалне или нематеријалне користи или које нуди услуге сурогат мајке од стране жене или било ког другог лица са или без плаћања било какве накнаде, односно остваривања материјалне или нематеријалне користи. Тежи облици дела постоје када је оно учињено према малолетној жртви или је наступила тешка телесна повреда или смрт даваоца репродуктивних ћелија, односно ембриона. У првом случају прописана је казна затвора од

⁶⁴⁰ Овакво решење, односно забрана сурогат материнства уопште, у теорији се негативно оцењује и са становишта дискриминације засноване на полу. Уочава се, наиме, да су сви видови лечења мушке неплодности дозвољени, а да се поменутом забраном жене лишвају једног од начина за решавање истог здравственог проблема (Видић Трнинић, 2015: 1165).

⁶⁴¹ Иста правила су важила и пре доношења ЗБМПО (Вид. чл. 56 ст. 1 т. 25 ЗЛНПБПО.).

три до дванаест, у другом од пет до петнаест, а у трећем случају од најмање петнаест година.⁶⁴² Казна затвора од најмање десет година биће изречена лицима која се баве извршењем овог кривичног дела или су га извршила у организованој групи.⁶⁴³ С друге стране, у Преднацрту су предложена правила о разним аспектима рађања за другог, при чему је остављена могућност како другачијег уређења ове установе у будућој српској кодификацији, тако и њеног уређења *lex specialis*-ом⁶⁴⁴. Осим тога, имајући у виду званичне податке о броју неплодних парова, по нашем мишљењу, важно је да се преиспитају сви могући начини да се лицима која то желе, а природним путем не могу, омогући да постану родитељи. Она би сигурно била у бољем положају, уколико би бар знала какве су могућности и последице у вези са овим методом заснивања породице.⁶⁴⁵ Због тога, као и због бројних спорних елемената, установи сурогат материнства треба посветити посебну пажњу.

Као што смо напоменули, у домаћем праву је на снази забрана сурогат материнства, па се породичним статусом детета рођеног применом овог института можемо бавити само *de lege ferenda*, тј. са становишта правила предложених у Преднацрту. Према њима, мајком детета рођеног од стране сурогат мајке сматра се не та, већ жена која има намеру да се стара о њему, без обзира на то да ли су приликом оплодње коришћене њене јајне ћелије. Оцем се сматра њен муж или ванбрачни партнер, без обзира на то да ли је његовим оплодним ћелијама оплођена сурогат мајка. Реч је о материнству и

⁶⁴² Вид. чл. 66 ст. 1, 2, 3 ЗБМПЈО. Казнене одредбе ЗЛНПБПО прописивале су да се у случају смрти донора, учиниоцу мора изрећи затворска казна од најмање десет година.

⁶⁴³ Вид. чл. 66 ст. 4 ЗБМПЈО. Најмања мера казне за овај квалификовани облик дела је повећана, јер је она раније износила пет година (Вид. чл. 73 ст. 4 ЗЛНПБПО). Слична правила, иначе, постоје и у црногорском праву. Одредбом из чл. 13 ЗЛНАРТ прописано је недвосмислено да сурогат материнства није могуће, тј. да није дозвољен договор да се дете после рођења, уз накнаду или без ње, уступи трећем лицу.

⁶⁴⁴ Ми се опредељујемо за доношење посебног закона, с циљем свеобухватног уређења сурогат материнства. Грађански законик би требало само да упућује на одговарајући законски пропис, у делу посвећеном породичноправним односима, прецизније породичном статусу детета. Грађанска кодификација, по нашем мишљењу, не сме бити предмет честих измена, а правила о рађању за другог зависе од напретка медицине, који је непрекидан. Реч о младој установи, па се може и због тога очекивати да ће нека правила врло брзо бити мењана или допуњавана. Осим тога, иако је са правног аспекта најзначајније питање породичног статуса детета рођеног од стране сурогат мајке, приликом уређења овог, као и свих осталих поступака биомедицински потпомогнуте оплодње, треба решити велики број питања из домена медицинске науке, којима је место пре у посебном пропису, него у општем законнику. Сматрамо да би јединствено уређење поступака БПО посебним законом, погодновало и интересима њихових учесника, јер би на једном месту могли да пронађу све неопходне информације за доношење одговарајуће одлуке.

⁶⁴⁵ Треба имати у виду и чињеницу да се према скорашњим истраживањима, која су обухватила читаву Европу, Србија налази на високом једанаестом месту по броју обављених биомедицинских поступака, с циљем зачећа детета (Präg, Mills, 2017).

очинству које почива на вољи, тј. о *намераваном родитељству*. Чак и када су у поступку зачећа искоришћене оплодне ћелије само једног од намераваних родитеља, породични статус детета се не може оспоравати. Мада је ово правило врло јасно, изричито је стипулисано да је правна претпоставка о материнству сурогат мајке (као жене која је родила дете) и њеног партнера без дејства.⁶⁴⁶ Ако је у пријави рођења наведено да је у питању сурогат материнство, у матичну књигу рођених се уписују подаци о намераваним родитељима, по редовним правилима о упису чињенице материнства, односно очинства. Изостало је образложење због чега је прихваћен најједноставнији и због тога у упоредном праву не тако чест начин стицања родитељског статуса намераване мајке, односно оца. У делу теорије је изражен став да је моменат стицања родитељског статуса требало везати за чин предаје детета намераваним родитељима (Бабић, 2015: 64).⁶⁴⁷

Према правилима из Преднацрта, сурогат материнство је допуштено изузетно, тј. само ако су испуњени одређени услови, правног и медицинског карактера. Овај поступак БПО почива на уговорном односу заинтересованих лица, па је већ по томе очигледно да је реч о нетрадиционалном институту, који не почива на императивним прописима, уобичајеним у породичном праву. Реч је о именованом уговору, сликовитог назива – уговору о рађању за другог.⁶⁴⁸ Уговорне стране јесу жена која се њиме обавезује да роди дете (сурогат мајка) и супружански или ванбрачни пар (намеравани родитељи), коме ће то дете бити уступљено по рођењу.⁶⁴⁹ Уколико је сурогат мајка у браку, услов пуноважности наведеног уговора је и сагласност њеног супружника.⁶⁵⁰ Ванбрачни партнери нису поменути, па има мишљења да је у духу изједначености брачне и ванбрачне заједнице исто требало прописати и за њих (Видић Трнинић, 2015: 1168). Имајући, ипак, у виду да недоумице у погледу породичног статуса детета рођеног на основу овог уговора, услед

⁶⁴⁶ Вид. чл. 2272 Преднацрта. Бордаш (2015:989) исправно закључује да претпоставка материнства у овом случају спада у правне фикције.

⁶⁴⁷ То би био својеврстан *modus acquirendi* – начин стицања родитељског права, по аналогији са правилом о предаји ствари као начину стицања права својине на њој. Управо због те аналогије нам се чини да је наведено становиште неприхватљиво у сфери сурогат материнства и да је решење преложено у Преднацрту, ипак, прикладније.

⁶⁴⁸ Овај назив сматрамо подесним, јер је у складу са нашим већ израженим ставом о постојећим споровима о термину сурогат материнство.

⁶⁴⁹ Имајући у виду непромењено поимање брака и ванбрачне заједнице, тј. чињеницу да су истополне заједнице остале изван нормативних оквира, јасно је да намеравани родитељи могу бити само хетеросексуални партнери.

⁶⁵⁰ Вид. чл. 2273 ст. 2 Преднацрта.

претпоставке брачног очинства, у већој мери погађају супружника, него ванбрачног партнера сурогат мајке, мишљења смо да предложено решење није дикриминаторско.

3.2. Уговор о рађању за другог

3.2.1. Појам и дејство

Уговором о рађању за другог сурогат мајка се обавезује да роди дете и да га потом преда намераваним родитељима, који се, пак, обавезују да преузму дете, без обзира на његов пол и особине. Имајући у виду сложеност његових последица, закључењу овог уговора се може приступити само ако зачеће детета није могуће природним путем (полним односом) или неким другим биомедицинским поступком. Намеравани родитељи могу затражити помоћ сурогат мајке и уколико је природно зачеће могуће, али је скопчано са великим процентом ризика од преношења наследних болести на дете. Испуњеност овог услова намеравани родитељи доказују одговарајућом медицинском документацијом, као што морају приложити и доказе о задовољавајућем здравственом стању сурогат мајке, али и о обраћању психолошком саветовалишту, као неопходној фази у процесу припреме за сурогат материнство.⁶⁵¹

Уговор о рађању за другог је строго формалан уговор, па мора бити закључен у писаној форми и оверен од стране надлежног лица. Орган овере није јавни бележник, као код других породичноправних уговора, већ суд. То указује на жељу творца предложеног решења да се закључењу овог уговора приступа са посебном озбиљношћу и да његову исправност проверава најторитативнији од понуђених органа. Поступајући судија је обавезан да упозори уговорне стране на последице закључења овог уговора, од којих је свакако најзначајнија та да се мајком неће сматрати жена која је родила дете. Осим тога, одлучујући о томе да ли ће предметни уговор оверити или не, провериће да ли су за

⁶⁵¹ Вид. чл. 2273 Преднацрта. Видић Трнинић (2015:1167) основано указује да је услов који се тиче исцрпљености свих других биомедицинских поступака недовољно прецизан, јер није наведен број неуспешних поступака оплодње након којих ће се сматрати да је овај захтев задовољен. Иста ауторка наводи да је требало изричито навести и то да да ће право на коришћење услуга сурогат мајке имати и жена која је у стању да зачне, али не и да роди дете.

његово закључење испуњени услови медицинског карактера и да ли је уговорена сразмерна новчана накнада.⁶⁵²

Основне уговорне обавезе сурогат мајке се састоје у томе да одржава трудноћу, да роди дете и да га потом преда намераваним родитељима. Уговором могу бити обухваћене и друге њене дужности, попут оне да води здрав начин живота, у складу са лекарским упутствима, да се уздржава употребе алкохола, дувана, опијата, да редовно контролише своје здравље и сл. С друге стране, намеравани родитељи се, пре свега, морају обавезати да преузму дете које је родила сурогат мајка. Они не могу одбити испуњење ове чинидбе позивајући се на то да је дете другачијег пола од оног који су желели или да нема особине које су очекивали. Њихова уговорна обавеза не престаје ни ако су у тренутку рођења детета брак или ванбрачна заједница престали. У Преднацрту нису прецизирани начин и време предаје, што је пожељно имајући у виду везаност детета за мајку у периоду дојења (Бабић, 2015: 62). У сваком случају, ако сурогат мајка или намеравани родитељи одбију да добровољно предају, односно преузму дете, биће неопходна интервенција суда. У погледу рока у коме овлашћена лица могу покренути судски поступак, постоје два предлога; по једном би он износио три, а по другом шест месеци од порођаја.⁶⁵³ Стручњаци који су радили на изради текста Преднацрта оставили су могућност да се сурогат мајци дозволи да одржава контакт са дететом које је родила. Она ће имати ово право, а намеравани родитељи обавезу да је у томе не узнемиравају, само ако буде процењено да је то у најбољем интересу детета.⁶⁵⁴ Намеравани родитељи имају важно право да захтевају прекид трудноће, ако је медицинским истраживачким методама утврђено да ће дете бити рођено са тешким телесним или душевним недостацима. Сурогат мајка, пак, ужива правну заштиту уколико би услед трудноће могло бити угрожено њено здравље. Она, у том случају, има право на прекид трудноће, под условом да лекари одговарајуће струке утврде да се не може на други начин спасити њен живот или отклонити тешко нарушавање њеног здравља.⁶⁵⁵ Како у Преднацрту није понуђено другачије решење, сурогат мајка ће, према

⁶⁵² Вид. чл. 2274 Преднацрта. У теорији је исказан став да би уговор о рађању за другог могао бити закључен у форми јавнобележничког записа, који би морао обухватати изјаву о томе да су уговорне стране поучене о садржини и правним последицама овог уговора, као и да су упозорене да су њихове изјаве евентуално нејасне, неразумљиве или двосмислене, односно да су при таквим изјавама, и поред упозорења, остале (Бабић, 2015: 61).

⁶⁵³ Вид. чл. 2279 Преднацрта.

⁶⁵⁴ Вид. чл. 2278 Преднацрта.

⁶⁵⁵ Вид. чл. 2281 Преднацрта.

општим правилима облигационог права, имати право на накнаду како имовинске, тако и нематеријалне штете, проузроковане прекидом трудноће.

Уговор о рађању за другог Преднацртом је уређен искључиво као добротин правни посао, јер је изричито забрањено уговарање новачане накнаде у корист сурогат мајке. Недвосмислена је намера да се спречи комерцијализација овог института, у основи изузетно хуманог карактера, те да се жене из сиромашнијих слојева друштва заштите од принуде да на овај начин зарађују за живот. С друге стране, нелогично је да сурогат мајка сноси трошкове исхране, лечења и остале издатке у вези са трудноћом и порођајем. Због тога је у Преднацрту наведено да уговором може бити предвиђена накнада разумних трошкова изазваних ношењем и рођењем детета (губитак зараде, трошкови медицинских услуга, трошкови превоза, смештаја, исхране сурогат мајке и сл.). Алтернативом је понуђено прецизније решење по коме се уговорне стране могу сагласити да се ови трошкови измирују месечно или у једнократном износу.⁶⁵⁶

Нека од основних питања у вези са сурогат материнством тичу се правних последица у случају повреде уговорних обавеза од стране сурогат мајке или намераваних родитеља. Најспорније су ситуације у којима намеравани родитељи одбијају да прихвате дете или сурогат мајка одбија да га преда, желећи да га задржи. Наиме, лица која су закључила уговор са сурогат мајком могу тврдити да дете нема жељене, очекиване особине и да због тога не желе да у односу на њега заснују родитељски однос. Сурогат мајка се такође може предомислити услед осећаја блискости и повезаности са дететом и одбити да га преда другој страни, желећи да се као родитељ стара о њему. О могућим решењима се може много дискутовати, а у оквиру њих и о степену дозвољене принуде, као и о моралним и материјалним аспектима онога што треба предузети. Када се након рођења детета предомисле лица која су у моменту закључења уговора са сурогат мајком имала намеру да постану његови родитељи, поставља се питање старања о детету, с обзиром на то да је природа родитељског односа таква да се ова лица не могу принудити да то своје право и обавезу врше.⁶⁵⁷ Мишљења смо да је у конкретном случају реч о детету без родитељског старања, јер чињеница да лица која су изјавила правно значајну вољу да се старају о детету то, ипак, не желе, не значи сама по себи да ће се родитељима детета

⁶⁵⁶ Вид. чл. 2280 Преднацрта.

⁶⁵⁷ На вршење родитељског права не могу се принудити ни биолошки родитељи.

сматрати сурогат мајка и њен партнер. Сматрамо, ипак, да би овим лицима требало признати право првенства, уколико би желели да заснивањем усвојења постану правни родитељи том детету. Из разлога правичности, требало би прописати обавезу намераваних родитеља да издржавају дете до момента његовог збрињавања. Уколико је неопходно, тужбу би, у име и за рачун детета, подизао орган старатељства. Уколико, с друге стране, сурогат мајка одбија да испуни уговорну обавезу и преда дете својим саговорницима, мишљења смо да би намераваним родитељима требало обезбедити судску заштиту, а да би након што издејствују повољну пресуду, тј. извршну исправу, требало применити правила Закона о извршењу и обезбеђењу⁶⁵⁸ о предаји детета.⁶⁵⁹ Овим законом је, наиме, прописано да родитељ који врши родитељско право, друго лице, односно установа коме је дете поверено, као и орган старатељства могу поднети предлог за извршење ради предаје детета.⁶⁶⁰ Предаја може бити наложена лицу на које се односи извршна исправа, лицу од чије воље зависи предаја детета и сваком другом лицу код кога се оно затекне у време доношења решења о извршењу или у току спровођења извршења.⁶⁶¹ Поступак је и иначе хитан, али ће решењем о извршењу бити наложено да се дете одмах преда овлашћеном лицу, ако су угрожени дететов живот, здравље или психофизички развој или је оно противзаконито одведено или задржано ради одласка у страну државу или ради поновног успостављања личних контаката између родитеља и детета у страни држави.⁶⁶² Поступак у целости спроводи суд, старајући се све време о заштити најбољег интереса детета.⁶⁶³ Као средства извршења могу се применити: принудно одузимање и предаја детета, новчана казна и казна затвора.⁶⁶⁴ Новчаној казни ће се прибећи када извршни дужник одбија да предузме одређену радњу, коју само он може да изврши, а наплаћује се по општим

⁶⁵⁸ „Сл. гласник РС“, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење и 113/2017 – аутентично тумачење, у даљем тексту: ЗИО.

⁶⁵⁹ Према општим правилима облигационог права, када једна уговорна страна не испуни своју обавезу, друга је овлашћена да захтева принудно испуњење или да, под одређеним условима, уговор једнострано раскине (Радишић, 2008: 165). Разумно је претпоставити да намеравани родитељи, нарочито уколико генетски материјал потиче од бар једног од њих, неће бити заинтересовани за раскид уговора због неиспуњења. С друге стране, уколико сурогат мајка није биолошки повезана с дететом, сматрамо да је вероватноћа њеног одбијања да преда дете намераваним родитељима врло мала, нарочито ако је уговор закључен и под другим условима за које се ми у овом раду залажемо.

⁶⁶⁰ Вид. чл. 369 ЗИО.

⁶⁶¹ Вид. чл. 372 ст. 2 ЗИО.

⁶⁶² Вид. чл. 372 ст. 3 ЗИО.

⁶⁶³ Вид. чл. 371 ЗИО.

⁶⁶⁴ Вид. чл. 373 ЗИО.

правилима о изрицању новчане казне.⁶⁶⁵ Казна затвора се изриче за време док се дете не преда, а најдуже за период од шездесет дана, по правилима закона о извршењу кривичних санкција.⁶⁶⁶ Принудно одузимање и предаја детета се спроводе тако што судији пружају помоћ психолог органа старатељства, школа, психосоцијално саветовалиште или слична установа. Ако је наложена тренутна предаја детета, решење о извршењу се предаје лицу код кога се оно налази, уколико је присутно, приликом предузимања прве извршне радње. Ако се дете одузима од неког другог, а не од тог лица, њему ће се предати решење о извршењу и записник о извршеној предаји.⁶⁶⁷

У описаним као и у случајевима повреде осталих уговорних обавеза, оштећена лица би имала право на накнаду причињене материјалне и нематеријалне штете, према општим правилима облигационог права. Законом о облигационим односима је прописана општа обавеза свакога да се уздржава од поступка којим се другоме може проузроковати штета.⁶⁶⁸ Одредбом из чл. 154 ст. 1 истог закона прописана је дужност штетника да надокнади штету проузроковану другоме, осим уколико докаже да је она настала без његове кривице. Док материјална штета представља умањење нечије имовине, нематеријална подразумева наношење физичког или психичког бола или страха.⁶⁶⁹ Два су облика кривице штетника: умишљај или непажња.⁶⁷⁰ Основно правило накнаде штете јесте реституција – успостављање стања пре настанка штете, а ако је то немогуће, штетник ће бити обавезан на исплату одговарајуће новчане своте.⁶⁷¹ Оштећеникова материјална ситуација треба да буде доведена у стање у коме би се налазила, да није било штетне радње или пропуштања.⁶⁷² Ако је штета причињена наношењем телесне повреде или нарушавањем здравља, одговорно лице мора да надокнади оштећеном трошкове у вези са лечењем и накнаду зараде изгубљене за време неспособности за рад.⁶⁷³ Право на накнаду штете нарочито ће доћи до изражаја у случају немогућности испуњења уговора, тј. уколико сурогат мајка, из неких других, а не из медицинских разлога, прекине трудноћу без знања и сагласности намераваних родитеља.

⁶⁶⁵ Вид. чл. 374 ст. 1 ЗИО.

⁶⁶⁶ Вид. чл. 374 ст. 3 ЗИО.

⁶⁶⁷ Вид. чл. 377 ЗИО.

⁶⁶⁸ Вид. чл. 16 ЗОО.

⁶⁶⁹ Вид. чл. 155 ЗОО.

⁶⁷⁰ Вид. чл. 158 ЗОО.

⁶⁷¹ Вид. чл. 185 ст. 1 и 3 ЗОО.

⁶⁷² Вид. чл. 190 ЗОО.

⁶⁷³ Вид. чл. 195 ст. 1 ЗОО.

Питање које завређује нарочиту пажњу, а чије је уређење изостало у Преднацрту, тиче се ништавости уговора о рађању за другог, тј. њених последица. Према општим правилима о неважности правних послова, овај уговор би био ништав уколико приликом његовог закључења нису били испуњени прописани услови, а рушљив уколико је сагласност за његово закључење дата под утицајем заблуде или принуде. С обзиром на то да у поступку сурогације учествују бројна стручна лица и специјализоване установе, чији је задатак да провере испуњеност услова за спровођење овог поступка, сматрамо да би захтев за поништај, односно утврђење ништавости овог уговора, када би он био дозвољен под условима изложеним у Преднацрту, био изузетно ретка појава. Ипак, сматрамо да је важно, макар на теоријском нивоу, постићи сагласност о последицама истицања таквог захтева. У том смислу, својеврстан путоказ представљају правила о поништењу усвојења. По аналогији са њима, на ништавост уговора о рађању за другог могли би да укажу: намеравани родитељи, сурогат мајка, дете, лице које има правни интерес за то и јавни тужилац. Намеравани родитељи и сурогат мајка (као и њен партнер) имали би право на поништење уговора закљученог под принудом или у заблуди у субјективном року од годину дана. Пресуда о поништењу уговора би морала да буде достављена надлежном матичару, како би се изменили подаци унети приликом уписа рођења детета. Сматрамо да би у том случају требало применити фикцију да је реч о нахоцету, јер поништењем претходног уписа дете остаје без правних родитеља све до евентуалног усвојења. То значи да ће у исправи о рођењу бити уписани само пол, датум и место рођења детета, док ће остала поља остати непопуњена.⁶⁷⁴

3.2.2. Услови за закључење уговора који се односе на личност уговорних страна

Имајући у виду бројна питања правног, медицинског и етичког карактера, која се намећу у вези са чињеницом да ће родитељи постати нека друга лица, а не жена која ће изнети трудноћу и родити дете, односно њен партнер, најпре су се јавиле одређене недоумице у погледу односа сурогат мајке и намеравних родитеља. По једном схватању, сурогат мајка може бити само жена која је у неком степену сродства са намераваним

⁶⁷⁴ Вид. Упутство за матичаре о попуњавању статистичких образаца, издато од стране Републичког завода за статистику Србије, са почетком примене од 01.01.2015. године. Преузето 01.03.2019. <http://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/G2014/pdf/G20147056.pdf>.

родитељима. Друга могућност подразумева да се омогући примена овог поступка без икаквих ограничења по основу сродничких веза. У Преднацрту је предност дата ширем становишту, па је најпре предложено правило о могућности коришћења услуга сурогат мајке, без икаквих услова у погледу чињенице сродства. Међутим, у наставку је наведена Варијанта I, по којој у улози уговорних партнера могу бити само сродници, а изложена је и Варијанта II супротне садржине, по којој је постојање односа сродства неотклоњива сметња за закључење овог уговора.⁶⁷⁵ Има аутора који подржавају последње понуђено решење. Тако Ковачек Станић, Видић и Самарцић (2017: 67) наводе да сродничку сурогацију треба забранити, јер доводи до конфузије у породичним односима (Тако и Влашковић, 2011: 338, Драшкић, 2015: 104, Ковачек Станић et al, 2017: 67). Међутим, овом становишту се може замерити то што дуплирање сродничких односа, по нашем мишљењу, није нимало тежа последица од других спорова у вези са породичним статусом детета рођеног од стране сурогат мајке. С друге стране, сматрамо да се искључиво сродничка суброгација тешко може смислено образложити. Наиме, чињеница је да рађање детета за другога представља својеврсно жртвовање, које су у највећем броју случајева спремне да поднесу само жене које су бар у односу сродства са намераваним родитељима, уколико већ не очекују било какву новчану накнаду. Међутим, уколико би било прихваћено само доброчино, алтруистичко сурогат материнство, поставља се питање којим аргументима образложити забрану лицима која нису сродници да у њему учествују? Није тешко замислити ситуацију у којој намеравани родитељи немају на располагању ниједног сродника женског пола који би испуњавао прописане услове или ону у којој би блиска пријатељица намераваних родитеља била расположенија да им учини такву услугу него нека даља рођака. У сваком случају, оно што је заједничко свим овим приступима јесте недопуштеност коришћења оплодне ћелије сурогат мајке.⁶⁷⁶ Ово решење сматрамо добрим, мада оно спада у домен питања о којима би требало да се изјасне лекари

⁶⁷⁵ Имајући у виду да је једна од новина предложених у Преднацрту поновно уређење непотпуног усвојења, има мишљења да је требало и то узети у обзир приликом уобличавања правила о утицају односа сродства између сурогат мајке и намераваних родитеља. Истакнут је и предлог да тазбинско сродство буде отклоњива сметња за закључење уговора о рађању за другог, аналогно ситуацији у којој постоји ова брачна сметња (Бабић, 2015: 60).

⁶⁷⁶ Вид. чл. 2275 Преднацрта. Примера ради, у Русији нема икаквих ограничења у погледу сродства, па је тако забележен случај да је сурогат мајка родила своје унуке. Наиме, 2008. год. педесет шестогодишња *Джаси* је пристала да буде сурогат мајка како би њена двадесет година млађа кћи *Ким* по трећи пут иначе, а први пут са другим супругом, постала мајка. *Джаси* је након трећег покушаја остала у другом стању и родила је три дечака. Преузето 05.04.2019. www.aif.ru/health/life.

одговарајуће струке и психолози. Претпоставка је, наиме, да генетска повезаност ствара одређене везе између новорођенчета и сурогат мајке, независно од њене воље. Уколико би стручна лица указала на исправност ове претпоставке, то још увек не би значило да ће сурогат мајка одбити да испуни своју уговорну обавезу у виду предаје детета намераваним родитељима. Ипак, поставља се питање колико је хумано и правично према њој и детету да се настале везе насилно прекину.

Предложено уређење сурогат материнства је такво да се партнери истог пола не могу послужити њиме како би постали родитељи. Разлог томе јесте задржавање постојећих дефиниција брака и ванбрачне заједнице. Брак се и даље одређује као законом уређена заједница живота жене и мушкарца, а ванбрачном заједницом се сматра трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи.⁶⁷⁷ Заједнице састављене од лица истог пола нису признате ни уређене ни у једној од понуђених алтернатива и варијанти.⁶⁷⁸ Треба напоменути да овакав приступ није изузетак и да намеравани родитељи истог пола имају сличан третман и у правима појединих европских земаља, али и у досадашњој пракси ЕСЈП. Наводимо као пример представку двеју Францускиња (*Charron and Merle-Montet v. France*⁶⁷⁹), незадовољних тиме што им није услышена жеља да уз помоћ биомедицине и семених ћелија непознатог донара постану родитељи. То што је реч о брачним партнеркама, којима је биомедицинска помоћ неопходна само због природе њихове везе, оцењено је од стране француских стручњака као недовољан разлог за медицинску интервенцију, чији је уобичајени предуслов дијагностификована неплодност. У борбу за тзв. право на дете без оца и свачије право на дете *Charron* и *Merle-Montet* кренуле су од ЕСЈП, желећи да ова институција утврди да им је повређено право на поштовање породичног живота и да су жртве дискриминације. Њихова представка је, ипак, одбачена због тога што нису исцрпљена домаћа правна средства. Јасно је да судије европског суда нису желеле да преузму терет одлучивања о овом изузетно осетљивом питању, пре него што то учине национални судови. Осим тога, раније је заузет став да жене хомосексуалног опредељења, биле оне у заједници или без

⁶⁷⁷ Вид. 2214 ст. 1 и чл. 2215 ст. 1 Преднацрта.

⁶⁷⁸ Закон који је уређивао поступке БПО до 2017. године прописивао је забрану стварања деце од лица истог пола (Вид. чл. 56 ст. 1 т. 24). Сада важећи закон садржи забрану стварања ембриона са истополном наследном основом (Вид. чл. 49 ст. 1 т. 5).

⁶⁷⁹ *Decision* бр. 2262/15. Преузето 05.04.2019. <https://eclj.org/family/echr/la-cedh-rejette-la-demande-de-droit--lenfant-sans-pre>.

уговор о рађању за другог. Додаје се да би један од услова на страни сурогат мајке морала да буде њена оствареност у улози мајке, с обзиром на све уобичајене последице трудноће и порођаја, које би у случају прве трудноће сурогат мајке могле бити још израженије. Истиче се да жене најчешће први пут постају мајке знатно касније, што је такође један од разлога због кога би требало прописати да минималне године живота сурогат мајке морају бити бројније од оних у којима се стиче пунолетство (Видић Трнинић, 2015: 1168-1169). С друге стране, напомиње се да горња граница у погледу година живота сурогат мајке мора бити одређена тако да се искључе случајеви у којима жена у поодмаклим годинама рађа дете (Самарџић, 2011: 514). Ми смо мишљења да би о овом питању превасходно требало да се изјасни стручњаци из области медицине, па тек онда правници.

Једно од питања на које законодавац треба да да одговор тиче се држављанства намераваних родитеља и сурогат мајке. Предлози из Преднацрта су изузетно рестриктивни. Очигледно је преовладало мишљење да треба сузбити могућност злоупотребе домаћих држављанки лошијег имовинског статуса од стране имућнијих становника других држава, као и правне потешкоће, неминовне у случају спора између домаћих држављана и сурогат мајке из друге државе. Осим тога, сложене правне ситуације би могао да изазове обавезан упис детета у матичну књигу рођених од стране органа државе рођења. Поставља се, такође, питање дететовог држављанства у ситуацији када није испуњен ниједан од критеријума прописаних домаћим правом⁶⁸¹, а конзуларни органи државе намераваних родитеља не признају јавну исправу домаће државе о рођењу

⁶⁸¹ Када је реч о Републици Србији, дете би рођењем на њеној територији стекло српско држављанство (Вид. чл. 10 ЗОД). Као што смо већ напоменули, дете рођено у иностранству би стекло српско држављанство уколико би бар један од родитеља у тренутку његовог рођења био држављанин Србије. Услов за стицање српског држављанства по основу порекла јесте, пре свега, подношење пријаве надлежном дипломатском или конзуларном представништву, као и захтева за упис детета у евиденцију држављана Републике Србије (Вид. чл. 9 ЗОД и фн. 108 и 109). Пријава за упис чињенице рођења детета у иностранству подноси се посредством дипломатско - конзуларног представништва или непосредно надлежном матичару (Вид. чл. 76 ст. 2 ЗМК). Упис се врши на основу иностраног извода из матичне књиге, а ако то није могуће на основу одлуке надлежног суда (Вид. чл. 76 ст. 4 и 5 ЗМК). Извод који је издао инострани орган мора бити оверен у складу са Законом о легализацији исправа у међународном промету („Сл. лист СФРЈ“, 6/1973 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003-Уставна повеља). У поступку овере проверава се веродостојност потписа и печата издаваоца. Хашком конвенцијом о укидању потребе легализације страних јавних исправа (Вид. Уредбу о ратификацији Конвенције о укидању потребе легализације страних исправа, „Сл. лист ФНРЈ - Међународни уговори и други споразуми“, бр. 10/62) прописан је образац потврде о веродостојности потписа, својству потписника и истинитости печата којим је оригинални документ снабдевен. Бечком конвенцијом о издавању извода из матичних књига на више језика (Вид. Уредбу о ратификацији Конвенције о издавању извода из матичних књига на више језика, „Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 8/91) прописани су вишејезични образци који се користе у државама потписницама ове конвенције.

детета (Бордаш, 2012: 114). Спорне су и чињенице дететовог пребивалишта и редовног боравишта, од значаја за примену већине правила међународног приватног права.

Признање одлуке о родитељском статусу донете у држави рођења детета може бити повезано са бројним препрекама, зависно од система признања страних одлука усвојеног у држави одредишта. Тако ће признање ће сигурно бити одбијено, ако ће се једино чињенични супстрат из стране одлуке сматрати утврђеним, а потом применити домаће право које забрањује сурогат материнство. Ситуација је много оптимистичнија за намераване родитеље, ако ће се страна одлука преиспитивати само са становишта њене сагласности са домаћим јавним поретком (Бордаш, 2012: 104). У Преднацрту су предочене две могућности; по једној, учесници уговорних односа могу бити само лица са српским држављанством, а по другој, још и страни држављани са пребивалиштем у Србији у трајању од пет/три године.⁶⁸² Спорна ситуација би, ипак, могла настати уколико би намеравани родитељи ангажовали сурогат мајку у земљи са либералнијим системом сурогат материнства. Српски матичари не би могли да одбију упис с позивом на њено држављанство, већ би морали да поступе на основу стране исправе о породичном статусу детета (Бордаш, 2012: 116-117).

Негативне стране сурогације са елементима иностраности илустроване су и у пракси Европског суда за људска права. Примера ради, у предмету *Paradiso and Campanelli v Italy*⁶⁸³, реч је о италијанском пару који је ангажовао сурогат мајку у Русији. Италијански конзулат у Москви им је издао путну исправу, тако да су заједно са дететом напустили Русију. Међутим, италијански матичар је одбио да изврши упис детета. Према италијанском праву мајком се сматра жена која је родила дете, а сурогат материнство је забрањено. Осим тога, према резултатима ДНК анализе, није било биолошке везе између детета и намераваног оца. Италијански суд је одлучио да се овом пару одузме дете и да се укључи у програм усвојења. Европски суд за људска права је најпре нашао да је на овај начин подносиоцима представке повређено право на породични живот из чл. 8 ЕК. Међутим, у коначној одлуци је наведено супротно, тј. да се у конкретном случају не може сматрати да је занована породица која ужива конвенцијску заштиту, јер између детета и

⁶⁸² Вид. чл. 2276 Преднацрта.

⁶⁸³ *Judgment* бр. 25358/12. Преузето 10.04.2019. <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2012-025358-2.pdf>.

подносилаца представке нема биолошке везе. У предмету *D. and Others v. Belgium*⁶⁸⁴ подносиоци представке су намеравани родитељи белгијског порекла, чије је дете рођено у Украјини уз помоћ сурогат мајке. Белгијски органи су одбили да издају детету, старом свега неколико недеља, путну исправу, што је имало за последицу његово одвајање од родитеља, који су због тога сматрали да је нарушен родитељско-дечији однос, што свакако није у најбољем интересу детета. Тврдили су, такође, да је на овај начин повређено њихово право на поштовање породичног живота и забрана нечовечног и нехуманог поступања из чл. 3 ЕК. Суд је заузео став да у конкретном случају није повређено право на поштовање породичног живота, иако су подносиоци предузели одређене радње с циљем заснивања породице. Истакнуто је да је право сваке државе, па тако и Белгије, да спроведе поступак провере испуњености услова за боравак детета које је родила сурогат мајка на њеној територији. Осим тога, наведено је да су подносиоци могли предвидети правне последице овог поступка, нарочито с обзиром на чињеницу да су ангажовали адвокате из Белгије и Украјине. Указано им је и на то да су сами одговорни за недостатак доказа о биолошкој вези са дететом. Сукоб иностраних и домаћих правних норми о сурогацији дошао до изражаја и у предметима *Mannesson v France*⁶⁸⁵ and *Labassee v France*⁶⁸⁶. Реч је о два пара француског држављанства којима је дете родила сурогат мајка из Америке, уз помоћ дониране јајне ћелије и семене ћелије намераваног оца. Они су били препознати као родитељи детета по правилима америчког права, али су француски органи одбили да изврше упис у регистар рођења, позивајући се на јавни поредак и основне принципе француског права. Суд у Стразбуру је заузео став да одбијањем признања америчке одлуке у Француској није повређено право на породични живот, јер намеравани родитељи нису спречени да живе у фактичкој заједници са дететом. Треба истаћи да има и супротних схватања, попут оног образложеног од стране немачког Федералног суда правде, који је 2014. године закључио да се признањем стране одлуке којом се утврђује порекло детета не вређа јавни поредак домаће државе, нарочито уколико се сурогат мајка добровољно сагласила са рађањем детета за другога и уколико је бар један од родитеља генетски повезан са дететом (Kalin, 2017: 907-909.). Након претходно поменутих одлука

⁶⁸⁴ Decision бр. 29176/13. Преузето 10.04.2019.

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-10163&filename=002-10163.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.

⁶⁸⁵ Judgment бр. 65192/11. Преузето 10.04.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR>.

⁶⁸⁶ Judgment бр. 65941/11. Преузето 10.04.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR>.

ЕСЉП, у којима је велико веће истакло моралну позадину сурогат материнства уз употребу донираних полних ћелија, сматрајући легитимном жељу француских власти да обесхрабре своје грађане да одлазе у иностранство с циљем подвргавања сурогацији под условима забрањеним у Француској, може се наићи и на другачије примере њене и праксе суда у Стразбуру. Тако су 2015. године у Француској донете две пресуде које указују на својеврстан заокрет у поимању родитељства заснованог страном одлуком. У оба случају деца су рођена у Русији, након чега су по домоћним правилима уписана у јавну евиденцију, тако што је као отац означен француски држављанин, а као мајка Русиња, која је родила дете с циљем да му га уступи. Касациони суд Француске је поништио одлуке о одбијању захтева за упис наведених података у француски регистар. За разлику од ранијих пресуда изостало је позивање на француски јавни поредак, што је и довело до повољног исхода поступака за тужиоце (Kleine, 2017: 61, Puppink, La Houge, 2017: 6, Redondo, Valente, João Estevas, 2017: 3-5). Вредне пажње су одлуке ЕСЉП којима су окончани предмети *Foulon and Bouvet v. France* и *Laborie v. France*. Одлучујући о поднетој представци у предмету *Foulon and Bouvet v. France*, ЕСЉП је преиспитивао одлуку надлежног органа у Нанту, којом је одбијен захтев за издавање одговарајућег документа на основу извода из матичне књиге рођених за четвртог и петог подносиоца, издатих од стране надлежних органа Индије, с обзиром на то да су рођени у тој држави на основу, по оцени француског јавног тужиоца, неморалног уговора о сурогацији. Виши суд у Нанту је, ипак, усвојио захтев подносилаца, одбијајући противтужбу супротне стране и образлажући своју одлуку тиме да није доказано да је приложена страна исправа о рођењу детета формално неисправна нити да је оно рођено од стране жене која је са подносиоцима закључила уговор о рађању. Другостепени суд је заузео став да је у случају господина *Foulon* реч о својеврсној куповини деце, због чега је повређен француски јавни поредак, па је укинуо претходну одлуку, док је у предмету господина *Bouvet* био на становишту да је очинство утврђено страном исправом, која према општем правилу из СС-а мора бити призната. Господин *Foulon* је истицао да одлука Апелационог суда није у најбољем интересу детета, да је обавеза државе да обезбеди интеграцију детета у породицу, те да је одбијањем признања изјаве о очинству повређено његово право на поштовање породичног живота. Касациони суд је, ипак, потврдио, а у предмету господина *Bouvet* преиначио другостепену одлуку, помињући још једном јавни поредак и

најбољи интерес детета. Наведено је и то да подносиоци представке нису пружили доказе о томе да је већ успостављен породични живот. Европски суд се у својој одлуци позвао на случајеве *Mennesson v. France* и *Labassee v. France*, у којима је, поводом сличног чињеничног стања, закључио да није повређено право на поштовање породичног живота подносилаца представке, али јесте право на поштовање приватног живота деце о којој је било речи. Закључио је да се не може преиспитивати исправа издата у складу са прописима државе у којој је дете рођено након закључења уговора са сурогат мајком, при чему је утврђена његова биолошка веза са оцем. Како није постојала ниједна чињеница због које би суд одступио од овог става, одлука у предмету *Foulon and Bouvet v. France* јесте још један пример судске праксе у корист родитељства заснованог (међународном) сурогацијом. Исто важи за одлуку ЕСЉП у предмету *Laborie v. France*. Реч је о пару француских држављана који су постали родитељи у Украјини, али су француски органи одбили да признају исправу о њиховом родитељском статусу, издату од стране надлежног органа Украјине, сумњајући да су деца рођена посредством сурогат мајке. Суд је закључио да нема значајније разлике у односу на предмете у којима се већ изјашњавао о предметним питањима, па је констатовао повреду права подносилаца на поштовање њиховог приватног живота из чл. 8 ЕК. У току 2018. године у ЕСЉП пристигле су три представке засноване на сличној чињеничној подлози, у којима се подносиоци позивају на повреду чл. 8 ЕК, па се с великом пажњом очекује разрешење у предметима *Braun v. France*, *Saenz Cortes v. France*, *Maillard and Others v. France*. У првом случају реч је о брачном пару састављеном од француских држављана, са пребивалиштем на Тајланду. Њихово незадовољство изазвала је одлука јавног тужиоца у Нанту да одбије захтев за признање америчке исправе о рођењу њиховог сина, с образложењем да докази указују на сурогат материнство. Виши суд у Нанту је преиначио ову одлуку, сматрајући да јавни тужилац, противно својој обавези према одредби из чл. 45 СС-а, није доказао да да фактичко стање другачије од оног које је изложено. Апелациони суд у Рену је потврдио ову одлуку у погледу господина *Braun* као дететовог оца, али је закључио да се у погледу чињенице материнства, постоје разлике између навода странака и стварног стања. Идентичан след догађаја постоји и у случају *Saenz Cortes v. France*, будући да признање стране исправе у делу о очинству господина *Saenz* није било спорно, али јесте одбијен такав захтев у делу који се односи на материнство његове супруге, у односу на њихову

кћер рођену у Украјини. Из истих разлога ЕСЉП обратили су се и супружници *Maillard*, како би издејствовали упис чињенице материнства на основу исправе издате у Гани, након рођења детета од стране сурогат мајке.⁶⁸⁷

Сматра се да сурогација чији учесници живе у различитим државама⁶⁸⁸ може довести до поскупљења неопходних медицинских услуга, што штети домаћим држављанима. Осим тога, како би се привукли пацијенти из других земаља, неопходно је улагање у овај сегмент здравственог система, што ће у сиромашним земљама бити на уштрб основне здравствене заштите. О могућој експлоатацији грађанки неразвијених држава већ је било речи. Није добро ни то што се законодавци могу ослонити на могућност да њихови држављани овај биомедицински поступак примене у некој од држава у којима је он дозвољен и да, желећи да избегну да се баве његовим бројним спорним аспектима, прибегну његовом потпуном игнорисању, што свакако шкоди општем развоју овог института. Свакако је боље решење заузимање одговарајућег става, прилагођеног правној традицији и друштвеном поретку у одређеној држави. Поред бројних негативних одлика међудржавног сурогат материнства (сурогат материнства са прекограничним дејствима, репродуктивног туризма⁶⁸⁹), има аутора који налазе и неке позитивне, као што је нпр. омогућавање лицима која у својој држави не могу благовремено доћи на ред да се подвргну лечењу тамо где нема листа чекања или сиромашнијим држављанима економски стабилних држава да исто учине у земљама у којима је ова врста лечења приступачнија (Ковачек Станић et al, 2017: 71-72.). Одлазак у другу државу може бити и начин да се превазиђе недостатак стручњака или да се избегну небезбедне технике у процесу оплодње, карактеристичне за домаћу државу. У сваком

⁶⁸⁷ Више о предметима *Foulon and Bouvet v. France* (aplication бр. 9063/14 и 10410/14), *Laborie v. France* (aplication бр. 44024/13), *Braun v. France* (aplication бр. 1462/18), *Saenz Cortes v. France* (aplication бр. 11288/18), *Maillard and Others v. France* (aplication бр. 17348/18): <https://eclj.org/surrogacy/echr/nouvelle-offensive-pro-gpa>. Преузето 01.05.2019.

⁶⁸⁸ Овај вид сурогације се, из очигледних разлога, у литератури најчешће означава као међудржавна или међународна сурогација. Као смо се њоме позабавили на овом месту, изостаће одељак посвећен њој у делу рада о врстама сурогације.

⁶⁸⁹ Чини се да је у односу на све остале израз *репродуктивни туризам* најмање афирмативан и да у већој мери него остали изазива представу о негативним странама појаве коју означава. Из тих разлога, предност дајемо другим терминима употребљеним у овом раду. Аутори који се опредељују другачије, уобичајено разликују улазне и излазне случајеве овог феномена. Под улазним видом репродуктивног туризма подразумевају рађање детета од стране сурогат мајке у страниој држави и враћање намераваних родитеља – домаћих држављана у њихову државу, заједно са дететом. Излазним се сматра случај када сурогат мајка рађа дете на територији домаће државе, да би се потом намеравани родитељи, заједно са дететом, вратили у своју државу (Бордаш, 2015: 992).

случају, поједини аутори репродуктивни туризам посматрају у контексту слободе кретања и права на коришћење медицинских услуга. Притом, указује се на потребу међудржавне сарадње, с циљем хармонизације националних поредака, уместо доношења јединственог документа који би уређивао пружање ових услуга на ширем простору (Вид. Ковачек Станић et al 2011: 515.).

Према нашем мишљењу, обавезно српско држављанство намераваних родитеља и сурогат мајке предупредило би велики број правних потешкоћа, уколико би однос међу њима постао споран. Свесни смо значаја пребивалишта и уобичајеног боравишта у савременом међународном приватном праву, али сматрамо да је ова област изузетно осетљива и да због тога, бар у почетку, треба прибећи тачкама везивања што трајнијег и извеснијег карактера. Када би сурогацији на домаћој територији приступали страни држављани или апатриди, чини се да не би било интереса за мешањем у такве односе. Међутим, чак и у том случају, постојала би опасност рађања детета чији би породични статус у држави намераваних родитеља био споран, што је противно општој обавези о заштити најбољег интереса детета. Мишљења смо да би закључење уговора о рађању за другог између лица различитог држављанства требало да буде допуштено уколико би постојао обавезујући међународни документ, који би регулисао најзначајнија отворена питања. Сматрамо да би уговор о сурогацији између држављана потписница тог документа могао да буде склопљен без додатних препрека у односу на ситуацију у којој су уговорне стране домаћи држављани.⁶⁹⁰

⁶⁹⁰ У литератури има и другачијих мишљења. Примера ради, Бордаш се залаже за прописивање уобичајеног боравишта у Србији као обавезног својства уговорних страна – намераваних родитеља и сурогат мајке (Бордаш, 2015: 997-998).

3.3 Врсте сурогат материнства

3.3.1. Потпуна и непотпуна сурогација

У Преднацрту су уређена два вида сурогат материнства – делимична, генетска и потпуна, гестацијска суброгација. Ови називи, донекле, указују да се приликом потпуне сурогације користи репродуктивни материјал оба намеравана родитеља, а приликом делимичне само једног од њих (Тако и Влашковић, 2011: 326-327). У литератури се, међутим, истиче да међу страним ауторима преовладава другачије значење употребљених термина, штавише да је критеријум поменути поделе потпуно различит, јер се односи на повезаност сурогат мајке и зачетка. Тако се под потпуном суброгацијом подразумева она у којој репродуктивни материјал потиче од намераване мајке или неке треће жене, а под делимичном (традиционалном) сурогацијом она у којој се користи репродуктивни материјал сурогат мајке и намераваног оца (Бордаш, 2012: 106-107, Влашковић, 2015: 92).⁶⁹¹

Претходно је напоменуто да је у Преднацрту искључена могућност да сурогат мајка донира јајну ћелију. То је истакнуто и у делу у коме је предвиђена могућност да лице без партнера закључи уговор са сурогат мајком. Могућност заснивања једнородитељске породице сурогацијом подједнако је доступна и женама и мушкарцима. Међутим, како се идеалном сматра потпуна породица, састављена од оба родитеља, ванпарнични суд мора одобрити ономе ко живи сам да закључи уговор са женом која ће за то лице родити дете. У овом ванпарничном поступку суд ће утврђивати да ли постоје нарочито оправдани разлози за закључење именованог уговора. Они нису наведени ни примера ради, па ће у том поступку посебно доћи до изражаја начело слободног судијског

⁶⁹¹ У литератури се такође помиње да израз сурогат материнства није адекватан за његов делимични облик. Наводи се да у том случају жена која рађа дете зачето уз помоћ њеног генетског материјала заиста јесте његова биолошка мајка, а не замена за мајку (Видић Трнинић, 2015: 1162). Ми смо мишљења да се овај аргумент не може уважити, јер сурогат мајка ни у ком случају, ни код делимичне ни код потпуне сурогације, не представља замену за мајку. Сматрамо да је реч о жени чија трудноћа, као једна од фаза у настанку родитељства, замењује трудноћу намераване мајке, која ће након рођења детета у правном смислу постати његова мајка. Опште правило заиста гласи да је мајка жена која је родила дете, али се смисао сурогат материнства састоји управо у тежњи да мајком постане друга жена. Инсистирање на биолошким чињеницама није исправно, јер, чак и у случајевима у којима се примењује општа претпоставка материнства, чин рођења детета није довољан за настанак родитељског односа, већ је потребно да он буде правно потврђен. Тим пре, сурогат мајка није замена за мајку, већ жена која ће уместо оне која ће се по закону сматрати мајком, проћи кроз одређене фазе, које су по природи ствари нужне у настанку правног односа између родитеља и детета. Сасвим је друге природе питање оправданости и допуштености традиционалне сурогације.

уверења.⁶⁹² То што је жена хомосексуалног опредељења или нема партнера, из било ког разлога, не значи да ће овај услов бити испуњен.⁶⁹³ Жена која жели да постане самостални родитељ уз помоћ друге жене, пре свега, мора бити у таквом здравственом стању да се за оплодњу може искористити њена јајна ћелија. Мушкарац који намерава да на овај начин оствари родитељску улогу, такође не може рачунати на репродуктивни материјал другог мушкарца. Овакво решење је логично, с обзиром на чињеницу да постоје и друге, мање спорне могућности да лица која живе сама, а желе да постану родитељи, по сваку, па макар и по цену да дете не буде генетски повезано с њима, ту жељу и остваре. Мислимо на усвојење, које ће бити могуће увек када су испуњени прописани услови, јер је тешко замислива ситуација недостатка деце подобне за усвојење.

3.3.2. Постхумна оплодња сурогат мајке

У Преднацрту је, као алтернативна, понуђена и могућност постхумне оплодње. Наиме, овај вид рађања за другог је допуштен само под условом да се за оплодњу сурогат мајке користи генетски материјал преминулог супружника, који је за живота дао писани пристанак за спровођење овог поступка, оверен пред судом или јавним бележником⁶⁹⁴. Наведено решење је недискриминаторно, јер би надживели супружник мушког пола могао да употреби замрзнуту јајну ћелију преминуле партнерке под истим условима под којима је то допуштено намераваном родитељу женског пола. Наравно, намеравани отац, под овим околностима, своју жељу за потомством може остварити само уз помоћ сурогат мајке⁶⁹⁵, док ће намеравана мајка прибећи овом методу уколико сама не може да зачне

⁶⁹² Неки од разлога би могли бити садржани и у процесним правилима, али сматрамо да би суд нарочито требало да има у виду опште здравствено стање, материјалне и стамбене прилике и радне обавезе намераваног родитеља, као и начин на који би била организована брига о детету за време за које је он одсутан. По претпоставком да наведене околности указују да ће дете бити збринито на одговарајући начин, сматрамо да је јасно да је значајнији његов интерес да буде рођено од оног да има оба родитеља.

⁶⁹³ То, наравно, не значи да ће захтев жене која испуњава услове медицинског карактера бити одбијен само због тога што живи у заједници са другом женом. С друге стране, примера ради, у Великој Британији не само жене, већ и мушкарци у истополним заједницама могу постати родитељи на основу уговора са женом која ће им родити дете. У шведском праву се и за ова лица захтева да буду у браку или квалификованој ванбрачној заједници (Самарџић, 2011: 512).

⁶⁹⁴ Имајући у виду овлашћења јавних бележника и непрестано ширење поља њиховог деловања, мишљења смо да је рационалније решење о искључивој надлежности овог органа за оверу наведене изјаве.

⁶⁹⁵ Било је случајева и да су родитељи преминулог желели да ангажују сурогат мајку, како би им родила унуку/унука, након смрти њиховог сина, који за собом није оставио супругу ни ванбрачну партнерку (Крстић, 2015: 260).

дете или да изнесе трудноћу. Намеравани родитељ, тј. надживели супружник има на располагању рок од годину дана од смрти партнера за предузимање одговарајућих радњи. Имајући у виду правне последице постхумне оплодње и моралне дилеме у вези с њима, остављена је могућност прописивања правила по коме би испуњеност неопходних услова у овом случају утврђивао суд.⁶⁹⁶

На овом месту треба указати и на језичко – стилске мањкавости анализоване Алтернативе. Пре свега, имамо у виду чињеницу да су у овиру ње најпре изложена правила о подели на потпуну и делимичну сурогацију (идентична онима која су првобитно предложена), а да је потом, уз коришћење речи *изузетно*, предочена могућност постхумне сурогације. Нејасно је, међутим, о каквом се изузетку од правила о поменутих врстама сурогат материнства ради? Ова недоумица је појачана и изостављањем одредаба о условима које треба да задовоље намеравани родитељи који желе да се путем сурогације самостално остваре у тој улози. Неспорно је да постхумна оплодња сурогат мајке представља потпуну сурогацију, па се овај њен вид свакако не може сматрати посебним у контексту поделе на непотпуну и потпуну сурогацију. Заправо је реч о специфичном виду рађања детета посредством сурогат мајке, чији је критеријум разликовања у односу на друге његове облике тренутак зачећа и рађања детета, који следи након смрти једног од намераваних родитеља. Треба га разликовати од сурогације која се одвија за живота оба партнера, што је редовна појава, а наведеном Алтернативом је требало много јасније упутити на такав закључак.

Важећим законом питање постхумне оплодње је уређено тако што је прописано да се могу употребљавати репродуктивне ћелије, односно ембриони само оних давалаца који су живи.⁶⁹⁷ Његовим непосредним претходником је био обухваћен изузетак од овог правила, који се односио на ситуацију у којој је давалац за живота дао писани пристапак.⁶⁹⁸ Међутим, као један од услова за коришћење поступака БПО било је прописано и постојање заједнице живота у том тренутку, због чега је постојала извесна противречност између овог и претходно наведеног решења (Видић, 2011: 557). Чини се да

⁶⁹⁶ Вид. чл. 2277 Преднацрта.

⁶⁹⁷ Вид. чл. 41 ЗБМПО. Појмовно, давалац подразумева особу различиту од супружника, односно ванбрачних партнера као намераваних родитеља. Међутим, сматрамо да је законодавац имао прилику да посебно уреди могућност коришћења репродуктивног материјала преминулог партнера, те да из чињенице да то није учинио, за разлику од случаја у коме би се употребљавале дониране ћелије, произлази његов (негативни) став о овом питању.

⁶⁹⁸ Вид. чл. 53 ст. 3 ЗЛНПБПО.

је разрешење нудила одредба по којој су се замрзнуте репродуктивне ћелије или рани ембрион супружника и ванбрачног партнера могли искористити и по протеклу законског рока, ако је лице умрло пре тога, а дало је свој писани пристанак за њихово коришћење је дало за живота или у последњој изјави воље.⁶⁹⁹ Сасвим је друге природе то што се постављало питање породичног статуса детета, у ситуацији када у тренутку његовог зачећа, услед смрти једног од партнера, није постојала заједница живота, на којој почивају претпоставке о материнству и очинству (Крстић, 2015: 265-266).⁷⁰⁰

Постхумна оплодња у којој се користи генетски материјал преминулог партнера, може се јавити у три облика. Први постоји када надживели партнер, с циљем зачећа детета, жели да искористи замрзнути⁷⁰¹ ембрион, односно оплодну ћелију преминулог партнера, који се за живота, изричитом изјавом воље, с тим сагласио. Други случај се од првог разликује по томе што се преминули партнер није сагласио писаним путем да се његов замрзнути генетски материјал може искористити након његове смрти с циљем стварања потомства. Могућа је и трећа ситуација - да не постоји конзервирани репродуктивни материјал и да неко од блиских сродника жели да се он узме *post mortem*, с циљем зачећа. Постхумна оплодња се може спровести и уз помоћ дарованог репродуктивног материјала, на добротачној или комерцијалној основи, без било какве жеље даваоца да на овај начин постане родитељ (Крстић, 2015: 259).

Постхумно зачеће представља могућност за стицање потомства које није могло да буде остварено на уобичајени начин услед изненадне смрти или тешке, смртоносне болести партнера. У највећем броју земаља постхумна оплодња је или забрањена или потпуно неуређена. У ретке државе у којима је она, упркос свему, дозвољена спадају: Велика Британија, Грчка, Холандија, Белгија, Шпанија, Македонија (Видић, 2011: 554-556). Има мишљења да треба уважити све спорне стране ове процедуре и дозволити је под

⁶⁹⁹ Вид. чл. 58 ст. 4 ЗЛНПБПО.

⁷⁰⁰ Исто питање постоји и у позитивном праву, јер је важећим законом породични статус детета уређен општом упућујућом нормом, тако да се и у овом, као и у другим случајевима, примењују одговарајуће одредбе Породичног закона (вид. чл. 2 ст. 5 ЗБМПО). Сматрамо да би се у случају промене постојећег приступа постхумној оплодњи *de lege ferenda* наведена спорна ситуација могла лако превазићи, прописивањем да ће се у том случају родитељима детета сматрати лица са којима је оно генетски повезано. Додатни аргумент за овакво решење налазимо у чињеници да је могуће и признање очинства тек зачетог детета, под условом да се живо роди. Осим тога, зачетак – *nasciturus* може бити титулар извесних права, под истим условом, што значи да у праву није тако неубичајено да и лице које (још увек/више) не постоји, путем правне фикције, постане субјект у одређеном правном односу.

⁷⁰¹ Под замрзавањем се подразумева поступак у коме се репродуктивне ћелије, ткива и ембриони уводе из области криогених у област физиолошке температуре (Вид. чл. 3 ст. 1 т. 21 ЗБМПО).

изузетним условима, пре свега уколико је то медицински оправдано, као што то јесте случај када једно лице болује од неизлечиве болести и прима терапију због које не може да постане родитељ природним путем. Предлаже се да један од услова буде јасно изражена жеља преминулог да постане родитељ након смрти. Она би морала бити забележена на несумњив начин, писаним путем или уз употребу аудио-визуелних средстава. С циљем заштите правне сигурности предлаже се дефинисање рока за размишљање у току кога би надживели партнер могао одлучити да ли ће замрзнути материјал искористити за зачеће или не. Да би био заштићен од непромишљених, емотивних реакција, изазваних смрћу блиске особе, предлаже се и увођење одређеног периода након делације у току кога такву одлуку не би могао донети. С циљем заштите надживелог намераваног родитеља од сопствених афективних поступака, поједини аутори предлажу његово обавезно подвргавање психосоцијалном саветовању (Ковачек Станић et al, 2017: 69). Дете зачето постхумном оплодњом, обављеном под наведеним условима, стекло би породични статус у односу на намераване родитеље, тј. она лица која су са њим генетски повезана (Крстић, 2015: 266-267). Оваквом ставу се и ми придружујемо, јер сматрамо да се на овај начин остварује неспорни општи интерес да дете буде рођено, намера надживелог супружника да постане родитељ и жеља његовог преминулог партнера да остави за собом потомство. Штавише, сматрамо да би постхумну оплодњу, а тиме и постхумно сурогат материнство требало дозволити кад год постоји изричита, јасно забележена сагласност намераваних родитеља. Није тешко замислити ситуацију у којој су супружници учествовали у поступку БПО, подвргли се поступку криопрезервације и дали сагласност да се замрзнуте ћелије могу искористити и након њихове смрти, а да потом једног од њих задеси изненадна смрт. У таквим условима, нема оправданог разлога због кога би требало забранити надживелом супружнику да оствари своју и несумњиву жељу свог преминулог партнера да имају потомство. Овакво решење је у складу и са Конвенцијом о биомедицини, којом је признат правни значај и раније израженим жељама пацијента, тако што је наложено да се исте узму у обзир, уколико он у време медицинске интервенције није у стању да то учини.⁷⁰² С друге стране, овај вид биомедицински потпомогнуте оплодње не треба дозвољавати у случајевима изван наведених, јер, по нашем мишљењу, воља заинтересованих лица понекад мора уступити пред природним

⁷⁰² Вид. чл. 9 Конвенције о биомедицини.

животним токовима. Колика год била жеља супружника и сродника преминулог да иза њега остане потомство, сматрамо да исту не треба услишити по сваку, па и по цену да покојник то уопште није имао у виду. Иако би постојала генетска веза између детета и лица чији је биолошки материјал употребљен приликом оплодње сурогат мајке, с обзиром на то да је заједница живота међу биолошким родитељима престала, а да признање родитељства није могуће, из објективних разлога, поставља се питање чињенице која би дала легитимитет успостављању одговарајуће правне везе између родитеља и детета. Околности искључиво биолошке природе нису довољне ни у једном, па не могу бити ни у овом случају. Није безначајно ни то што би еластичне границе постхумног родитељства омогућиле и одређене злоупотребе, пре свега у сфери наследноправних последица. Имајући у виду једнак наследноправни положај оставиоачеве деце, овим последицама би се могло манипулисати ради остварења имовинских интереса лица повезаних са постхумно зачетим дететом.⁷⁰³ Што се, пак, тиче, постхумне употребе ембриона, приклањамо се ставу израженом у делу литературе, по коме би у том случају од пресудног утицаја била воља надживелог партнера (Ковачек Станић et al, 2017: 70). Уколико је поступак БПО доспео у ембрионалну фазу, сматрамо да је воља оба партнера усмерена на стицање потомства несумњиво изражена, а да смрт једног од њих, с обзиром на измењене, отежавајуће околности, може само исходити овлашћење надживелог партнера да овај поступак прекине.

3.4. Сурогат материнство у упоредном праву

3.4.1. Русија

Одредбом из чл. 51 ст. 4 ПЗ РФ прописано је да се супружници могу сагласити о имплантацији ембриона у тело друге жене, а након рођења детета уписати као његови родитељи, ако на то пристане жена која га је родила, тј. сурогат мајка. Дакле, она мора приложити позитивну изјаву намераваних родитеља, како би издејствовала њихов упис у исправу о рођењу детета, а њихов захтев исте садржине може бити усвојен, само ако

⁷⁰³ Према важећем законском решењу, оставиоца може наследити само *nasciturus* – у тренутку делације зачето, а нерођено дете. Уколико би се ово правило променило, у правцу признавања наследних права постхумног детету, паралелно с тиме морале би да се десе и одговарајуће измене процесног законодавства. Прецизније, морао би да буде успостављен процесни механизам којим би се осигурала права новог члана санаследничке заједнице (Више о томе: Крстић, 2015: 272-274).

прибаве дозволу сурогат мајке. Након уписа њихових личних података, партнери који су због неплодности користили услуге сурогат мајке постају правни родитељи, што значи да стичу сва права и дужности карактеристичне за родитељско-дечији однос. Од тог тренутка сурогат мајка не може истицати родитељска права у односу на дете које је родила.⁷⁰⁴ Законом којим су уређени поступци биомедицински потпомогнутог оплођења сурогат материнства је дефинисано као ношење и рађање детета у складу са уговором закљученим између сурогат мајке и потенцијалних родитеља или жене која у медицинском смислу не може да постане мајка.⁷⁰⁵ Намеравани родитељи могу бити и домаћег и страног држављанства, а није нужно да буду у браку. Парови хомосексуалне оријентације не могу искористити овај медицински поступак, како би постали родитељи. Сурогат мајка мора бити жена старости између двадесет и тридесет пет година, која има најмање једно здраво дете и којој је издата потврда о одговарајућем здравственом стању. Наглашено је да она мора бити довољно информисана о свим аспектима сурогације и да на њу мора добровољно пристати. Ако је у браку, неопходна је и сагласност њеног супружника.⁷⁰⁶ Приликом оплодње не могу бити коришћене јајне ћелије сурогат мајке, па се намеравани родитељи могу обратити познатом или анонимном даваоцу. Комерцијална сурогација је дозвољена, а новчана накнада у корист сурогат мајке се креће у распону од тридесет пет до педесет пет хиљада долара.⁷⁰⁷

3.4.2. Украјина

Украјинским Породичним закоником⁷⁰⁸ прописано је да ће се родитељима сматрати пар који се споразумео са другом женом да у њено тело буде имплантиран ембрион, како би родила дете за њих. Врло јасно је исказано да ће се родитељима детета сматрати пар чији је репродуктивни материјал искоришћен приликом његовог зачећа, без обзира на то што га је родила друга жена.⁷⁰⁹ Забрањено је утврђивање материнства сурогат мајке. Међутим, уколико је у тело жене имплантиран ембрион настао спајањем генетског

⁷⁰⁴ Вид. чл. 52 ст. 3 ПЗ РФ.

⁷⁰⁵ Вид. чл. 55 ст. 9 ЗОЗЗГРФ.

⁷⁰⁶ Вид. чл. 55 ст. 10 ЗОЗЗГРФ.

⁷⁰⁷ Информација преузета 20.05.2019. <https://wearesurrogacy.com/russia/>.

⁷⁰⁸ Vidomosti Verkhovnoi Rady (VVR), 2002, бр. 2947-III, измењен 22. децембра 2006, бр. 524-V. Преузето 23.05.2019. <https://www.refworld.org/pdfid/4c4575d92.pdf>. У даљем тексту: УПЗ.

⁷⁰⁹ Вид. чл. 123 ст. 2 УПЗ.

материјала њеног супружника и неке друге жене, сматра се да су родитељи жена која је родила дете и њен брачни партнер.⁷¹⁰ Намеравани родитељи постају мајка и отац у правном смислу већ у тренутку зачећа детета. Они морају бити у браку, како би могли да рачунају на ангажовање сурогат мајке. Ово право је резервисано само за неплодне парове без деце, који су бар четири пута покушавали са техником донације ембриона одговарајућих својстава, али без успеха. Бар један од правних родитеља мора бити у биолошкој вези са дететом. Уговор о сурогацији мора бити сачињен у писаној форми и оверен од стране нотара. Неопходне правне радње у вези са састављањем и извршењем овог уговора могу бити предузете преко пуномоћника, а исправа која садржи овлашћење за заступање мора, такође, бити оверена од стране нотара. У јавну евиденцију, у делу о мајци и оцу, биће уписани намеравани родитељи, без икаквих додатних услова. Уколико је реч о странцима или апатридима, а дете је зачето коришћењем генетског материјала оба родитеља, они ће, такође, без икаквих потешкоћа бити уписани у јавни регистар. Једина разлика у односу на упис детета зачетог природним путем огледа се у прилагању оверене изјаве сурогат мајке о саглашавању са овом радњом (Gryshchenko, Pravdyuk, 2016: 250-251).

3.4.3. Канада

Родитељство засновано на рађању за другог у Канади је уређено Законом о асистираној хуманој репродукцији.⁷¹¹ У њему су најпре побројани најважнији принципи у коришћењу репродуктивних технологија, па је наглашен значај довољне обавештености пре давања пристанка за њихово спровођење, а забрањена је дискриминација по основу сексуалног опредељења и брачног статуса и трговина репродуктивном способношћу.⁷¹² Забрањено је коришћење биомедицинских метода уопште, па тако и сурогације, с циљем утицања на пол детета, осим ако је то неопходно ради отклањања поремећаја или болести повезаних с том карактеристиком.⁷¹³ Међу законским дефиницијама садржана је и она о сурогат мајци, па је наведено да је то жена у чијем се телу налази ембрион или фетус

⁷¹⁰ Вид. чл. 123 ст. 3 УПЗ.

⁷¹¹ S.C. 2004, с. 2. Преузето 30.09.2018. <http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/37-3/bill/C-6/third-reading/page-16>. У даљем тексту: ЗАХРК.

⁷¹² Вид. чл. 2 т. д,е,ф ЗАХРК.

⁷¹³ Вид. чл. 5(1) (е) ЗАХРК.

настао биомедицинским поступком од донираног генетског материјала, а чија је намера да дете по рођењу преда донорима или неком другом лицу.⁷¹⁴ Жена млађа од двадесет једне године не може бити сурогат мајка. Наглашено је да је нико не сме саветовати или подстицати да постане сурогат мајка или предузимати медицинске поступке који ће јој у томе помоћи.⁷¹⁵ Забрањен је сваки вид комерцијализације овог института, изузев накнаде трошкова непосредно проузрокованих рађањем детета за другога.⁷¹⁶ Није допуштено ни наплаћивање, рекламирање или нуђење новчане накнаде на име посредовања у повезивању намераваних родитеља са сурогат мајком, као што санкције прете и лицу које је платило, обећава да ће платити или рекламира плаћање услуга посредника. Изражен је негативни став законодавца и у односу на повремена новчана давања, па ће сурогат мајка, имати право на накнаду зараде, само уколико је овлашћени лекар установио да постоји ризик због кога она не би смела да ради у току трудноће или је тако изричито прописано.⁷¹⁷ Генетски материјал мора потицати од лица које је у писаној форми изразило свој пристанак за његову употребу у конкретне сврхе.⁷¹⁸ Тумачењем одредаба предметног канадског закона, закључујемо да осим пара, брачног или ванбрачног, посредством друге жене родитељи могу постати и лица која живе сама, али и парови састављени од особа истог пола.

3.4.4. Грчка

Од 2002. год. када је у Грчкој усвојен Закон о медицински потпомогнутој репродукцији⁷¹⁹, стицање родитељског статуса посредством сурогат мајке у овој држави је могуће када исти циљ не може бити постигнут природним путем, бар не без ризика од

⁷¹⁴ Вид. чл. 3 ЗАХРК.

⁷¹⁵ Вид. чл. 6 (4) ЗАХРК.

⁷¹⁶ Вид. чл. 12 (1) (ц) ЗПХРК.

⁷¹⁷ Вид. чл. 6 (2), чл. 12 (1) (ц) и чл. 12 (3) ЗАХРК.

⁷¹⁸ Вид. чл. 8 (2) ЗАХРК.

⁷¹⁹ Бр. 3809/2002. Преузето 30.05.2019.

https://www.academia.edu/6918055/Greek_Law_3089_2002_On_Medically_Assisted_Human_Reproduction_text_of_law_trnsl_from_Greek_into_English. У даљем тексту: ГЗМПР. Законодавни оквир у овој области употпуњује Закон о примени медицински потпомогнуте репродукције из 2005. године, који је усвојен с циљем организације надзора над спровођењем активности у вези са потпомогнутом репродукцијом, у складу са Директивом Европског парламента и Савета из 2004. год. (2004/23/EC) (Leon, Papeta, Spiliopoulou, 2011: 822).

преношења генетских болести на дете.⁷²⁰ Намеравани родитељи не могу бити старији од педесет година. Захтева се њихов пристанак у писаној форми у погледу било ког поступка којим се медицинским путем поспешује репродукција. Изјава о сагласности неудате жене и њеног партнера мора бити потврђена од стране јавног бележника.⁷²¹ У сваком случају, неопходна је дозвола суда са седиштем у месту пребивалишта намераваних родитеља или сурогат мајке, да би дете могла да роди жена чија јајна ћелија није коришћена у процесу оплодње.⁷²² Посебна пажња је посвећена принципу поверљивости, па сви учесници у овом поступку морају остати међусобно анонимни. Као што је то и иначе случај, интерес детета је додатно заштићен, па је њему дозвољено да истражује податке о даваоцу генетског материјала, али само ако је то оправдано из здравствених разлога.⁷²³ Сви непосредни учесници морају имати негативне резултате приликом тестирања на одређене вирусе – узрочнике имуних болести, а сурогат мајка мора бити успешна и на психолошким проверама. Сурогат материнство може почивати само на доборчиној основи, али се жени која одржава трудноћу с циљем предаје детета другоме након порођаја морају надокнадити трошкови које је у вези с тим имала, укључујући накнаду из овог разлога изгубљене зараде. Страни држављани могу под једнаким условима закључити уговор о рађању за другог, као и Грци. Осим сурогат мајке, и њен супружник мора пристати да она роди дете с циљем његовог уступања другом лицу.⁷²⁴

3.4.5. Македонија

Од 2014. године, када је донет Закон о изменама и допунама Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи⁷²⁵, Македонија спада у малобројни круг држава са позитивним приступом сурогат материнству. Намеравани родитељи морају бити супружници и македонски држављани, а сурогација је могућа искључиво уколико постоје аномалије, због којих намеравана мајка не може сама родити дете. Иста лица услуге сурогат мајке могу користити само два пута, под условом да је исход био позитиван у оба

⁷²⁰ Вид. чл. 1455 ГЗМПП.

⁷²¹ Вид. чл. 1456 ГЗМПП.

⁷²² Вид. чл. 1458 ГЗМПП.

⁷²³ Вид. 1460 ГЗМПП.

⁷²⁴ Вид. чл. 1458 ГЗМПП и *Kriari - Catranis*, 2003.

⁷²⁵ *Сл. Весник на РМ*, бр.149 од 13.10.2014 год. Преузето 01.06.2019. <https://www.pravdiko.mk/wp-content/uploads/2013/11/Zakon-za-izmenuvane-i-dopolnuvane-13-10-2014.pdf>.

случаја. Сурогат мајка мора бити Македонка, такође, и то стара најмање двадесет пет година. Након што им Министарство здравља изда потврду, лица која су закључила уговор о рађању са другом женом, могу бити уписана као родитељи детета које је она родила. Прописано је право детета да зна како је зачето, али се оно не може вршити пре навршене пете године живота. Обавеза је неплодних партнера да преузму сву децу рођену након закључења уговора са сурогат мајком, без обзира на њихов број и могуће недостатке. Сурогат мајка може понудити да роди дете за другога само из хуманих разлога, а не с циљем стицања добити. Како би се избегле злоупотребе, вредност поклона учињених у току њене трудноће не сме прећи износ од стотину евра.⁷²⁶

3.4.6. Немачка

За разлику од побројаних, Немачка је типичан пример државе са израженим традиционалним приступом заснивању родитељскоправног односа. Од 1990. год. на снази је Закон о заштити ембриона⁷²⁷, који садржи бројне забране у домену репродуктивних технологија. Донација ембриона и сурогат материнство су криминализовани, с тим што кривичној одговорности подлежу само медицински радници који су у томе учествовали, не и намеравани родитељи, давалац генетског материјала и сурогат мајка.⁷²⁸ Новчана или затворска казна до три године прети лицу које, између осталог, у тело једне жене унесе неоплођену јајну ћелију друге жене, покуша са вештачком оплодњом јајне ћелије како би у другом стању остала жена различита од оне чија је јајна ћелија, измести ембрион који још увек није потпуно имплантиран у материцу ради преношења у тело неке друге жене или из неког другог разлога, а не да би био очуван или покуша да изврши вештачку оплодњу или да унесе ембрион у тело жене, која жели да одмах по рођењу уступи дете другоме.⁷²⁹ Очигледно је да ни комерцијална ни алтруистичка сурогација нису дозвољене. Разлог томе јесте заштита интереса детета, које би могло имати потешкоћа у вези са разумевањем сопственог идентитета услед постојања двеју мајки – биолошке и

⁷²⁶ Вид. чл. 6а ЗБМПО РМ и Видић Трнинић, 2015: 1186.

⁷²⁷ Embryonenschutzgesetz (у даљем тексту: EschG). Преузето 03.06.2019. www.bilimakademisi.org/wp-content/uploads/2016/04/EmbryoProtectionAct.pdf.

⁷²⁸ Вид. § 3 ст. 1 и 2 ESchG. У литератури се наводи да је број осуђујућих пресуда донетих услед повреде забрана прописаних EschG-ом занемарљиво мали (Duecker, Hörnle, 2017: 3).

⁷²⁹ Вид. § 1 ст. 1 т. 1, 2, 6 и 7, § 2 ESchG.

социолошке. То што између детета и сурогат мајке нису створене психолошке везе може нашкодити његовом (пренаталном) развоју, као што то може бити случај и онада када су такве, већ успостављене везе, изненада прекинуте уступањем детета другој жени. Не треба посебно објашњавати основни правни проблем сурогације у виду одбијања сурогат мајке да преда дете правним родитељима. Неретко се дешава и то да намеравани родитељи не желе да прихвате дете, нарочито ако оно има неки физички или ментални недостатак (Duecker, Hörnle, 2017: 2). У сваком случају, забрањен је и сваки вид посредовања с циљем недозвољене употребе људског ембриона, манипулисање репродуктивним технологијама ради утицања на пол детета, као и њихово спровођење без пристанка власника употребљеног генетског материјала. Кажњиво је и понашање медицинског особља усмерено на то да намеравани родитељи одлуче да се у земљи у којој је то допуштено подвргну поступцима забрањеним у Немачкој.⁷³⁰ Притом, уколико је жена родила дете у иностранству, употребом дониране јајне ћелије, према општем правилу о материнству жене која је родила дете, неће бити никаквих препрека да се изврши упис рођења у матичну књигу. Оцем детета ће се у том случају сматрати муж мајке, а ако је реч о регистрованим партнерима, неће бити никаквих сметњи да се путем усвојења заснује родитељски однос. У случају прекограничне сурогације, постоји низ потешкоћа са којима се морају суочити лица која желе да од намераваних постану правни родитељи. Први корак свакако је прибављање исправе са којом дете може из земље рођења доћи у Немачку. Међутим, намеравана мајка се у том тренутку мора суочити са чињеницом да се у немачком праву, без изузетка мајком сматра жена која је родила дете. Намеравани отац може стећи жељени статус признањем, уколико је сурогат мајка неударна, али његова супруга или партнерка може постићи исти циљ само заснивањем усвојења. Одлука донета од стране суда у држави рођења детета може им значајно олакшати пут ка родитељству у правном смислу, уколико се она непосредно односи на породични статус детета. Међутим, домаћи суд се може позвати на свој јавни поредак и одбити признање ове одлуке. Да то не мора бити случај произлази из одлуке Федералног суда правде из 2014. год. којом је призната пресуда калифорнијског суда о успостављању родитељског статуса два мушка партнера, од којих је један дао неопходан генетски материјал (Duecker, Hörnle, 2017: 6, 10).

⁷³⁰ Вид. § 2, 3 и 4 ESchG.

3.4.7. Аустрија

Две године касније у односу на Немачку, у Аустрији је донет Закон о репродуктивној медицини, који је изричито забрањивао сурогат материнство. Измене и допуне овог закона, које су уследиле 2014. године, учиниле су аустријско право много мање рестриктивним, па је, примера ради, омогућена донација ембриона и семених ћелија и њихова употреба од стране партнера истог пола, ради стицања потомства, која је раније такође била забрањена. У домену сурогат материнства није било значајнијих новина, па поменута забрана и даље важи. Осим тога одредбама *ABGB* прописано је да се мајком, без изузетка, сматра жена која га је родила (§ 143) (Griessler, Hager, 2017). О забрани донације јајне и семене ћелије с циљем *in vitro* оплодње, изјаснио се и ЕСЈП у предмету *S.H. and Others v. Austria*⁷³¹. Одлуком донетом на основу тринаест према четири гласа, суд је закључио да, насупрот наводима подносилаца представке, предметна забрана не представља повреду права на поштовање породичног живота. Претходно је Уставни суд Аустрије истакао да су у важећем Закону о вештачкој оплодњи уважени интерес људског достојанства, право на потомство и добробит деце. Наведено је да је уређењем искључиво хомологне оплодње, тј. метода који се не разликују превише од природног зачећа, избегнуто стварање неубичајених породичних односа и економско искоришћавање жена. Европски суд је, пак, разматрао законодавство и праксу и других европских земаља, утврдивши да постоји тренд позитивног приступа хетерологној *in vitro* оплодњи, али да то није последица неког ширег консензуса, већ одражава степен развоја изузетно динамичне правне области. С обзиром на то да су на овом пољу испреплетани етички спорови и брз научни развој, поводом чега не постоји општа сагласност међу државама, суд је закључио да државе морају имати широк простор процене о томе шта треба дозволити, односно забранити. Изражен је став да је аустријски законодавац имао у виду општи друштвени став о предметном питању, а указано је и на могућност коришћења различитих оплодних техника у иностранству, до момента реформе аустријског права о вештачкој оплодњи. Када је у питању позитивно право, у сфери рађања за другог, паровима из Аустрије преостаје само да пронађу сурогат мајку у некој од земаља са благодиком приступом уговорима о рађању за другог. Уставни суд Аустрије је то

⁷³¹ Вид. фн. 84. и Бордаш, 2011: 324-331.

потврдио тиме што је донео одлуку да деца рођена у поступку прекограничне сурогације имају право на аустријско држављанство (Б13/11-10). У конкретном случају радило се о пару са пребивалиштем у Бечу, коме је сурогат мајка у Америци родила децу. Она су стекла америчко држављанство по основу рођења, а била су уписана и у регистар аустријских држављана. Родитељима је признат такав статус од стране надлежних америчких органа. Када је мајка захтевала припадајућу финансијску подршку у Аустрији, Министарство спољних послова је предложило управи Беча повлачење одлуке о признању аустријског држављанства за њену децу, јер је сурогација забрањена у тој земљи. Уставни суд је, пак, појаснио да је мајка добила такав статус на основу одлуке америчког органа, донете у свему у складу са међународним приватним правом. Није прихваћено ни становиште да је забрана сурогат материнства део аустријског јавног поретка, јер закон који је садржи није уставног карактера нити уређује људска права. Напоменуто је и то да сурогат мајка, америчка држављанка, не може бити приморана да прихвати родитељску улогу, у складу са аустријским законима. Наведено је, најзад, и то да поменуто Министарство није узело у обзир најбољи интерес детета, већ је одлуку донело произвољно.⁷³²

3.4.8. Француска

У Француској је забрањен сваки вид сурогат материнства, чак и онај код кога је употребљена јајна ћелија намераване мајке. Code Civil јасно прописује да је забрањена свака интервенција која има за циљ рађање детета генетски повезаног са неком другом особом.⁷³³ Надаље је прописана ништавост уговора који за предмет има рађање за другог. Употребљени термини подразумевају забрану сурогације код које је сурогат мајка генетски повезана са дететом и оне код које је употребљен генетски материјал намераване мајке или непознате особе (Kleine, 2017: 52). Искључена је свака могућност успостављања односа родитеља и детета у овом случају. То значи да намеравани родитељи не могу избећи забране из домаћег права одласком у неку од либералнијих земаља и ангажовањем сурогат мајке страног држављанства, а такође не могу рачунати да ће им то поћи за руком

⁷³² Вид. <https://www.ukrainiansurrogates.com/constitutional-court-of-austria-confirms-austrian-citizenship-for-children-born-through-surrogacy>. Преузето 15.06.2019. год, као и Busardo, Gulino, Napoletano, Zaami, Frati, 2014.

⁷³³ Вид. чл. 16-4 ст. 3 СС.

заснивањем усвојења. Правила о сурогцији су општег карактера, па сексуална оријентација или брачни статус намераваних родитеља нису од било каквог значаја. Међутим, Француска је пример државе у којој се на опсежан начин приступа реформаторским изменама породичноправних норми које се односе на заснивање родитељства. Тако је 2014. год. окончан пројекат на коме су радили стручњаци из свих значајних области, као што су медицина, право, социологија итд. Ипак, иако је његов допринос расветљавању одређених аспеката рађања за другог значајан, изостало је конкретно опредељење за или против овог начина успостављања родитељства. Две године касније објављен је извештај од стране два члана Сената у коме се предлаже да се настави са важећом политиком забране сурогат материнства, уз поштривање казнене политике према одговорним лицима. Наиме, рађање детета од стране жене која се неће сматрати његовом мајком санкционисано је не само грађанскоправним нормама, већ повлачи и кривичну одговорност. Санкције прете намераваним родитељима, сурогат мајци, посредницима између ових лица и лекарима (Kleine, 2017: 53).

3.4.9. Велика Британија и Сједињене Америчке Државе

Велика Британија спада у групу земаља у којима је строго забрањено само комерцијално сурогат материнство. Санкције прете и посредницима, који настоје да повежу намераване родитеље и жене вољне да им уз одговарајућу новчану накнаду роде дете. Забрана уговарања имовинске користи која превазилази уобичајене трошкове одржавања трудноће релативизирана је преовлађујућом судском праксом. Наиме, судови углавном примењују правило о могућности накнадног одобравања исплате одређене суме новца сурогат мајци, па, руководећи се најбољим интересом детета, најчешће усвајају захтев за признање родитељског статуса и у случају лукративне сурогације, осим ако се тиме очигледно вређа скуп вредности означених као јавни поредак. Осим тога, непостојање ефикасних санкција омогућава намераваним родитељима да своју жељу за дететом, уз плаћање одговарајуће накнаде, остваре у некој од земаља са повољнијим

правним режимом сурогат материнства (Horsey, 2016: 266, Busardo, Gulino, Napoletano, Rintamo, Zaami, Frati, 2014).⁷³⁴

У САД-у сурогат материнство није уређено на федералном нивоу, због чега постоје велике разлике између националних законодавстава. У већини земаља оно није допуштено, с тим што у појединима представља кажњиво дело (Аризона и Мичиген). Насупрот њих је група либералних држава, коју чине: Арканзас, Флорида, Илиноис, Невада, Тексас, Јута и Калифорнија (Мицковић, 2017: 69-70, Snyder, 2016: 282). Једна од најпожељнијих земаља за људе који не могу да постану родитељи природним путем нити неким другим биомедицинским поступком, осим сурогације, јесте Калифорнија. Због тога њена правила о рађању за другог и о породичном статусу детета рођеног у таквим околностима завређују нарочиту пажњу. Изменама калифорнијског Породичног законика, које су ступиле на снагу 2012. год. начињен је велики напредак у уређењу сурогат материнства.⁷³⁵ О томе колико је пажње посвећено овој установи сведочи чињеница да је реч о законском тексту који садржи појмовно одређење различитих видова сурогат материнства. Општа дефиниција је таква да је у средишту пажње сурогат мајка, тј. жена која је у писаној форми пристала да се подвргне медицински асистираној репродукцији и да роди дете за друго лице.⁷³⁶ Разликују се традиционална и гестациона сурогацији, при чему се под првом подразумева настанак ембриона од јајне ћелије жене која ће родити

⁷³⁴ С обзиром на бројна питања на која треба одговорити у вези са међудржавном комерцијалном сурогацијом, постоји разуман предлог да се тим поводом усвоји један интернационални документ, по узору на Хашку конвенцију о међудржавном усвојењу и отмици деце (Convention on the civil aspects of international child abduction. Преузето 16.07.2019. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24>). Практични проблеми прекограничног ангажовања сурогат мајке произлазе из разлика између националних законодавстава у погледу уређења начина стицања родитељског статуса након зачећа детета биомедицинским путем, становишта о истополним заједницама намераваних родитеља, а поједине потешкоће изазивају национална правила међународног приватног права, попут оних о међународној надлежности и меродавном праву, те признању страних одлука о родитељском статусу. Хашка конференција за међународно приватно право је препознала потребу за надржавним уређењем ове области и оквири у којима се притом треба кретати. Елиминација тзв. храмљућег родитељства и апатридије јесте основни циљ коме треба тежити, а он се може остварити оснаживањем потенцијалних сурогат мајки да се подробно информишу пре него што пристану на закључење уговора, обезбеђивањем одговарајуће медицинске помоћи сурогат мајкама и деци, спровођењем бар минималних провера способности намераваних родитеља да закључе уговор са сурогат мајком, прописивањем услова под којима ће се детету омогућити да сазна своје генетско порекло. Неопходно је да уговор буде састављен на језику који сурогат мајка разуме и да њиме не буде искључено њено право да у току трудноће доноси одлуке у вези са својим лечењем (Бордаш, 2014: 153; Jackson, 2016: 206-207, Самарџић, 2015: 827-831). Чини се, међутим, да су разлике у процени националних законодаваца у овој области превелике и да је мала вероватноћа да напори усмерени на приближавање њихових ставова доведу до усвајања обавезујућих правила у форми мултилатералне конвенције.

⁷³⁵ Assembly Bill No. 1217. Преузето 18.07.2019.

http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217. У даљем тексту: АВ.

⁷³⁶ Вид. § 7960 (ф) АВ.

дете и семене ћелије намеравног оца или непознатог даваоца, а под другом рађање детета које није генетски повазано са сурогат мајком.⁷³⁷ Да је дозвољена сурогација уз накнаду јасно је већ из уводног дела у коме су дефинисани основни појмови, па се, између осталог помиње уговор закључен између намераваних родитеља и стручњака за сурогацију, који има за предмет плаћање одређеног новчаног износа за одређену помоћ.⁷³⁸ Та помоћ се може састојати у посредовању између заинтересованих лица, оглашавању с циљем њиховог повезивања, наплаћивању одређених трошкова и накнада.⁷³⁹ Детаљна су и правила о уговору који закључују намеравани родитељи и сурогат мајка, па су прописани његови минимални елементи: датум закључења уговора, идентификациони подаци о уговорним странама и о даваоцима генетског материјала, осим ако је реч о непознатим лицима.⁷⁴⁰ Како би ризици својствени овом уговору били сведени на најмању меру прописано је да идентитет уговорних страна мора потврдити нотар или други одговарајући ауторитет, као што их морају затупати различити адвокати, које су саме уговорне стране изабрале.⁷⁴¹ Оно што Калифорнију чини идеалним местом, како за домаће држављане, тако и за лица у потрази са сурогат мајком изван своје државе, јесте читав низ врло једноставних правила о стицању родитељског статуса. Наиме, на практичан приступ овом питању указује и дефиниција намераваног родитеља, по којој је реч о лицу, без обзира на брачни статус, које жели да заснује родитељски однос у правном смислу у односу на дете рођено потпомогнутом репродукцијом.⁷⁴² Захтев за стицање родитељског статуса може се поднети и пре дететовог рођења, не само пред калифорнијским органима, већ и пред органима било које од повезаних земаља. Намеравани родитељи могу бирати између земље чији су држављани, земље рођења детета, земље чија је држављанка сурогат мајка, земље закључења уговора и оне у којој ће спровести поступак оплодње. Уколико су испуњени прописани услови суд мора усвојити истакнути захтев и уредити породични статус детета, тако што ће утврдити да сурогат мајка и њен партнер немају родитељска права и дужности према детету, јер сва права и обавезе из садржине родитељског права

⁷³⁷ Вид. § 7960 (ф) т. 1 и 2 АВ.

⁷³⁸ Вид. § 7960 (б) АВ.

⁷³⁹ Вид. § 7960 (е) т. 1 и 2 АВ.

⁷⁴⁰ Вид. § 7962 (а) т. 1, 2 и 3 АВ.

⁷⁴¹ Вид. § 7962 (б) (ц) АВ.

⁷⁴² Вид. § 7960 (ц) АВ.

стичу намеравани родитељи.⁷⁴³ Гарантована је тајност овог поступка.⁷⁴⁴ Ако су испуњени прописани услови, важи законска претпоставка да је уговор закључен између сурогат мајке и намераваних родитеља пуноважан.⁷⁴⁵

3.5. Сурогат материнство – за или *против*?

Сурогат материнство представља редак друштвени и породичноправни феномен код кога се као основно поставља питање да ли уопште треба да постоји или не. Различити ставови о његовим спорним елементима, који су бројни, у основи садрже расправу о допуштености и оправданости овог института. Пред сваким аутором који се бави овом облашћу, пре или касније, намеће се питање његовог опредељења за или против сурогат материнства, с којим је нужно повезано и разматрање његових врста и последица.⁷⁴⁶

Након излагања основних теоријских појмова о овом институту, не можемо да закључимо друго него да не постоји ниједан ваљани аргумент против увођења сурогат материнства, под строго дефинисаним условима. Примера ради, не видимо разлог због кога не би требало омогућити жени чији је организам у стању да произведе јајну ћелију, али не и да одржи трудноћу, да се оствари у улози мајке уз помоћ друге жене. Када јајна ћелија не потиче од намераване мајке, ситуација јесте сложенија у правном и етичком смислу, али сматрамо да би и у том случају требало да превагне интерес намераваних родитеља, али и друштвени интерес да се роди жељено дете. Уколико би у том поступку била искоришћена донирана јајна ћелија, а семена ћелија намераваног оца, такође одобравамо његову примену, јер сматрамо легитимним циљ брачних или ванбрачних партнера да добију дете генетски повезано са бар једним од њих (Тако и Видић Трнинић, 2015: 1165, Влашковић, 2011: 331-333, Живојиновић, 2011: 286-287, Јовић Прлаиновић, 2015: 48, Ковачек Станић, 2013: 15, Фрндић Имамовић, 2015: 29). Чак и да то није случај, тј. да се мора искористити само даровани генетски материјал, мишљења смо да треба удовољити жељи намераваних родитеља да изаберу жену која ће за њих родити дете и омогућити им да на посредан начин доживе искуство трудноће. Управо је то предност

⁷⁴³ Вид. § 7962 (е) АВ.

⁷⁴⁴ Вид. § 7962 (г) (х) АВ.

⁷⁴⁵ Вид. § 7962 (и) АВ.

⁷⁴⁶ О српским ауторима који су се бавили сурогат материнством и о њиховим начелним ставовима о њему вид. Ђурковић, 2015: 140-142.

заснивања родитељства посредством сурогат мајке у односу на усвојење, као последње решење за парове без могућности да стекну биолошке потомке. Штавише, сурогат материнство, под овим условима, не можемо сматрати много сложенијим од односа који настају заснивањем усвојења. Спорне ситуације које се уобичајено помињу као вероватне у односу између сурогат мајке и намераваних родитеља могу се очекивати и у односу између усвојитеља и биолошких родитеља усвојеника, под условом да су живи и познати. Из истих разлога залажемо се за допуштеност како сродничке, тако и несродничке, алтруистичке сурогације, а нарочито оне код које јајна ћелија не потиче од сурогат мајке. Као што ови видови сурогације, по нашем мишљењу, не изазивају драстичније последице од других института на којима може почивати родитељско – дечији однос, тако комерцијално и традиционално рађање за другог може изазвати тешко решиве правне и моралне дилеме. Закључење уговора о рађању за другог чији је битни елемент одговарајућа новчана надокнада може погодovati настанку бројних негативних појава, бар у економски исцрпљеним друштвима, као што је домаће. Пре свега, комерцијализација сурогације могла би да доведе до својеврсног експлоатисања сиромашних жена. Осим тога, уколико би се рађању уместо друге жене приступило као пружању услуга попут било којих других, то би могло довести до њиховог коришћења из разлога неспојивих са природом овог института. Недопустиво је ангажовање сурогат мајке како би се избегле потешкоће у вези са ношењем и рађањем детета. Поставља се питање, такође, како би се процењивало да ли је висина новчане надокнаде одговарајућа, тј. у складу са начелом једнаке вредности узајамних давања, имајући у виду посебну природу свих последица трудноће и порођаја. Овај вид трговине и дефинисање сурогације као услужне делатности сматрамо недозвољеним, јер је то неспојиво са било којим начином настанка родитељства, па и овим. Такође, сматрамо да нашим предлогом будућег уређења сурогације нису оштећени интереси неплодних парова, јер је тешко замислити ситуацију у којој не би постојао ниједан сродник ни пријатељ женског пола, који би им помогао, искључиво из хуманих разлога, да на овај начин остваре жељу за потомством. Чак и при таквом току ствари, могућност да се остваре у улози родитеља овим лицима не би била апсолутно ускраћена, јер се основано може претпоставити да ће увек бити деце подобне за усвојење. Уколико би, пак, била дозвољена могућност коришћења јајне ћелије сурогат мајке, биле би неминовне одређене негативне ситуације. Пре свега, обавеза сурогат мајке

да преда дете које је генетски повезано с њом, могла би неповољно да утиче на њено емотивно стање, што не би било правично. Моралне дилеме у вези са применом принуде, уколико она одбије да се повинује овој обавези, очигледне су. Осим тога, будући да постоји могућност анонимног давалаштва оплодних ћелија, мишљења смо да овакве правне и етичке изазове треба свакако избећи.⁷⁴⁷ У делу о врстама сурогације, већ смо навели разлоге због којих се залажемо за могућност да било која лица, а не само сродници, буду њени учесници. Иако смо се јасно определили за рађање за другог из хуманих побуда, не искључујемо могућност да друштвени и правни развој у будућности доведу до лукративног приступа овом институту. Међутим, сматрамо да у садашњем тренутку такво решење не би било у духу домаћег друштвеног и правног поретка. С друге стране, верујемо да би уређење сурогат материнства на начин за који се ми залажемо представљало одговарајући напредак у развоју породичног права Србије. У сваком случају, сматрамо да има више аргумената за него оних против промене постојећег негативног става законодавца о овом виду лечења женске неплодности. Свесни смо да то није једноставно, али смо уверени да би јасним уређењем његових елемената, спорне ситуације биле сведене на најмању меру. То што је реч о институту о коме могу много и дуго расправљати стручњаци различитих специјалности, не значи да га аутоматски треба искључити из правног поретка. Свакако је реч о једном начину лечења неплодности и већ због тога га не треба игнорисати. Примера ради, уколико намеравани родитељи имају пријатељицу која би врло радо родила дете зачето уз употребу њихових оплодних ћелија, поставља се питање оправданих разлога због којих би такав чин требало забранити? Заступници става супротног од нашег инсистирају углавном на негативним моралним аспектима сурогације, мада занемарују велики број института у различитим гранама права код којих они такође постоје.⁷⁴⁸ Издвајамо новчану накнаду нематеријалне штете као једну од традиционалних и свакодневно примењиваних установа, јер је и она од давнина била предмет етичких расправа. Када је реч о сложености правних последица, сматрамо да

⁷⁴⁷ Законом о људским ћелијама и ткивима („Сл. гласник РС“, бр. 57/2018, у даљем тексту ЗЉЋТ.) прописани су услови под којима здравствена организација може обављати послове банке репродуктивних донираних ћелија. Она мора добити дозволу за обављање тих послова, а њу издаје директор Управе за биомедицину, на неодређено време (Вид. чл. 9-11 ЗЉЋТ).

⁷⁴⁸ Истиче се да је сурогат материнство супротно људском достојанству, које је у средишту регулативе људских права, а указује на европске прописе, који имају за предмет забрану трговине људима, нарочито женама и децом, заштиту најбољег интереса детета и природног тока зачећа и рађања (Rintamo, 2016: 20. Преузето 20.06.2019.

<https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/164942/Sara%20Rintamo%20Masters%20Thesis.pdf>.

они који се негативно изјашњавају о сурогат материнству, занемарују да је логична претпоставка да његови учесници томе неће приступати олако, непромишљено. Имајући у виду ту и чињеницу да је одређени степен ризика уобичајен и код других правних подухвата, сматрамо да није од пресудне важности то што сви субјекти сурогације морају рачунати на одређене последице упуштања у такав поступак. Дакле, мишљења смо да рађање детета с циљем његовог уступања намераваним родитељима, начелно треба допустити под истим, ригорозним условима као и код других биомедицински потпомогнутих процедура. Прописивање правних последица, у сваком случају, па и у овом, претпоставља процену свих интереса и одлуку о томе који треба да превагне. Јасно је да ношење детета доводи до настанка одређених веза између њега и сурогат мајке. Због тога би требало прописати да се у тој улози може наћи само жена којој то није прва трудноћа. Осим тога, сматрамо да би било правично допустити сурогат мајци, уколико то жели, да остварује личне односе с дететом. Уколико би је намеравани родитељи у томе спречавали, морали би да сnose одређене последице. Право на сазнање порекла, такође би допринело остваривању права сурогат мајке да виђа дете које је родила. У сваком случају, до изражаја долази интерес да дете буде рођено. Ситуација која се превасходно жели избећи јесте она у којој сурогат мајка одбија да преда дете. Међутим, уколико се у тој улози нађе особа блиска намераваним родитељима, која је већ рађала, под додатним условом да дете није генетски повезано са њом и да ће моћи да се несметано виђа с њим, тешко је замислити такав исход. Уосталом, по нашем мишљењу чак и тада треба да превагне значај чињенице рођења детета, с тим што се не би могло сматрати да је правна заштита коју би у том случају уживали родитељи прописана на уштрб интереса сурогат мајке, будући да дете не би потицало од ње. Закључујемо да сурогација, под предложеним условима, обогаћује животе намераваних родитеља, али и сурогат мајке, с обзиром на њену специфичну улогу, те да представља легитиман начин настанка најзначајнијег и најсложенијег правног односа, оног између родитеља и детета.

Четврто поглавље

Заснивање родитељства усвојењем

1. Појам, историјски развој и циљеви усвојења

Родитељски однос уобичајено настаје биолошким путем – рођењем детета, било да је оно зачето природним путем или уз помоћ биомедицине. Међутим, од давнина је постојао и вољни (грађанскоправни) начин настанка сродства и породице. Реч је, наиме, о усвојењу (*adoptio*), које представља породичноправну установу којом се путем правног акта, дакле, вештачким путем, успостављају родитељски и други породичноправни односи између два лица - усвојитеља и усвојеника.⁷⁴⁹ У савременом друштву и праву, оно представља првенствени, најпримеренији вид заштите деце о којој се, из фактичких или правних разлога, не могу старати њихови биолошки родитељи. Може се посматрати и као формални правни акт и као правно стање њиме засновано – скуп права и обавеза између усвојитеља⁷⁵⁰ и усвојеника (Поњавић, 2007: 211). Сродство по усвојењу је комплементарно крвном (природном) сродству заснованом рађањем⁷⁵¹, па су и породични односи на њима утемељени, с правног гледишта, подударни.⁷⁵²

⁷⁴⁹ Одговарајући законски текстови појединих земаља садрже и дефиницију усвојења. Тако је у важећем хрватском Обитељском закону, у чл. 180 ст. 1, наведено да је усвојење посебан облик породичноправног збрињавања и заштите детета без одговарајућег родитељског старања, којим се ствара трајни однос родитеља и детета. Слична одредба из чл. 123 претходног закона гласила је незнатно другачије, па је усвојење било дефинисано као облик породичноправног збрињавања и заштите деце без одговарајућег родитељског старања, који омогућава усвојитељима да постану родитељи. Иако се чини да је у позитивном хрватском праву наглашенији трајни карактер усвојења, то, заправо, није случај. Однос између детета и родитеља је по природи трајног карактера, па је и раније појмовно одређење обухватало дугорочност као елемент усвојења. Према чл. 121 ПЗ ЦГ, усвојење је посебан облик породично – правне заштите деце без родитеља или без одговарајућег родитељског старања, којим се заснива родитељски, односно сроднички однос. У Породичном законнику Руске федерације нема изричитог одређења установе усвојења, али се на основу места где је изложена (у Одсеку VI насловљеном „Облици породичноправне заштите деце без родитељског старања“) може закључити о њеној природи у руском праву. У делу законика о општој подобности усвојеника, наведено је да је усвојење првенствени облик збрињавања деце без родитељског старања (Вид. чл. 124 ст. 1 ПЗ РФ). Опште правило Немачког грађанског законика о усвојењу малолетника наглашава значај интереса усвојеника и тежњу да се усвојењем успоставе односи слични онима између родитеља и детета (Вид. § 1741). Пунолетно лице се може усвојити ако је то оправдано с моралног аспекта, а сматраће се да је тако нарочито ако се између усвојитеља и усвојеника развио однос сличан родитељском (Вид. § 1767 BGB).

⁷⁵⁰ Панов (2010: 245-246) оштро критикује употребу термина усвојитељ, уместо речи усвојилац. Његови аргументи су исправни; у Преднацрту такође преовладава употреба термина усвојилац, али ми ћемо, ипак, у раду користити израз усвојитељ, јер је он важећи законски термин.

⁷⁵¹ Треба имати у виду да је и крвно сродство засновано на праву, а не само рађању, јер је и оно од значаја само у мери у којој је признато правом (Поњавић, 2007: 48-49). Код адоптивног сродства, правни аспект је

Усвојење представља сложену и од давнина познату друштвену и правну појаву, чије су се врсте и функције непрекидно прилагођавале савременим схватањима и потребама. Оно је постојало и у првобитној заједници, али је тада служило остварењу одређених интереса читавог рода, братства, племена. У првом плану је било јачање радне и борбене снаге колектива, па се усвојење могло засновати без неких посебних захтева, а врло често су се као усвојеници јављали ратни заробљеници или убице неког од чланова генса. С продором индивидуализма, под утицајем настанка приватне својине, мења се однос општег и посебног интереса, што се одразило и на усвојење, које је већ у старом Риму мотивисано продужењем породице (култа *pater familias*-а) и очувањем породичне имовине (Прокоп, 1963: 7-11). Уређењу усвојења је била посвећена одговарајућа пажња, па су се разликовала два његова облика: адрогација (*adrogatio*) и адопција (*adoptio*)⁷⁵³. Могао се адоптирати само *filius familiae* (лице *alieni iuris*), патрициј или плебејац, па се овим путем остваривало продужење породице, али и стицао виши друштвени положај. Адопција је заснивана правним послом између усвојитеља (адоптанта) и титулара очинске власти над усвојеником, који је самостало одлучивао о давању детета на адопцију. У Јустинијаново доба разликовале су се две врсте адопције: *adoptio plena* – потпуно усвојење и *adoptio minus plena* – непотпуно усвојење. Потпуно усвојење је за последицу имало целовито укључивање усвојеника (ванбрачног детета или унука адоптанта) у нову породицу, уз истовремени раскид његових дотадашњих породичних веза. Непотпуно усвојење није доводило до прекида усвојеникових односа са ранијом породицом, због чега су и његова права према усвојитељу и његовим сродницима била мањег обима.⁷⁵⁴ Наиме, дејство ове врсте усвојења исцрпљивало се у наследним правима усвојеника према адоптанту, уз одсуство узајамности (Китановић et al 2013: 165-168). Адрогација је била старији, шири облик усвојења, а њоме је могао бити обухваћен само одрастао мушкарац *sui generis* и чланови његове породице, тј. жена и деца који су се налазили под његовом

много учљивији, јер оно настаје на основу изјава воље заинтересованих субјеката, уз испуњење законом прописаних услова.

⁷⁵² Позната је латинска изрека: *adoptio naturam imitatur* – усвојење подражава, имитира природу.

⁷⁵³ Адопција се истовремено сматра општим називом за ова два вида усвојења римског права (Китановић, Игњатовић, 2013: 164).

⁷⁵⁴ Подела на потпуно и непотпуно усвојење постоји и у савременом праву. Сродство по потпуном усвојењу је изједначено с крвним сродством, па се његовим заснивањем успостављају односи између усвојитеља и његових сродника и усвојеника и његових потомака. Непотпуно усвојење не доводи до раскида веза усвојеника с његовим природним сродницима, па су и његова права и обавезе ужег обима у односу на усвојеника из потпуног усвојења. О овоме ће бити више речи у делу рада о дејствима усвојења.

patria potestas (Китановић, 2016: 111). У улози адроганта (усвојитеља) могло се наћи лице без биолошких потомака и са навршених шездесет година живота, због којих се могло очекивати да ни у будућности неће остварити природно потомство. Од адроганта се још захтевало да не буде лошег имовинског стања, а додатни услов је била и минимална старосна разлика од осамнаест година између адроганта и адрогата – усвојеника (Китановић et al 2013: 166). Последица адрогације је био губитак статуса *sui generis* и долазак под *patria potestas* адроганта.

У феудално доба, због преовлађујућег утицаја цркве и изузетног значаја крвног сродства, пре свега за одређивање друштвеног положаја, усвојење није било правно и друштвено признато. Насупрот томе, у време доношења буржоаских грађанских законика, ова установа је у потпуности обновљена, и то на римским основама. У почетку је у првом плану било непотпуно усвојење, којим су успостављани породични односи између усвојитеља и усвојеника и његових потомака, али без прекидања постојећих породичних веза.⁷⁵⁵ Основни циљ је био обезбеђење продужења породице у условима непостојања природног потомства. Због тога се један од услова на страни усвојитеља тицао његових

⁷⁵⁵ У грађанске законике у којима је било заступљено само непотпуно усвојење спадао је, на пример, *Code Napoleon*, како се првобитно звао *Code Civil*. Основне последице усвојења су биле додавање презимена усвојитеља усвојениковом и стицање наследних права према усвојитељу, у истом обиму као да је реч о његовом биолошком детету. Оно је производило и брачне забране, па није било могуће закључење брака између усвојеника и усвојитеља, односно његовог супружника или детета. Усвојењем је такође настајала узајамна обавеза издржавања (Више у: Mignot, 2015: 759-782). У Немачком грађанском законнику из 1896. године такође је уређено само непотпуно усвојење, којим су преношени презиме и имовина са усвојитеља на усвојеника. Заснивањем усвојења успостављани су сроднички односи између усвојитеља и усвојеника и његових потомака, без прекидања веза између усвојеника и његових природних сродника. Усвојитељ је, иначе, морао бити без природног потомства и старији од усвојеника најмање двадест пет година (Китановић, 2016: 112). Аустријски грађански законик из 1811. године, такође спада у групу оних који су садржали само непотпуно усвојење. Својство усвојеника су могла да стекну не само малолетна, већ и пунолетна лица, чак и она која су била у браку и остварила потомство. Усвојеник је презимену усвојитеља додавао властито (Китановић, 2016: 114). Српски грађански законик одликовао се разноврсношћу модела усвојења, јер је омогућавао избор између потпуног и непотпуног усвојења и својеврсног хранитељства. Ова правила се и у савременом српском и упоредном праву могу сматрати прихватљивим, што је необично када се узму обзир остале породичноправне норме, у великој мери назадне, бар што се тиче положаја жена (Драшкић, 2014: 129). У сваком случају, усвојењу су била пододна и пунолетна и малолетна лица. Потпуним усвојењем („без свакога услова и изузетка“) усвојеник је у потпуности бивао интегрисан у нову породицу, не губећи притом раније презиме и везе са дотадашњом породицом. Старосна разлика између усвојитеља и усвојеника морала је износити најмање петнаест година. Непотпуно усвојење („са погодбом и на неке услове“) могло је да буде засновано посредством суда или закључењем споразума с родитељима, заступником или старатељем усвојеника, или са пунолетним усвојеником. Независно од воље заинтересованих лица могло је да буде засновано усвојење које је рађало само обавезу издржавања и старања о усвојенику - хранитељство (Вид. §§ 136-148 СГЗ).

година живота – старосни минимум износио је, углавном, педесет година.⁷⁵⁶ У појединим буржоаским правима постојали су и додатни услови, попут пунолетства усвојеника⁷⁵⁷ или обавезне истоветности полова усвојитеља и усвојеника. Усвојење је заснивано судски потврђеним уговором између усвојитеља и усвојеника или његовог законског заступника (Китановић et al, 2013: 168-171).

У савременом праву, усвојење представља изразито хуману и корисну установу, којом се првенствено постиже најпотпунија заштита деце без родитељског старања, а истовремено омогућава усвојитељима да се остваре у родитељској улози и у оним случајевима када то није могуће природним путем. Њиме се дакле првенствено остварује друштвена – породичноправна заштита деце о којој се из неког разлога не могу старати природни родитељи, а такође је и један од метода планирања породице за парове без деце (Ковачек Станић, 2005: 367). Чињеница је да је одрастање у породичном окружењу начелно најбоља гаранција нормалног психофизичког развоја детета, али се усвојење свакако може засновати само када је то у најбољем интересу детета.⁷⁵⁸ У већини савремених права прихваћено је потпуно усвојење, па важи правило да је усвојење могуће ако је оправдано очекивати да ће однос између усвојитеља и усвојеника бити верна слика односа између родитеља и детета. То даље значи да заснивањем усвојења у сваком случају настаје једна породица, са свим правима и дужностима њених чланова. Имајући у виду

⁷⁵⁶ Примера ради, минимална старосна граница од педесет година на страни усвојитеља је била претпоставка усвојења у доба важења СС из 1804. године, као и у време важења АВГВ из 1811. године.

⁷⁵⁷ Тако је СС прописивао да се може усвојити лице са навршеном двадесет једном годином живота. Такво стање је постојало све до законодавне измене из 1923. године, када је омогућено усвајање малолетника, због великог броја деце остале без родитеља у Првом светском рату. Како би се поспешило усвојење, старосна граница за усвојитеље је спуштена на четрдесет година. Право на усвојење је било резервисано за парове без деце, а заснивањем усвојења још увек није долазило до прекида постојећих породичних односа. Потпуно усвојење, којим је усвојеник раскидао везе са ранијом породицом и у потпуности бивао интегрисан у нову, у француско право је уведено 1939. године доношењем закона познатог као *Code de la famille*. Право на усвојење су најпре имали партнери са најмање десет година брачног стажа, а од 1996. године минимално трајање брака је износило две године. Бар један од усвојитеља морао је да има најмање тридесет пет година од 1941, па све до 1996. године, када је старосна граница померена на двадесет осам година. Од 1966. године прописана је минимална старосна разлика између усвојитеља и усвојеника и она је износила петнаест година. Десет година касније омогућено је да се у улози усвојитеља нађу и лица која су се већ остварила као родитељи. Од 1966. године дозвољено је и појединцима да усвајају децу. Усвојеник је морало да буде дете без родитељског старања са навршених пет година живота. Од 1966. године, под истим условима, званично је могло да буде засновано и непотпуно (обично) усвојење, без икаквих старосних ограничења на страни усвојеника (Mignot, 2015: 759-782).

⁷⁵⁸ Из тог разлога ПЗ у општем делу који се тиче детета прописује да је држава дужна да детету без родитељског старања обезбеди заштиту у породичној средини увек када је то могуће (Вид. чл. 6 ст. 6). Некадашњи ЗБПО је био још изричиторији у том смислу, па је његовом одредбом из чл. 9 ст. 2 била прописана обавеза пружања заштите деци без родитеља, односно родитељског старања, првенствено путем усвојења или смештаја у другу породицу, а тек онда на неки други начин.

друштвени значај ове установе, усвојење може бити пуноважно засновано само уз учешће надлежног органа, који цени испуњеност законом прописаних услова, како на страни усвојеника, тако и на страни усвојитеља.

2. Материјални услови за заснивање усвојења

2.1. Услови на страни усвојеника

У позитивном српском праву уређено је једино потпуно усвојење, а да би оно било засновано, морају бити испуњени побројани услови. Први се тиче узраста, па усвојеник може бити само дете⁷⁵⁹, после навршеног трећег месеца живота⁷⁶⁰, под условом да није

⁷⁵⁹ Вид. фн. 39. Ово решење је у целисти усклађено са оним из ревидиране Европске конвенције о усвојењу (Србија је потписница ове конвенције од 18.06.2009. год. а њен текст је доступан на веб сајту: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent>, преузето 25.10.2019. год. У даљем тексту: ЕКУ). Одредбом из чл. 1 ст. 1 ЕКУ прописано је да усвојеник мора имати мање од осамнаест година, да не сме бити у браку или регистрованој заједници, односно да не сме бити еманципован. Малолетство као један од услова на страни усвојеника је логична последица тога да се пунолетна лица, по дефиницији, могу сама старати о себи, својим правима и обавезама, тако да им није потребна заштита која се остварује потпуним усвојењем. У Преднацрту је предложена могућност усвојења пунолетног лица, ако за то постоје нарочито оправдани разлози по оцени министра надлежног за породичну заштиту (Алтернатива из чл. 2323). У позитивном немачком праву такође постоји усвојење над пунолетним лицима. Оно је могуће под условом да је морално оправдано, а претпоставља се да то јесте случај, ако је већ успостављен однос родитеља и детета између усвојитеља и усвојеника (Вид. § 1767 ст. 1 BGB). Из одредаба Аустријског грађанског законика који је у садашњем тренутку на снази такође произлази да усвојеник може бити и пунолетно лице. Усвојење ће у том случају бити одобрено уколико између усвојитеља и усвојеника већ постоји однос налик родитељско-дечијем, а нарочито уколико су пет или више година живели у заједничком домаћинству или сличној заједници (Вид. § 194 ст. 1 ABGB). У црногорском праву, пре измена из 2016. године, потпуно усвојење је било могуће само ако је било речи о детету до навршене десете године живота (Вид. чл. 131 Породичног закона Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, 1/2007. У даљем тексту: ПЗ ЦГ (2007.)). Усвојеник код непотпуног усвојења могло је бити дете до навршене осамнаесте године живота, а ако је било старије од десет година, морало се сагласити са усвојењем (Вид. чл. 133 ПЗ ЦГ (2007.)). Према важећој одредби из чл. 131 ПЗ ЦГ, може се усвојити дете старости до осамнаест година. У француском праву, може се усвојити дете старости до петнаест година, које је шест месеци боравило код могућих усвојитеља. Допуштени изузетак од овог правила постоји код усвојеника старијег од петнаест година, примљеног од усвојитеља у време када је био млађи од тог узраста и када нису били испуњени други услови за усвојење, за разлику од садашњег тренутка. Исто правило важи и у случају да је у време када је усвојеник имао мање од петнаест година било засновано обично усвојење, јер се касније може засновати и потпуно, све док је усвојеник малолетник или у периоду од две године након стицања пунолетства (Вид. чл. 345 ст. 2 СС). Код обичног усвојења, пак, нису прописане старосне границе на страни усвојеника (Вид. чл. 360 СС).

⁷⁶⁰ У хрватском и црногорском праву, протек рока од три месеца од релевантног догађаја захтева се и за усвојење напуштеног детета непознатог порекла (Вид. чл. 181 ст. 2 ОЗ РХ и чл. 124 ПЗ ЦГ). Овај рок је у складу са одговарајућом одредбом из чл. 5 ст. 5 ЕКУ, јер је њоме прописано да од рођења детета до сгалашавања мајке са усвојењем мора проћи најмање шест недеља. Доња старосна граница прописана је у интересу усвојеника и његових биолошких родитеља, пре свега мајке, која може донети непромишљену одлуку о саглашавању с усвојењем, под утицајем стреса изазваног порођајем (Китановић, 2006:133, Панов, 2010: 257, Поњавић, 2007: 214). Правило о минималној старости усвојеника потпуно је у складу са правилима о давању сагласности родитеља у поступку усвојења, јер се то не може учинити пре него што дете наврши други месец живота, док се дата сагласност може повући, и то само једном, у року од тридест дана (Вид. чл. 95 ПЗ).

стекло потпуну пословну способност пре пунолетства⁷⁶¹.⁷⁶² Интерес за његовим усвојењем прописан је као општи услов, али се његово постојање цени и са становишта испуњености прецизнијих законских услова у вези са породичноправним статусом детета. Да би било засновано пуноважно усвојење, заинтересована лица морају бити сагласна са усвојењем. Пасивну адоптивну способност има само дете чији су биолошки родитељи умрли или се не могу старати о њему зато што су потпуно лишени родитељског права или пословне способности.⁷⁶³ Такође, може бити усвојено дете чији су родитељи непознати⁷⁶⁴ или се не могу пронаћи јер им је боравиште непознато. Може бити усвојено и дете над којим се врши родитељско право, и то у случају саглашавања његових родитеља са заснивањем усвојења.⁷⁶⁵ Наглашено је да у сваком случају, заснивање усвојења мора бити у најбољем интересу детета - усвојеника.⁷⁶⁶

Може се претпоставити да ће усвојитељи прижељкивати да усвоје дете чији су биолошки родитељи умрли или су непознати, односно непознатог боравишта, јер је

⁷⁶¹ Потпуна пословна способност се редовно стиче пунолетством, тј. са навршеном осамнаестом годином живота. Међутим, и малолетно лице, које је навршило шеснаест година, изузетно може стећи потпуну пословну способност, и то склапањем брака уз дозволу ванпарничног суда, који мора да води рачуна о томе да ли је малолетник достигао телесну и душевну зрелост за вршење брачних права и дужности. Осим тога, до еманципације малолетног лица долази одлуком ванпарничног суда о стицању потпуне пословне способности малолетника који је навршио шеснаесту годину живота и постао је родитељ, а достигао је телесну и душевну зрелост за самостално старање о сопственој личности, правима и интересима (Вид. чл. 11 и чл. 23 ПЗ).

⁷⁶² Вид. чл. 90 ПЗ.

⁷⁶³ Поњавић (2007: 215) примећује да су овим угрожени интереси родитеља јер су и лишење родитељског права и лишење пословне способности установе привременог карактера. Опасност прети и интересима усвојитеља, јер је могуће њихово узнемиравање од стране природних родитеља.

⁷⁶⁴ Европска конвенција о усвојењу садржи корисно правило о ситуацији у којој истовремено теку поступци за заснивање усвојења и за утврђивање родитељског статуса. У том случају, треба застати са поступком усвојења, како би се сачекао исход патернитетске или матернитетске парнице, која, пак, треба бити што хитније окончана (Вид. чл. 16 ЕКУ).

⁷⁶⁵ Вид. чл. 91 ПЗ.

⁷⁶⁶ Вид. чл. 89 ПЗ. Исти стандард садржи и ЕКУ, с тим што је одредбом из чл. 4 ст. 2 додатно наведено да надлежни орган мора утврдити да ће усвојеник стећи стабилну и хармоничну породицу. Китановић (2006: 135) поставља питање садржине овог правног стандарда, наводећи да би то могли да буди и критеријуми који доприносе очувању идентитета детета, попут националне, етничке, расне или верске припадности усвојитеља и усвојеника, односно његових биолошких родитеља. Примера ради, Поњавић (2007: 216) сматра да и противљење усвојењу од стране бабе и деде по умрлом родитељу, такође, може да буде од значаја у поступку усвојења, управо у контексту примене правила о најбољем интересу детета. У прилог његовом ставу сведочи поменута пресуда ЕСЈП *Bogonosovy v. Russia* (вид. фн. 19), у којој је наведено да је подносиоцу повређено право на поштовање његовог породичног живота тиме што је у току поступка заснивања усвојења над његовом унуком остављен у погрешном уверењу да ће моћи да одржава личне односе с њом. Сматрамо да старање о најбољем интересу детета приликом заснивања усвојења треба посматрати као обавезу свих учесника поступка, а пре свега органа чијом се одлуком усвојење заснива, да у сваком конкретном случају пажљиво размотре и оцене све околности, те да одлука о усвојењу буде донета након свеобухватне анализе чињеничног стања, а не само на основу испуњености објективних законских услова.

вероватноћа да ће се они у неком тренутку умешати у њихов однос са усвојеником, у првом случају непостојећа, а у другом врло мала. Да у другачијим ситуацијама може доћи до бројних спорова, најбоље илуструје пракса Европског суда за људска права. Тако је у предмету *Pontes v. Portugal*⁷⁶⁷ ЕСЉП утврдио да је подносиоцима двоструко повређено право на поштовање приватног и породичног живота, јер им је онемогућено одржавање контакта са једним од њихово петоро деце, које је касније усвојено. Иако је реч о подносиоцима представке којима је због злоупотребе дрога, бављења мајке проституцијом, а деце просјачењем, дете првобитно одузето, и без обзира на чињеницу да је оно лепо прихватило своје хранитеље, по оцени ЕСЉП, засновано усвојење није било у најбољем интересу детета. Образлажући своју одлуку, суд је посебно ценио то што су се подносиоци подвргли одвикавању од употребе опојних дрога и што су пронашли запослење, а истакао је још једном да је право родитеља и, пре свега, детета да ова лица живе заједно. Закључио је да им је повређено право на поштовање породичног живота како тиме што су најпре спречени да одржавају личне односе са својим дететом, као и лишавањем родитељског права и каснијим заснивањем усвојења, иако није било довољно разлога за то. Сличан став о праву детета да живи са мајком и да одржава контакте с њом Европски суд за људска права је заузео и у предмету *Zhou v. Italy*⁷⁶⁸. Заступник домаће државе у овом предмету је инсистирао на томе да мајка-подносиатељка није била у стању да се стара о детету и да оно није развило блиске односе с њом, због чега су њихови међусобни сусрети деловали негативно на његов развој. Европски суд је пак оценио да заснивање потпуног усвојења није било у најбољем интересу детета, већ да су постојала боља решења, попут живота са мајком или отвореног усвојења, уз одговарајућу подршку служби социјалне заштите. Својеврсни преседан представља пресуда донета у поступку *Mohamed Hasan v. Norway*⁷⁶⁹. Подносиатељка представке ЕСЉП је била Ирачанка, која је закључила брак са својим сународником, са пребивалиштем у Норвешкој, и потом се преселила у ту земљу, како би живела с њим. Убрзо им се родила ћерка, да би потом дошло до инцидента у којима је интервенисала полиција. Наиме, супруг подносиатељке је

⁷⁶⁷ *Chamber judgment* бр. 19554/09. Преузето 15.11.2019.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-3907324-4511087%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-3907324-4511087%22]}).

⁷⁶⁸ *Judgment* бр. 33773/11. Преузето 15.11.2019.

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-9319&filename=002-9319.pdf>.

⁷⁶⁹ *Judgment* бр. 27496/15. Преузето 15.11.2019.

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6072689-7818861&filename=Judgments%20and%20decisions%20of%2026.04.18.pdf>.

према њој и њиховој ћерки извршио насиље у породици, због кога је одређено време провео у притвору. Подносиатеља је хоспитализована, а њена ћерка је за то време боравила код хранитеља, да би касније са мајком била премештена у сигурну кућу. Подносиатеља није желела да учествује у кривичном поступку против свог супруга, најзад се и преселила код њега, док је њихова ћерка, по други пут, смештена код хранитеља. Након још једног заједничког боравка подносиатеље и њене ћерке у сигурној кући, обе су се вратиле у кућу њиховог супруга, односно оца. У међувремену је дошло до неколико сличних ситуација, а након рођења друге ћерке, поновног боравака подносиатеља с обема ћеркама у сигурној кући и њеног одбијања да сведочи против супруга, оба детета су поверена хранитељима. Подносиатеља се томе противила, али је званични став био да јој се деца не могу вратити док не обезбеди сопствени смештај. Подносиатеља и њен супруг су покренули поступак како би оспорили ову одлуку, да би, док он још није био окончан, подносиатељкин супруг отео своје ћерке за време сусрета са мајком. Након тог догађаја, одлучено је да се деца повере различитим хранитељима и да немају никаквих контаката с родитељима. Таква одлука је потврђена, јер су више инстанце биле става да постоји очигледан ризик за децу, који потиче од њиховог оца, а који њихова мајка није у стању да неутрализује. Уследио је развод брака и захтев подносиатеље да јој деца буду враћена, али је служба дечије заштите предложила да се над децом покрене поступак усвојења. Иако је подносиатеља савладала норвешки језик и успоставила извесне међуљудске односе након развода, суд је закључио да она не би била у стању да заштити децу од претњи које се потицале од њиховог оца. Процењено је да је намера оца била да децу присилно одведе у Ирак. Међутим, он је под претњом служења затворске казне због отмице деце напустио Норвешку и отишао у Ирак, с намером да се тамо настани. Ипак, стручњаци су проценили да ризик по живот деце није смањен, јер је опасност и даље претила од породице њиховог оца, а неизвесно је да ли би мајка била у стању да свој и идентитет деце држи у тајности. Из тих и других околности закључено је да је у интересу деце да буду усвојена. Подносиатеља се обратила суду у Стразбуру сматрајући да јој је повређено право на поштовање породичног живота тиме што је лишена родитељског права и што је одлучено да њена деца буду усвојена. Суд је раније истакао да је у интересу детета да се очувају породичне везе, а уколико су оне прекинуте, треба тежити да се што пре поново успоставе. Међутим, уколико се породично окружење покаже као нарочито неподобно,

Лишавањем родитељског права подносиоце и заснивањем усвојења над њеним дететом ЕСЉП се бавио и у предмету *Aune v Norway*⁷⁷¹. Подносиоца и њен партнер су били корисници опојних дрога, због чега су занемаривали свог сина, који је убрзо по рођењу смештен код хранитеља. У хранитељском смештају је боравио до своје дванаесте године. За то време се веома везао за своје хранитеље, док је са подносиоцем имао свега неколико сусрета. Подносиоца се у међувремену подвргла лечењу, пронашла је новог партнера, с којим је започела и пословни подухват. Ипак, домаћи и суд у Стразбуру су закључили да дете има потребу за стабилношћу коју пружа усвојење. Ценили су везаност детета за хранитеље, чињеницу да оно није живело с мајком од шестог месеца до дванаесте године живота и да је било озбиљно занемаривано због болести зависности својих родитеља. С обзиром на дотадашње понашање хранитеља, није постојала ни бојазан да ће се они противити виђању детета с мајком. Због свих ових чињеница, суд је закључио да је усвојење детета мера сразмерна легитимном циљу да се заштити његов интерес, па је утврдио да подносиоци није повређено право на поштовање њеног породичног живота. Питањем одговарајуће равнотеже наизглед супротстављених интереса родитеља и детета суд у Стразбуру се бавио и у предмету *R. and. H. v. United Kingdom*⁷⁷². Подносиоци су тврдили да је повређено њихово право на поштовање породичног живота тиме што је им одузето родитељско право и што је донета одлука да њихово дете буде усвојено. Мајка је у време трудноће и непосредно после тога била зависна од употребе алкохола, а дете је од ређења било у систему друштвене заштите. Суд је пошао од раније заузетог става да је у интересу детета да породичне везе буду очуване, али да је подједнако важан његов интерес да одраста у здравом окружењу, тако да родитељи не могу захтевати примену мера које би угрозиле његов нормалан развој.

[http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-59719&filename=001-](http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-59719&filename=001-59719.pdf&TID=uqwbwwxflz)

59719.pdf&TID=uqwbwwxflz). Подносиоца је пре рођења детета и након тога, због менталних проблема, боравила у одговарајућој установи, а о њеној њерки су за то време бринули хранитељи. Подносиоца је по завршетку процеса лечења захтевала да јој се дете врати на старање, али није у томе успела. Суд је утврдио да такво мешање државе у породичне односе није било несразмерно циљу – заштити интереса детета. Цењене су бројне околности: привремени карактер установе хранитељства, могућност контакта подносиоце са дететом, претходно дата сагласност подносиоце са заснивањем усвојења итд.

⁷⁷¹ *Judgment* бр. 52502/07. Преузето 15.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101458>.

⁷⁷² *Judgment* бр. 35348/06. Преузето 15.11.2019. <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed83859>.

Истакнуто је још једном да се мора поступати са нарочитим опрезом када се родитељи лишвају родитељског права и одобрава усвојење и да такве мере морају бити оправдане изузетним околностима и најбољим интересом детета. У конкретном случају, суд је утврдио да подносиоцима није повређено право на поштовање породичног живота, јер је усвојење предложено у интересу детета. Објективна опасност да се подносиатељка врати алкохолизму, дуготрајна одвојеност детета од подносилаца и остављена могућност контакта с њима и након заснивања усвојења, биле су одлучујуће чињенице за доношење негативне одлуке. Треба, најзад, посебно истаћи тумачење чл. 8 Конвенције које је дошло до изражаја у предмету *Pini and. Other v. Romania*⁷⁷³. Представка, којом су подносиоци захтевали да им се предају деца коју су усвојили, одбијена је с образложењем да се томе противе деца с којом усвојитељи нису успоставили било какав однос и која су навикнута на живот у приватном центру за збрињавање. Потврђено је да интерес деце мора бити пресудан, а не интерес усвојитеља да остваре породичне везе са усвојеницима. Значајно је и то да је мишљењу деце посвећена дужна пажња, иако су у време заснивања усвојења имала девет година, мада је у румунском праву сагласност за заснивање усвојења неопходна када је дете навршило десет година живота. Закључујемо да је побројаним одлукама суда у Стразбуру заједничко то што је на њихову садржину пресудно утицала процена суда да ли је у најбољем интересу усвојеника поновно успостављање нарушених породичних односа или заснивање нових путем усвојења.

Уколико је у својству усвојеника дете чији су родитељи живи и познато је где бораве, неопходна је њихова сагласност са усвојењем. Уколико се о детету не старају родитељи, са овим чином се мора сагласити његов старатељ. Може се дати и општа, бланко сагласност, али и она са навођењем личних података о усвојитељу. У сваком случају, реч је о једностраном и изричитом напуштању детета, а не о уговору са будућим усвојитељима (Поњавић, 2007: 216). Као што је претходно речено, родитељ се не може сагласити са усвојењем пре него што дете наврши други месец живота. Изјава о саглашавању са усвојењем је опозива, али се може повући само једном, у року од тридесет дана.⁷⁷⁴ За сагласност се неће питати пословно неспособни родитељ или онај који је

⁷⁷³ *Judgment* бр. 78030/2001. Преузето 15.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-61837%22%5D%7D>.

⁷⁷⁴ Видети: чл. 91, чл. 95 ПЗ и чл. 5 ст. 1 (а) ЕКУ. У руском праву, сагласност родитеља може бити повучена до окончања поступка усвојења, тј. све до доношења одлуке надлежног органа (Вид. чл. 129 ст. 2 ПЗ РФ).

потпуно лишен родитељског права или само права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.⁷⁷⁵ Изјава о давању сагласности за усвојење је лична изјава воље, а да би била пуноважна мора бити дата у писаној форми, слободно и озбиљно. Начин на који су хрватским законом уређени услови саглашавања родитеља са усвојењем је нешто другачији од приступа српског законодавца и због тога га треба истаћи на овом месту. Наиме, ову изјаву ће моћи да дају и малолетни родитељи или они лишени пословне способности, уколико су у стању да разумеју њено значење.⁷⁷⁶ Центар за социјални рад их у овом случају нарочито мора упознати са правним и фактичким последицама радње коју ће предузети.⁷⁷⁷ Ако лице лишено пословне способности због сметњи у душевном развоју није у стању да разуме последице усвојења, његову изјаву ће надоместити судска одлука.⁷⁷⁸ Наглашено је да родитељи не могу дати пристанак да њихово дете усвоје тачно

Према Породичном закону ЦГ, као и Обитељском закону РХ, родитељи могу повући изјаву о сагласности с усвојењем у року од тридесет дана (Вид. чл. 139 ПЗ ЦГ и чл. 188 ст. 6 ОЗ РХ). Иначе, у случајевима у којима се примењује хрватско право, општа сагласност са усвојењем може бити дата након што дете наврши шест недеља живота (Вид. чл. 194 ст. 3 ОЗ РХ). Рок за размишљање у немачком праву износи осам недеља од рођења детета. Уколико је дете поверено мајци на старање, отац може дати изјаву о сагласности са усвојењем чак и пре рођења детета. У француском праву, сагласност са заснивањем усвојења родитељи могу повући у року од два месеца. Ако је дете већ поверено неким лицима, одлуку о даљем току усвојења донеће суд, водећи рачуна о најбољем интересу детета (Вид. чл. 248-3 СС). Родитељи се могу сагласити са усвојењем детета млађег од две године, само када су усвојитељ и усвојеник крвни сродници или тазбински сродници закључно са шестим степеном сродства, или је дете поверено служби дечије помоћи или установи надлежној за усвојење (Вид. чл. 348-5 СС).

⁷⁷⁵ Вид. чл. 96 ПЗ. Руско право се у овом погледу разликује од српског по томе што је у њему додатно прописано да се сагласност неће тражити ни од оног родитеља који без оправданог разлога не живи с дететом и занемарује обавезу његовог подизања и издржавања у периоду дужем од шест месеци (Вид. чл. 130 ПЗ РФ). У црногорском праву није потребан пристанак родитеља који је лишен пословне способности или родитељског права, али ни оног који не живи с дететом, под додатним условом да је у периоду од три месеца у већој мери занемарио старање о њему. Неће се питати за одобрење ни родитељ чије је боравиште непознато у периоду од шест месеци, у току кога се није старао о детету (Вид. чл. 129 ПЗ ЦГ). У француском праву, неће се водити рачуна о мишљењу родитеља о заснивању усвојења, уколико они не показују даље интересовање за дете, до те мере да су угрожени његово здравље и морал, па се може сматрати да постоји злоупотреба права на одбијање сагласности са усвојењем (Вид. чл. 348-6 СС). У немачком праву, неће се питати за сагласност родитељ који је трајно спречен да да такву изјаву или је непознато где борави (Вид. § 1747 ст. 2,3,4 BGB). У случају грубог (трајног или нарочито озбиљног) неизвршавања родитељских дужности, уместо сагласности родитеља, биће неопходна дозвола породичног суда (Вид. § 1748 BGB). Према одредбама из § 181 ABGB и аустријској судској пракси, сагласност родитеља са заснивањем усвојења може бити супституисана судском одлуком, уколико су они у континуитету грубо кршили законске обавезе према детету, до те мере да је угрожен његов развој и да је неопходна интервенција од стране трећих лица. Посебна сагласност родитеља се свакако не захтева када су као законски заступници детета закључили уговор о усвојењу.

⁷⁷⁶ Вид. чл. 188 ст. 2 ОЗ РХ.

⁷⁷⁷ Вид. чл. 188 ст. 2 ОЗ РХ.

⁷⁷⁸ Вид. чл. 188 ст. 3 ОЗ РХ. Овај ванпранични поступак, пред судом чије се седиште налази на његовом подручју, предлогом покреће центар за социјални рад надлежан према месту пребивалишта или боравишта родитеља. Осим родитеља, суд ће у овом поступку, по потреби, саслушати и лица блиска детету, као што и његовом мишљењу мора посветити пажњу. Суд ће му поставити посебног старатеља, који је искључиво

одређена лица, осим ако је реч о њиховом супружнику или ванбрачном партнеру.⁷⁷⁹ Осим поменутих, још у неким случајевима ће заснивање усвојења зависити од судске одлуке, а не од пристанка родитеља. То ће бити неопходно ако родитељ дуже време злоупотребљава или грубо крши родитељску одговорност или својим понашањем показује незаинтересованост за дете, а усвојење би било у интересу детета.⁷⁸⁰ Чак и ако је такво понашање родитеља кратко трајало, суд може донети исту одлуку, ако је извесно да родитељима више неће моћи да буде поверено старање о детету.⁷⁸¹ Исто важи када је родитељ трајно неспособан за вршење родитељских права и дужности, при чему нема изгледа да ће се о детету старати неко од сродника, па је заснивање усвојења у његовом интересу.⁷⁸² О овом питању суд одлучује решењем, након спроведеног ванпарничног поступка, на предлог органа старатељства.⁷⁸³ Предлог ће бити одбачен ако центар за социјални рад није испунио обавезу упозаравања на могућност примене мере интензивне помоћи или од тог тренутка није прошло три месеца, као и када исти рок није протекао од предузимања прве радње за утврђивање адресе родитеља којима треба изрећи ово упозорење.⁷⁸⁴

Уколико су испуњени прописани услови на страни усвојеника, неопходна је и његова сагласност са усвојењем. Овакво решење је у складу са тенденцијом савременог права да се детету обезбеди положај активно легитимисаног субјекта, кад год је то могуће. У српском праву, уколико је дете навршило десет година живота и способно је за расуђивање, његово мишљење у вези са усвојењем мора бити уважено.⁷⁸⁵ У хрватском праву, сагласност за заснивање усвојења мора дати дете са навршених дванаест⁷⁸⁶, а у

овлашћен да га заступа. Родитеља који није пословно способан у погледу давања изјава које се тичу личних стања, суд ће на одговарајући начин упознати са дејством усвојења (Вид. чл. 494 ОЗ РХ). Против првостепеног решења жалба се може поднети у веома кратком року од три дана, а другостепени суд је дужан да донесе и отпрати одлуку у року од петнаест дана од пријема жалбе. Након тога, решење којим се замењује пристанак родитеља не може се побијати ниједним правним средством (Вид. чл. 495 ОЗ РХ).

⁷⁷⁹ Вид. чл. 188 ст. 4 ОЗ РХ.

⁷⁸⁰ Вид. чл. 190 ст. 1 т. 1 ОЗ РХ.

⁷⁸¹ Вид. чл. 191 ст. 1 т. 2 ОЗ РХ.

⁷⁸² Вид. чл. 191 ст. 1 т. 3 ОЗ РХ.

⁷⁸³ Вид. чл. 191 ст. 1 ОЗ РХ.

⁷⁸⁴ Вид. чл. 191 ст. 2 ОЗ РХ.

⁷⁸⁵ Вид. чл. 98 ПЗ. Реч је о праву на самоодређење детета у судском или административном поступку (Влашковић, 2017: 189). У црногорском праву је слична одредба постојала до измена које се уследиле 2016. године, али је у важећем законском тексту напуштена (Вид. чл. 131 и чл. 133 ПЗ ЦГ (2007.)).

⁷⁸⁶ Вид. чл. 191 ст. 1 ОЗ РХ. Ако је дете млађег узраста, његово мишљење мора бити узето у обзир, у границама његове зрелости (Вид. чл. 191 ст. 3 ОЗ РХ). Ово правило је усклађено са оним из Европске конвенције о усвојењу (Вид. чл. 6 ЕКУ).

француском праву са навршених тринаест година живота⁷⁸⁷. Обитељским законом је прописано и да се дете може предомислити, тј. лично и без присуства родитеља и могућих усвојитеља повући изјављену сагласност, све до правноснажног окончања поступка усвојења.⁷⁸⁸ Према правилима *BGB*-а, за заснивање потпуног усвојења неопходна је сагласност четрнаестогодишњег усвојеника. Када је његова националност различита од националне припадности усвојитеља, са усвојењем се мора сагласити и породични суд, осим ако је у конкретном случају меродавно немачко право. Ипак, воља усвојеника има претежнији значај за исход поступка усвојења.⁷⁸⁹ Породичним закоником РФ прописано је да ће сагласност усвојеника бити неопходна, ако је реч о детету са навршених десет година живота, осим ако је дете пре подношења захтева за усвојење живело са усвојитељима, које, иначе, сматра својим родитељима.⁷⁹⁰ У аустријском праву минимална старосна граница од које се захтева сагласност усвојеника износи четрнаест година.⁷⁹¹ Европском конвенцијом о усвојењу државе потписнице су преузеле обавезу да пропишу као неопходну сагласност усвојеника оног узраста за који се, по оцени националног законодавца, може претпоставити да је, када га достигне, способан да схвати значај овог акта. Та старосна граница може износити највише четрнаест година.⁷⁹²

У упоредном праву, могу се пронаћи још неки услови који се тичу пасивне адоптивне способности. Примера ради, Породичним закоником РФ прописано је да је у ситуацији када је реч о усвојенику који се налази под хранитељством или је смештен у некој од установа медицинске или социјалне заштите, неопходна писана сагласност хранитеља, односно руководиоца поменутих установа за заснивање усвојења. Положају детета је још једном посвећена дужна пажња, па ће усвојење бити допуштено и без наведене сагласности, уколико је то у интересу усвојеника.⁷⁹³ Додатна претпоставка пасивне адоптивне способности у немачком праву, која се може сматрати једним од елемената стандарда *најбољи интерес детета*, јесте одсуство сукоба интереса између усвојеника (и његових потомака, уколико је реч о пунолетном лицу) и биолошке деце

⁷⁸⁷ Вид. чл. 345 ст. 3 и чл. 360 ст. 3 *СС*.

⁷⁸⁸ Вид. чл. 191 ст. 2 и 4 *ОЗ РХ*.

⁷⁸⁹ Вид. § 1746 ст. 1 *BGB*.

⁷⁹⁰ Вид. чл. 132 *ПЗ РФ*.

⁷⁹¹ Вид. § 181 ст. 1 т. 4 *ABGB*.

⁷⁹² Вид. чл. 5 ст. 1 (б) *ЕКУ*.

⁷⁹³ Вид. чл. 131 *ПЗ РФ*.

усвојитеља.⁷⁹⁴ Када се, пак, у улози усвојеника нађе особа која је у браку (што може бити случај приликом усвајања пунолетне особе), са заснивањем усвојења се мора сагласити и њен супружник, уколико је он у могућности да да такву изјаву.⁷⁹⁵ Последње правило је истоветно онима из француског и аустријског законика.⁷⁹⁶ У хрватском и црногорском праву изричито је прописано да се дете малолетних родитеља може усвојити само изузетно, уколико по протеку године дана од његовог рођења постане јасно да се о њему неће старати породица, односно сродници родитеља.⁷⁹⁷

2.2. Услови на страни усвојитеља

Породичним законом РС су прописане и све опште претпоставке активне адоптивне способности: 1) одређена лична својства усвојитеља, 2) одговарајући брачни статус, 3) држављанство и 4) похађање програма припреме за усвојење, која се одвија по посебном програму.

Потпуним усвојењем треба да се заснују породични односи који се ни по чему неће разликовати од оних насталих рађањем, па се од усвојитеља захтева да има лична својства која одликују савесне родитеље и због којих се може очекивати да ће права и обавезе према усвојенику вршити у његовом најбољем интересу. Због тога су услови за заснивање усвојења из ове категорије дефинисани негативно, у виду одређених забрана. Као што је уобичајено да родитељи имају квалитете неопходне за вршење родитељског права на одговарајући начин, претпоставка је да и усвојитељи поседују општа својства неопходна за редовно старање о усвојенику. Међутим, уколико је лице потпуно или делимично лишено родитељског права, претходна тврдња не важи, јер се од њега не може очекивати да поступа у најбољем интересу усвојеника, кад се већ није тако понашало према свом детету. Исто важи за лице потпуно или делимично лишено пословне способности, јер оно

⁷⁹⁴ Вид. § 1745 и §1769 BGB. Интересима биолошке деце усвојитеља је посвећена пажња и у аустријском праву, па заснивање усвојења неће бити могуће уколико би то угрозило њихово издржавање и подизање (Вид. § 194 ст. 2 ABGB).

⁷⁹⁵ Вид. §1749 BGB. Правило садржано у ЕКУ има шире дејство, јер су њиме обухваћени и регистровани партнери (чл. 5 ст. 1 (ц)).

⁷⁹⁶ Вид. чл. 343-1 СС и § 181 ст. 1 т. 3 ABGB. Аустријски законик садржи додатно правило, по коме ће одлука суда надоместити недостајућу сагласност неког од овлашћених лица, уколико је ускраћена без ваљаног разлога или је то лице дуже времена неспособно за расуђивање, односно непознатог боравишта у периоду дужем од шест месеци (Вид. § 195 ст. 2 и 3 ABGB).

⁷⁹⁷ Вид. чл. 183 ОЗ РХ и чл. 124 ПЗ ЦГ.

није у стању да се стара ни о себи, а тиме ни о усвојенику. По изричитој законској одредби, усвојитељ не може бити ни лице оболело од болести која може штетно да делује на усвојеника, јер због извесних физичких или душевних недостатака није у стању да се на одговарајући начин стара о њему. За лице осуђено за неко од кривичних дела против брака и породице, против полне слободе и против живота и тела основано се претпоставља да не поштује породичне вредности и да ће своја права према усвојенику злоупотребити, те се стога ни оно не може наћи у улози усвојитеља.⁷⁹⁸

Идеал савременог друштва и права још увек је потпуна породица. Како би дете имало оба родитеља, усвојити могу супружници или ванбрачни партнери заједно.⁷⁹⁹ Ово правило не важи, ипак, без изузетка. Прво, може се усвојити дете свог супружника или ванбрачног партнера⁸⁰⁰, а друго, министар надлежан за породичну заштиту може оценити

⁷⁹⁸ Вид. чл. 100 ПЗ. У ПЗ ЦГ (чл. 127 ст. 2) истакнуто је да право на усвојење нема ни лице код чијег су се супружника или ванбрачног партнера стекли наведени услови. Хрватско право такође издавајемо због специфичног општег негативног услова због кога се не може дозволити усвајање детета лицима којима није пожељно поверити родитељско старање због њихових дотадашњих особина и понашања (Вид. чл. 187 ст. 1 т. 3 ОЗ РХ).

⁷⁹⁹ Преднацрт садржи правило по коме код непотпуног усвојења својство усвојитеља може стећи и само један супружник или ванбрачни партнер (Вид. чл. 2334).

⁸⁰⁰ Овај вид тазбинског срдоства, тј. однос између пасторка и очуха, односно маћехе, и иначе има посебан значај у породичном праву. Имамо пре свега у виду обавезу издржавања која постоји између ових лица (Вид. чл. 159 ПЗ), али и читав низ других права и обавеза, због којих овај однос сматрамо квази-родитељским. Заправо, реч је о једном виду родитељства заснованом не на биолошкој основи, већ на социолошким чињеницама, које има потенцијал да, путем установе усвојења, прерасте у правно родитељство. Поменућемо и један занимљив пример из праксе ЕСЉП, који указује да у изузетним случајевима овај однос може однети превагу над биолошким чињеницама. Наиме, у предмету *Eski v. Austria* (*Judgment* бр. 21949/03. Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-79215%22%7D>}) ЕСЉП је закључио да подносиоцу – биолошком оцу није повређено право на поштовање његовог породичног живота тиме што је игнорисано одсуство његове сагласности за усвојење његовог сина од стране супруга његове бивше партнерке. Суд је нарочито имао у виду следеће околности случаја: да је од развода родитељско право вршила дететова мајка, да су контакти детета са оцем били ретки и да су доводили до нарушавања његовог психо-физичког здравља, јер их је подносилац користио за расправу са мајком, те да дете мајчиног садашњег супруга сматра оцем и да се позитивно изјаснило о усвојењу. Да лица у ванбрачној заједници имају право да усвоје дете другог партнера колико и супружници, ЕСЉП је потврдио у предмету *Emonet and Others v. Switzerland* (*Judgment* бр. 39051/03. Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-2206822-2363445&filename=003-2206822-2363445.pdf&TID=ihgdqbxnfi>). Подносиоци ове представке су тврдње да им је од стране националних органа повређено право на поштовање породичног живота образлагали тиме што је једном од њих онемогућено да усвоји дете (трећу подносиатељу) своје ванбрачне партнерке – друге подносиатеље, јер би такав чин, према ставу домаћих органа, био могућ једино уколико би претходно биле прекинуте везе између мајке и ћерке. Наиме, према правилима швајцарског породичног права, усвојење је могуће само над дететом без родитељског старања, а изузетно над дететом свог супружника. У конкретном случају се радило о ванбрачним партнерима и о одраслом, болесном детету једног од њих. Замерка судија ЕСЉП је била усмерена на претерано формалистичко тумачење законских одредаба од стране органа домаће државе, без уважавања биолошке и друштвене стварности. С тим у вези, оцењено је да уплитање у породичне односе подносилаца од стране домаћих органа није било сразмерно жељеном циљу, због чега постоји повреда права из чл. 8 ЕК.

да постоје нарочито оправдани разлози да дете буде усвојено од стране лица које живи само.⁸⁰¹ Примера ради, може се дозволити заснивање усвојења када се једно лице већ старало о детету, а не могу се пронаћи одговарајући усвојитељи – супружници или ванбрачни партнери (Ковачек Станић, 2005: 371). У црногорском праву, усвојење је могуће само када супружници или ванбрачни партнери заједно усвајају или се усваја биолошко дете једног од супружника или ванбрачног партнера. Усвојитељ може бити и лице које живи само, уколико постоје оправдани разлози за заснивање усвојења.⁸⁰² У хрватском праву, након последњих измена Обитељског закона, важи веома еластично правило о томе да усвојитељи могу бити брачни и ванбрачни партнери заједно, али и свако од њих понаособ, као и особа која живи сама, без икаквих ограничења. Прецизирано је само то да је додатни услов за самостално заснивање усвојења од стране лица у браку или ванбрачној заједници пристанак другог партнера, уколико се не усваја његово дете, било биолошко или усвојено.⁸⁰³ Немачким грађанским закоником је прописано да супружници дете могу усвојити заједно, осим када један супружник усваја дете оног другог или један од супружника нема способност уговарања или није навршио двадесет једну годину живота. У изузетним случајевима када дете може усвојити један супружник, одлука породичног суда може заменити изјаву о сагласности с усвојењем другог супружника. Услов је да намеравано усвојење није у сукобу са породичним или

⁸⁰¹ Вид. чл. 101 ПЗ. О праву једног лица да само усвоји дете изјашњавао се и Европски суд за људска права. У пресуди *Gözüm v. Turkey (Chamber judgment* бр. 4789/10. Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4986539-6116104>) суд је утврдио да је повређено подносиатељкино право на поштовање личног и породичног живота (чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода), јер јој је онемогућено да се њено лично име упише у делу са подацима о мајци усвојеног детета у његовим личним документима, услед тога што је у турском праву постојала правна празнина о усвојењу од стране само једног усвојитеља. Право једног усвојитеља да сам усвоји дете заштићено је и пресудом *J.M.W.L v. Luxemburg (Chamber Judgment* бр. 76240/01. Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2054633-2174214>). Суд је стао на становиште да правна празнина у луксембуршком праву о усвојењу од стране појединца није довољан разлог да се не призна дејство пресуди перуанског суда о заснивању усвојења у корист подносиатељке која живи сама. Суд је ценио већ развијене породичне односе између подносиатељке и усвојеника, општеприхваћено правило о праву на усвојење од стране само једног лица, те чињеницу да су одлуке перуанског суда о заснивању поитпуног усвојења већ признаване и извршаване у Луксембургу, чак и оне које су се односиле на појединачне усвојитеље.

⁸⁰² Вид. чл. 132 ПЗ ЦГ. По правилу које је важило до 2016. године, код непотпуног усвојења, дете је могло бити усвојено и од стране појединца, али уз пристанак његовог супружника или ванбрачног партнера (Вид. чл. 134 ПЗ ЦГ (2007.)).

⁸⁰³ Вид. чл. 185 ОЗ РХ. Прописана је и неопозивост изјаве о саглашавању са тиме да супружник или ванбрчни партнер усвоји дете (Вид. чл. 193 ст. 2 ОЗ РХ). Комплементарним одредбама из претходног закона (Вид. чл. 133 ОЗ РХ (2003.)) било је прописано решење истоветно ономе из позитивног црногорског права, с тим што се оно односило на потпуно усвојење, као једино законом уређено.

интересима другог супружника.⁸⁰⁴ Лице које није у браку може усвојити дете само самостално.⁸⁰⁵ Основно правило аустријског права гласи да супружници могу бити у улози усвојитеља само заједно. Међутим, постоји и више изузетака, па ће заснивање усвојење од стране само једног брачног партнера бити могуће када се усваја дете другог или уколико други супружник не испуњава услове прописане на страни усвојитеља, који се тичу пословне способности или старосног доба, али и онда када је његово боравиште непознато најмање годину дана и када супружници не живе у заједници најмање три године. Најзад, остављена је могућност да и због неких других, нарочито оправданих околности у конкретном случају буде допуштено усвојење од стране једног супружника. С друге стране, и лице које живи само може бити усвојитељ, без посебних ограничења.⁸⁰⁶ Посебност руског права огледа се у томе што дете редовно може усвојити и само један супружник, али уз сагласност свог партнера, осим у случају њиховог одвојеног живота у периоду дужем од годину дана и неизвесности у погледу боравишта усвојитељевог супружника.⁸⁰⁷ Према правилима садржаним у ЕКУ, усвојитељи могу бити супружници или регистровани партнери различитог пола и појединци.⁸⁰⁸ Остављена је могућност државама чланицама да ово право обезбеде и истополним партнерима, као и онима различитог пола, који су у стабилној емотивној заједници.⁸⁰⁹ С тим у вези, за предмет овог истраживања од значаја је пресуда донета у предмету *E.B. v. France*⁸¹⁰. Подносиатељка представке је захтевала конвенцијску заштиту, позивајући се на забрану дискриминације из чл. 14 ЕК, а у вези са чл. 8 ЕК. Сматрала је да је доведена у неравноправни положај тиме што је њен захтев за заснивање усвојења одбијен због, како је навела, њене сексуалне оријентације. Наиме, подносиатељка је била у интимној вези са особом истог пола, а поступак усвојења је покренула искључиво у своје име, будући да није била у заједници са својом партнерком, као што није желела ни да створи биолошко потомство. Суд је пошао од тога да ЕК не гарантује право на заснивање породице ни право на усвојење, али и да примена чл. 14 ЕК не мора подразумевати повреду неког права прописаног њоме или пратећим протоколима. С тим у вези, наглашено је и то да у ЕК нема речи о усвојењу од

⁸⁰⁴ Вид. § 1741 и §1749 BGB.

⁸⁰⁵ Вид. § 1741 BGB.

⁸⁰⁶ Вид. § 191 ABGB.

⁸⁰⁷ Вид. чл. 133 ПЗ РФ.

⁸⁰⁸ Вид. чл. 7 ст. 1 ЕКУ.

⁸⁰⁹ Вид. чл. 7 ст. 2 ЕКУ.

⁸¹⁰ *Judgment* бр. 43546/02. Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-84571>.

стране једног лица, али да у француском праву та лица могу поднети захтев да им се то одобри. Суд је проценио да су два разлога била кључна у процесу одбијања подносиоциног захтева од стране домаћих управних и судских органа. Један од њих се састојао у одсуству јасних родитељских улога у подносиоцином домаћинству, а други се тичао става њене партнерке према акту усвојења. Суд је закључио да инсистирање на првом услову обесмишљава могућност заснивања усвојења од стране једног лица, док је, с друге стране, оцењено легитимним поступање националних органа усмерено на утврђивање потенцијалне улоге подносиоцине партнерке у подизању детета – усвојеника. Подвучено је да обе чињенице морају бити сагледане у узајамном садејству. Од пресудног утицаја на коначну одлуку суда било је то што су се национални органи у процесу одлучивања нарочито позвали на животни стил подносиоцине и на њен необичан став према мушкарцима, као и на податак да су истраживања показала да је за развој детета боље да има оба родитеља. Поменуто је и то да је за усвојеника најбоље да адоптивна породица укључује два партнера различитог пола. Како је сексуална оријентација подносиоцине очигледно била од доминантног утицаја на националне органе у свим фазама одлучивања, суд је утврдио повреду права из чл. 14 у вези са чл. 8 ЕК. Пар година раније суд је већ одлучивао о праву на усвојење под сличним околностима, у предмету *Frette v. France*⁸¹¹. У овом случају подносилац представке је био мушкарац, који је поднео захтев надлежним службама социјалне и здравствене заштите да му издају одобрење за заснивање усвојења, признавши у том поступку да је хомосексуалног опредељења. Његов захтев је одбијен, с образложењем да није у стању да детету обезбеди стабилну мајчинску фигуру и да савлада практичне потешкоће изазване доласком детета. Посебно је важно то што је у извештају сачињеном поводом његовог захтева наведено да је реч о осећајној, несебичној и толерантној особи, али да је питање како би то што је у питању хомосексуалц који живи сам утицало на живот детета. Подносилац је истицао да ниједној особи не треба да буде ускраћена могућност усвојења из разлога који нису повезани са њеним личним својствима и ставом према родитељству. Суд је анализирао упоредно право и констатовао да међу државама нема консензуса о праву на усвојење у поменутом случају, због чега им треба омогућити већу слободу у том домену. Закључак је да подносиоцу нису повређена права гарантована одредбама из чл. 8 и 14 ЕК, јер су, по

⁸¹¹ *Judgment* бр. 36515/97. Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/?i=001-60168>.

мишљењу суда, национални органи имали у виду најбољи интерес детета, што њихове поступке чини сразмерним и оправданим. У пресуди којом је окончан овај предмет истакнуто је да постоји само право детета да му се обезбеди породица, не и право да се усвајањем детета формира породица.

Посебни услови су прописани за усвојитеља страног држављанства, јер је јасан интерес јавне власти и друштва у целини да надзире старање над малолетницима. Страни држављанин може усвојити само дете које је дуже од годину дана уписано у Јединствени лични регистар усвојења⁸¹², тако да се за њега нису могли пронаћи усвојитељи српског држављанства.⁸¹³ Министар надлежан за породичну заштиту се мора сагласити са овим усвојењем, а ако је то у најбољем интересу детета, може дозволити усвојење и пре протекла поменутог рока од годину дана.⁸¹⁴ Иако смо свесни потребе да се пропишу додатни услови за заштиту детета које намерава да усвоји странац, мишљења смо да постојеће решење није добро. Имајући у виду да надлежни министар не мора бити стручњак за питања заштите дечијих права, то што ће он преиспитивати оправданост усвојења у овом случају, није довољна гаранција да ће основни циљ бити остварен. Другим речима, треба јасније одредити критеријуме којима се он мора руководити или прописати додатне услове чију ће испуњеност и у овом случају првобитно проверавати центар за социјални рад.⁸¹⁵

⁸¹² Реч је о јединственој евиденцији података о лицима са активном и пасивном адоптивном способношћу на територији Републике Србије, коју води министарство надлежно за породичну заштиту.

⁸¹³ С обзиром на то да је реч о међудржавном документу, ЕКУ прописује да је пожељно да дете усвојено од стране домаћег држављанина има могућност да под олакшаним условима стекне држављанство домаће државе. С циљем спречавања апатридије, наведено је да би губитак држављанства усвојењем требао да буде могућ, само ако усвојеник већ има или ће стећи држављанство друге државе (Вид. чл. 12 ЕКУ).

⁸¹⁴ Вид. чл. 103 ПЗ. У Преднацрту је прецизирано да страни држављанин може усвојити дете српског држављанства, уколико се нису могли наћи усвојитељи или хранитељи међу домаћим држављанима, или детету није могао бити обезбеђен други одговарајући облик збрињавања у нашој земљи. Алтернативно је предложено сажето решење по коме су једини услови за ову врсту усвојења чињеница да се не могу пронаћи усвојитељи међу домаћим држављанима и да се министар надлежан за породичну заштиту сагласио са усвојењем (Вид. чл. 233б). Сматрамо да је први предлог примеренији интересима домаћих усвојеника. Усвојење детета од страног држављанина, у хрватском и црногорском праву такође је допуштено само изузетно - ако је то од нарочитог значаја за дете, тј. уколико се не може наћи усвојитељ међу домаћим држављанима, уз сагласност надлежног министра (Вид. чл. 125 ПЗ ЦГ и чл. 186 ОЗ РХ). У хрватском закону је исти услов прописан и за усвојење детета страног држављанства (Вид. чл. 186 ст. 2 ОЗ РХ). У руском праву, странац или апатрид могу усвојити дете уколико се усвојитељи домаћег држављанства, односно са сталним пребивалиштем у РФ, не могу пронаћи у периоду дужем од шест месеци од уписа детета у федералну базу усвојеника, али и у случају кад је реч о сродницима детета (Вид. чл. 124 ст. 4 ПЗ РФ).

⁸¹⁵ Према подацима које нам је дана 22.11.2018. године доставило Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, у периоду од 2008. до 2018. године, републички просек заснованих усвојења износио је 139 годишње, а удео међудржавних у укупном броју заснованих усвојења износио је 13,10%. Према евиденцији коју води ово Министарство тренутно је у поступку усвојења 241 дете, од чега 161 у избору домаће усвојитељске породице, а за 80 деце постоји закључак о међудржавном усвојењу. Анализом

Усвојитељи морају бити прилагођени, припремљени за оно што их очекује, јер је родитељство засновано овим путем још сложеније него иначе. Програм њихове припреме прописује министар надлежан за породичну заштиту, а спроводи га орган старатељства према заједничком пребивалишту, односно боравишту будућих усвојитеља. Ову школу родитељства будући усвојитељи не морају похађати само у случају да усвајају дете свог супружника или ванбрачног партнера, јер томе уобичајено претходи већ изграђени родитељски однос са усвојеником.⁸¹⁶

Специфични услови на страни усвојитеља постоје у руском праву. Тако се захтева да у случају када се усвајају сестре и браћа, усвојитељ буде исто лице. Изузеци су допуштени само под условом да су у најбољем интересу усвојеника.⁸¹⁷ Осим тога, усвојитељи морају бити пунолетне особе истог пола као лице које се усваја. Круг лица којима је могућност усвојења ускраћена је изузетно широк. Дете не могу усвојити лица потпуно или делимично лишена пословне способности; супружници, уколико је један од њих потпуно или делимично пословно неспособан; лица лишена родитељског права (потпуно или делимично); лица разрешена дужности старатеља због неуредног испуњења законских обавеза; лица која су статус усвојитеља изгубила поништењем усвојења из разлога који им се могу приписати у кривицу; лица која болују од неке од болести са листе Владе РФ, а која онемогућава старање о детету; лица која немају приходе довољне за издржавање детета; лица без сталног пребивалишта; лица осуђена за умишљајно извршено кривично дело против живота и здравља људи, и напослетку, лица чије место становања не испуњава прописане санитарне и техничке услове. Од услова који се односе на средства

достављених података закључујемо да је највећи удео Швеђана међу усвојитељима страног држављанства, док је удео Американаца нешто мањи. Канађани се на овој листи налазе на трећем месту, са шест пута мањим уделом од Американаца. Швеђани су најбројнији страни усвојитељи у Републици Србији вероватно због малог броја незбринуте деце у самој Шведској и због високог степена уважавања свих могућих различитости међу људима. Изненадио нас је мали број усвојитеља из земаља у окружењу, који чине занемарљиво мали број усвојитеља странаца, иако су географске, културне, језичке и друге баријере у овом случају минималне. Мишљења смо да је главни разлог томе економске природе, тј. да је животни стандард у овим земљама низак и да у њима већ постоји велики број напуштене деце и, уопште, деце подобне усвојењу. На подручју Центра за социјални рад „Топлица“ у Прокупљу у последњој деценији засновано је свега једно међудржавно усвојење. Имајући у виду претходно наведене републичке податке, не изненађује то што је реч о усвојитељки шведског држављанства. Осим тога, реч је о усвојенику ромске националности, а то је уједно једини случај када је на подручју наведеног центра за социјални рад дете усвојено од стране лице које живи само. Сматрамо да се може претпоставити да је заснивање усвојења у овом случају одобрено из разлога што се за усвојенике неке друге националности, а не српске теже могу пронаћи домаћи усвојитељи.

⁸¹⁶ Вид. чл. 102 ПЗ.

⁸¹⁷ Вид. чл. 124 ст. 3 ПЗ РФ. Слично правило постоји и у хрватском праву, али је, ипак, еластичније. Дакле, тежиће се усвојењу браће и сестара од стране истих усвојитеља, али под условом да је то могуће и да је у интересу деце (Вид. чл. 180 ст. 5 ОЗ РХ).

неопходна за издржавање детета и на место становања усвојитеља, може се одступити уколико је то у најбољем интересу усвојеника.⁸¹⁸ Они се свакако не односе на маћеху и очуху усвојеника. Лице које није у браку може усвојити дете искључиво самостално. Ако је више лица заинтересованих за усвојење истог детета предност ће бити дата његовим сродницима.⁸¹⁹

2.3. Услови који се тичу односа усвојитеља и усвојеника

Заједничке услове за усвојитеље и усвојенике можемо поделити у две групе. Прву чине сметње за заснивање усвојења, у српском праву чињенице сродства и стартељства, које не смеју постојати у односу усвојитеља и усвојеника. Другу категорију чине позитивно одређене чињенице. У домаћем праву постоји само једна таква чињеница, одређена разлика у годинама између усвојитеља и усвојеника, по узору на ону између родитеља и детета.

Као што је то случај и у већини страних права, Породичним законом РС је прописано да је немогуће заснивање усвојења између крвних сродника у правој линији, а у побочној линији између рођене браће и сестара и браће и сестара по оцу и мајци.⁸²⁰ Циљ је да се избегне дуплирање сродничких односа, које би без претходног ограничења било неминовно.⁸²¹ Старатељ, такође, не може усвојити свог штићеника, јер су старатељство и усвојење два различита вида заштите деце без родитељског старања.⁸²² Како је реч о отклоњивој сметњи, старатељ који жели да усвоји свог штићеника може захтевати раскидање старатељства, а затим покренути поступак усвојења (Ковачек Станић, 2005: 373).⁸²³ Како однос између усвојитеља и усвојеника у свему подражава родитељски, који је по својој природи искључив, већ засновано усвојење представља још једну адоптивну сметњу. Исто дете може поново бити усвојено само од стране брачног или ванбрачног

⁸¹⁸ Анализом достављених података о заснованим усвојењима на подручју општине Прокупље, закључили смо да и домаћи органи велики значај придају радном статусу и стамбеним приликама потенцијалних усвојитеља.

⁸¹⁹ Вид. чл. 127 ПЗ РФ.

⁸²⁰ Вид. чл. 92 ПЗ. Тако и: чл. 182 ст. 1 ОЗ РХ и чл. 123 ст. 2 ПЗ ЦГ.

⁸²¹ Хусеинспахић (2014: 204) ову сметњу за заснивање усвојења сматра резултатом примене критеријума најбољег интереса детета.

⁸²² Вид. чл. 94 ПЗ. Тако и: чл. 182 ст. 2 ОЗ РХ и чл. 123 ст. 3 ПЗ ЦГ.

⁸²³ У аустријском праву старатељ може да усвоји бившег штићеника уколико положи рачун и докаже да није умањео његову имовину за време обављања старатељских дужности (Вид. § 191 ст. 3 ABGB).

супружника ранијег усвојитеља, по аналогији са ситуацијом у којој се усваја биолошко дете партнера.⁸²⁴ Китановић (2006: 134) основано указује на ситуацију када усвојитељи бивају лишени родитељског права, с циљем доказивања да је претходно правило, ипак, спорно. Немачки грађански законик (§ 1742) садржи решење идентично оном из српског права, прописујући да је за живота усвојитеља усвојење могуће једино још од стране његовог супружника. У француском праву, допуштено је засновати ново усвојење, уколико је усвојитељ преминуо, као и онда када се у улози усвојитеља налази супружник преминулог усвојитеља или нови партнер супружника преминулог усвојитеља.⁸²⁵ Француски грађански законик омогућава и заснивање обичног усвојења над усвојеником из потпуног усвојења, уколико постоје озбиљни разлози за то.⁸²⁶ У породичном праву Шведске допуштено је усвојење некадашњег усвојеника, али мора бити одобрено од првих усвојитеља који у овом случају имају положај биолошких родитеља (Човић, 2014: 394). Иако сматрамо да је мала вероватноћа да ће се усвојитељи који су учествовали у сложеном, исцрпљујућем поступку усвојења накнадно предомислити и одлучити да надаље не врше родитељско право над својим усвојеним дететом, цитирано решење има своје логичко оправдање. С обзиром на то да је могуће усвојење детета над којим његови биолошки родитељи врше родитељска права и дужности, под условом да су се они са тиме сагласили, нема сметњи да се исто правило примени и кад је реч о усвојеној деци. Осим у случају усвајања детета свог партнера и смрти усвојитеља, правила ЕКУ прописују да се ново усвојење над истим дететом може засновати и након његовог поништења или престанка на други начин, односно у случају постојања озбиљне потребе да се заснује ново усвојење, а нема законских могућности да претходно престане.⁸²⁷

У домаћем породичном праву, својство усвојитеља редовно може стећи лице старости од осамнаест до шездесет три године, имајући у виду да се може усвојити дете старости од три месеца до осамнаест година⁸²⁸, а да старосна разлика између усвојитеља и усвојеника мора износити најмање осамнаест и највише четрдесет пет година.⁸²⁹ Ове

⁸²⁴ Вид. чл. 93 ПЗ, као и Ковачек Станић, 2005: 370.

⁸²⁵ Вид. чл. 346 СС.

⁸²⁶ Вид. чл. 360 СС.

⁸²⁷ Вид. чл. 8 ЕКУ.

⁸²⁸ Имамо у виду правило које смо већ поменули, а по коме се може усвојити само дете, али не пре навршеног трећег месеца живота, под условом да није стекло потпуну пословну способност (Вид. фн. 759-762).

⁸²⁹ Вид. чл. 99 ст. 1 ПЗ.

границе нису дефинитивне, јер министар надлежан за породичну заштиту може дозволити усвојење од стране лица старијег од усвојеника мање од осамнаест, односно више од четрдесет пет година, али само ако је то у најбољем интересу детета – усвојеника.⁸³⁰ Разлика већа од четрдесет пет година не би требало да буде препрека када се усваја дете свог (ван)брачног партнера (Панов, 2010: 248, Поњавић, 2007: 220). Циљ прописивања правила ове врсте је исти у свим правима и састоји се у проналажењу одговарајуће равнотеже између жеље усвојитеља да се остваре као родитељи и биолошких, старосних предуслова за успешно вршење родитељских дужности.⁸³¹

У Преднацрту је као алтернативно понуђено решење без горње старосне границе на страни усвојитеља.⁸³² Не одобравамо усвајање овог предлога, јер сматрамо да није у најбољем интересу детета могућност да оно буде усвојено од стране лица, које због својих година ни у ком случају не би било у стању да оствари биолошко потомство. У црногорском праву, старосне границе су одређене тако да лице које жели да усвоји дете мора имати најмање тридесет, а највише педесет година, али тако да разлика у односу на усвојеника никад не буде мања од осамнаест година. Ове услове мора да испуњава најмање један од усвојитеља, када их је двоје. Ако се истовремено усвајају сестре или браћа, ови услови морају бити испуњени бар у односу на једно дете.⁸³³ Усвојити може и лице старије од педесет година, под условом да није исто толико старије од усвојеника, по одобрењу министра надлежног за социјално старање.⁸³⁴ По правилима хрватског права

⁸³⁰ Вид. чл. 99 ПЗ. С обзиром на то да усвојитељ мора имати пословну способност, како би се попут родитеља старао о правима и интересима усвојеника, закључујемо да би се заснивање усвојења изузетно могло дозволити еманципованом малолетнику, што значи да разлика између усвојитеља и усвојеника ни у ком случају не би могла бити мања од шеснаест година (Тако и: Поњавић, 2007: 217-218).

⁸³¹ На основу праксе Центра за социјални рад „Топлица“ у Прокупљу, може се закључити да међу усвојитељима преовлађују лица старија од четрдесет година. У периоду од протеклих десет година (рачунајући од дана 05.12.2018. године) чак половину од укупног броја усвојитеља чине они старији од ове животне доби. Чак пет усвојитељских парова има члана старијег од 50 година. Издвајају се два пара следеће старосне структуре: 57-61 и 59-62. Сматрамо да су ови подаци условљени великим делом и незапосленосту и лошим имовинским стањем млађих парова. С друге стране, усвојитељи најчешће одлучују да усвоје децу узроста до десет година, док је удео старијих усвојеника врло мали. Разлог томе је лакша, бржа интеграција млађих усвојеника у нову породицу.

⁸³² Вид. чл. 2332 Преднацрта.

⁸³³ Ово правило је раније важило и у хрватском праву, чак и у случају сукцесивног усвојења сестара или браће (Вид. чл. 126 ОЗ РХ (2003.)), али је приликом последњих измена Обитељског закона напуштено.

⁸³⁴ Вид. чл. 126 ПЗ ЦГ. Мишљења смо да су старосне границе усвојитеља примереније одређене у српском праву, јер у већој мери одговарају природним и друштвеним законитостима. Наиме, у домаћем праву, усвојитељ начелно може имати најмање осамнаест, а највише шездесет две године, а разлика између усвојитеља и усвојеника никад неће бити мања од осамнаест нити већа од четрдесет пет година. Решење из црногорског права по коме лице млађе од тридесет година не може усвојити дете сматрамо нелогичним, нарочито ако је усвојеник узроста до десет година, а усвојитељ стар најмање двадесет осам година, јер ће

усвојитељ мора имати најмање двадесет једну годину живота и мора бити старији од усвојеника најмање осамнаест година.⁸³⁵ Изузетно, усвојитељ може бити и млађи, али старосна разлика између њега и усвојеника мора износити најмање осамнаест година.⁸³⁶ Наведено решење представља једну од најзначајнијих новина у хрватском праву о усвојењу, јер је претходно важило правило да усвојитељ мора бити стар од двадесет једне до тридест пете године живота, а истовремено старији од усвојеника најмање осамнаест година. Статус усвојитеља изузетно је могло стећи и старије лице, али оно ни у ком случају није смело бити старије од усвојеника више од четрдесет пет година.⁸³⁷ Сматрамо добрим решење из руског права по коме је једини старосни услов најмања разлика од шеснаест година између усвојоца и усвојеника, која, притом, може бити и мања по одобрењу суда.⁸³⁸ Има смисла и опште правило немачког права о усвојењу које гласи да усвојитељ мора имати навршених двадесет пет година живота. Међутим, привилегована су лица која усвајају дете свога супружника, као и један од брачних партнера који дете усвајају заједно, јер у овим случајевима усвојитељ може бити стар двадесет једну годину.⁸³⁹ Према правилима аустријског права, усвојитељи морају имати најмње двадесет пет година живота и морају бити старији од усвојеника.⁸⁴⁰ Мишљења смо да је, с обзиром на редовне животне околности, од правила да усвојеник мора бити млађи од усвојитеља логичније оно о минималној старосној разлици између њих. Француско право садржи

тада разлика између њих свакако износити минималних осамнаест година. С друге стране, сматрамо да је усвојење лица од седамнаест година од стране лица од тридесет начелно неоправдано исто колико и усвојење детета до годину дана од стране усвојитеља с навршених педесет година живота.

⁸³⁵ Вид. чл. 184 ст. 1 ОЗ РХ.

⁸³⁶ Вид. чл. 184 ст. 2 ОЗ РХ.

⁸³⁷ Вид. чл. 126 ОЗ РХ (2003.). Наведену промену сматрамо добром, јер је пре ње, примера ради, било забрањено лицу старијем од тридесет пет година да усвоји седамнаестогодишњака, што нема рационалног оправдања. С друге стране, мишљења смо да би уместо оне од осамнаест била боља најмања старосна разлика од шеснаест година између усвојитеља и усвојеника. Поредићи било које старосно доба усвојитеља и узраст усвојеника млађег најмање шеснаест година, долазимо до закључка да нема сметњи за успешно вршење родитељског права. Примера ради, уколико усвојитељ има двадесет једну годину, што је законски минимум, нема разлога због којих се може претпоставити да он неће бити добар родитељ усвојенику од пет година. Тим пре што је познато правило из српског права по коме малолетни родитељи који су навршили шеснаест година могу стећи пословну способност, како би се успешно старали о детету. С друге стране, као што није чест случај да малолетници постану родитељи, није уобичајено ни да се у улози усвојитеља нађу нарочито младе особе. Другим речима, разлика од најмање шеснаест година између усвојитеља и усвојеника, уместо оне од осамнаест, ишла би у прилог усвојитељима старијим од двадесет једне године, јер их не би искључивала из поступка усвојења у коме би испуњавали све прописане услове, осим оног о најмањој старосној разлици.

⁸³⁸ Вид. чл. 128 ПЗ РФ.

⁸³⁹ Вид. § 1743 BGB.

⁸⁴⁰ Вид. § 193 ABGB.

особени услов по коме усвојитељи могу бити супружници, најмање две године у браку или старији од двадест осам година.⁸⁴¹ Старосна разлика између усвојитеља и усвојеника редовно мора износити најмање петнаест година, а десет година уколико се усваја дете свог брачног партнера. Ако постоје ваљани услови, суд ће дозволити усвојење, иако претходни услов није испуњен.⁸⁴² Очигледно је француски законодавац имао у виду да је за одговорно вршење родитељског права неопходна зрелост. Такође је узео у обзир најчешћу природну старосну разлику између детета и родитеља. На крају је оставио могућност суду да спречи да крутост правних норми нашкоди најбољем интересу усвојеника, тако да се у мери у којој је он задовољен може и одступити од прописаних услова. Према одговарајућим одредбама ЕКУ, значајна је старосна разлика од најмање шеснаест година између усвојитеља и усвојеника, док је пожељно да се минималне године усвојитеља крећу у распону од осамнаест до тридесет година.⁸⁴³ Ипак, у изузетним околностима или у случају усвајања детета свог партнера, од ових решења се може одступити.⁸⁴⁴

3. Форма усвојења

У српском праву усвојење се заснива одлуком органа старатељства (центра за социјални рад), након спроведеног поступка у коме је утврђено да су испуњени сви прописани услови.⁸⁴⁵ Поступак усвојења се састоји од неколико фаза: покретања поступка,

⁸⁴¹ Вид. чл. 343-1 СС.

⁸⁴² Вид. чл. 344 СС.

⁸⁴³ Вид. чл. 9 ст. 1 ЕКУ.

⁸⁴⁴ Вид. чл. 9 ст. 2 ЕКУ.

⁸⁴⁵ У појединим страним правима, о заснивању усвојења одлучује суд. У руском праву, у овом поступку обавезно учествују будући усвојитељи, орган старатељства и јавни тужилац. Одлука о заснивању усвојења може бити донета само ако је мишљење органа старатељства да је усвојење оправдано и да је у интересу усвојеника (Вид. чл. 125 ПЗ РФ). Немачким грађанским закоником је прописано да се усвојење заснива одлуком породичног суда, на захтев будућег усвојитеља. Овај захтев се не може поднети преко заступника, не сме садржати модификације у виду услова или рока и мора бити оверен од стране јавног бележника (Вид. § 1752 BGB). Захтев за заснивање непотпуног усвојења може поднети и усвојеник или, ако је он лишен пословне способности, његов законски заступник (Вид. § 1768 BGB). Одлука о заснивању усвојења не може бити донета након смрти детета. Ако у току поступка умре усвојитељ, усвојење може бити засновано ако је захтев већ био поднет суду или га је регистровао јавни бележник (Вид. § 1753 BGB). Надлежност суда се утврђује према месту пребивалишта или боравишта усвојитеља. У овом поступку учествују усвојитељи, усвојеникови родитељи (када је он малолетан), супружник или партнер усвојитеља, односно усвојеника. Малолетном детету ће од стране суда бити постављен посебан старатељ, с циљем заступања његових интереса у овом поступку. Суд мора да прибави стручно мишљење Службе за усвојење или Службе за бригу о младима. У поступку ће бити саслушани усвојитељи и усвојеник, а исту могућност треба пружити и осталим учесницима. Ипак, малолетни усвојеник неће бити саслушан уколико би то угрозило његов развој или образовање или се због узраста може претпоставити да не би могао да пружи корисне информације.

утврђивања опште адоптивне способности усвојитеља и усвојеника и уписа у Јединствени лични регистар усвојења, избора усвојитеља, утврђивања посебне адоптивне способности, доношења одлуке и регистрације промена у статусу усвојеника. У поступку до потпуног изражаја долази начело тајности.⁸⁴⁶ Поступак могу покренути родитељи, односно старатељ детета, будући усвојитељи и орган старатељства.⁸⁴⁷ Захтев за усвојење се подноси искључиво у писаној форми. Месна надлежност органа старатељства је одређена алтернативно - ако захтев подносе родитељи или старатељ детета према његовом пребивалишту или боравишту, а ако га подносе усвојитељи према њиховом заједничком пребивалишту или боравишту. Страни држављани подносе захтев посредством надлежног министарства.⁸⁴⁸ Могући усвојитељи уз захтев подносе извод из матичне књиге рођених за сваког од њих и друге доказе о њиховој општој подобности за усвојење. То могу бити докази о здравственом стању, доказ да нису лишени пословне способности или родитељског права, уверење о држављанству, уверење о неосуђиваности и сл. (Поњавић, 2007: 221, Рачић, 2006: 122) Родитељи, односно старатељ детета, прилажу извод из матичне књиге рођених за дете, као и друге доказе о његовој општој подобности за усвојење. Родитељи и дете с навршених десет година живота морају пред органом старатељства дати у писаној форми изјаве о сагласности с усвојењем. Имајући у виду драстичне последице усвојења, пре тога, родитељима мора бити препоручено да се у примереном року подвргну психо-социјалном саветовању у некој од специјализованих

Посебно је значајно и то што пре доношења одлуке о усвојењу могу бити саслушана и деца усвојитеља и усвојеника (Вид. §§187-197 FamFG). Форма усвојења у аустријском праву подразумева закључење уговора између усвојитеља и усвојеника и његово потврђивање од стране суда. У име и за рачун лица које нема способност за закључење овог уговора, то ће учинити законски заступник. Уколико он одбије да томе приступи, без оправданог разлога, до тог чина ће доћи посредством суда (Вид. § 193 ABGB). У француском праву, доношење одлуке о усвојењу је такође у надлежности суда. У случају смрти усвојитеља коме је дете већ предато ради усвојења, поступак у његово име може наставити његов супружник или наследник. Одлука о заснивању усвојења може бити донета и ако дете предато на усвојење умре, а њене последице у односу на грађански статус усвојеника наступају од момента његове смрти (Вид. чл. 353 СС). Треће лице може захтевати опозивање одлуке о заснивању усвојења, уколико је она резултат преваре која се приписује усвојитељима (Вид. чл. 353-2 СС). У српском праву, насупрот описаним решењима, у случају смрти усвојитеља, поступак се обуставља (Видети пресуду Управног суда У.2137/99 од 23.04.2002. год. Преузето 25.11.2019. www.sirius.rs/praksa).

⁸⁴⁶ Вид. чл. 323 ПЗ.

⁸⁴⁷ Вид. чл. 311 ПЗ. У Хрватској поступак усвојења покреће центар за социјални рад, по службеној дужности. Процесно својство странке засигурно имају само дете и усвојитељ(и). Родитељ који је дао пристанак за усвојење од стране непознатих усвојитеља, престаје да буде странка у поступку по истеку рока од тридесет дана од дана давања изјаве. Неће се смтрати странком ни онај родитељ чија сагласност није потребна или је надомештена судском одлуком (Вид. чл. 208 ОЗ РХ).

⁸⁴⁸ Вид. чл. 312 и 313 ПЗ.

установа. У поступку заснивања усвојења, од момента саглашавања родитеља с усвојењем, уместо њих у име и за рачун детета иступа привремени старатељ кога поставља орган старатељства.⁸⁴⁹ Неће бити потребе за тим, ако сагласност за усвојење није дата бланко, већ у односу на познате усвојитеље (Поњавић, 2007: 222).

Основно што се мора утврдити у поступку заснивања усвојења јесте постојање опште и посебне, активне и пасивне адоптивне способности. Уобичајена доказна средства чине изјаве будућих усвојитеља, родитеља, односно старатеља и самог детета, разне исправе и сл.⁸⁵⁰ Од пресудног значаја за оцену опште адоптивне способности јесте налаз и мишљење стручњака органа старатељства или специјализоване установе – психолога, педагога, социјалног радника, правника и лекара.⁸⁵¹ Треба утврдити лична својства, психофизичко стање, мотиве за усвојење, ниво емотивне зрелости усвојитеља и усвојеника, што је могуће само уз ангажовање лица поменутих струка (Рачић, 2006: 124).⁸⁵² Европску конвенцију о усвојењу, иако је реч о документу међународног карактера, одликује већа прецизност у овом сегменту, па је прописано да треба испитати својства личности, здравље, социјално окружење усвојитеља, услове у његовом домаћинству и способност за подизање детета.⁸⁵³ Треба се позабавити и мотивима усвојитеља, као и разлозима због којих усвојитељ који је у браку или има ванбрачног партнера самостално

⁸⁴⁹ Вид. чл. 312 и чл. 313 ПЗ.

⁸⁵⁰ Обитељски закон РХ садржи корисно правило о саслушању усвојеникових најближих крвних сродника поводом околности значајних за усвојење (Вид. чл. 210 ст. 1). Исто важи за обавезу центра за социјални рад да провери да ли су околности промениле у периоду од годину дана од последње оцене подобности за усвојење потенцијалних усвојитеља (Вид. чл. 211 ст. 2 ОЗ РХ). У аустријском праву, могућност саслушања је гарантована малолетном детету без пословне способности, родитељима пунолетног усвојеника, хранитељима или руководиоцу установе у којој је усвојеник смештен, као и представницима службе за заштиту деце и младих, осим уколико је реч о лицу које је као законски заступник учествовало у закључењу уговора о усвојењу. Ово право свакако није безусловно, па га усвојеник неће уживати у ситуацији у којој је неспособан за давање изјаве или постоји процена да би та радња изазвала негативне последице за његов развој, док се остала лица не могу позивати на њега уколико би њихово саслушање било повезано са несразмерним потешкоћама (Вид. § 196 ABGB).

⁸⁵¹ Видети чл. 314 ПЗ.

⁸⁵² Центар за социјални рад, према правилима ОЗ РХ, мора дати мишљење о општој подобности родитеља у року од шест месеци (раније два месеца) од предаје захтева (Вид. чл. 204 ст. 3 ОЗ РХ и чл. 135 ст. 2 ОЗ РХ (2003.)). Имало је смисла правило које више не постоји, а које је гласило да се мора нарочито испитати да ли има неких нових, значајних околности, ако је од издавања овог мишљења до покретања поступка усвојења протекло више од годину дана (Вид. чл. 135 ст. 3 ОЗ РХ (2003.)). У сваком случају, елементи и методи за утврђивање опште адоптивне способности и садржај поменутог мишљења прописује правилником надлежни министар (Вид. чл. 204 ст. 4 ОЗ РХ). У шведском праву, одлуку о подобности усвојитеља доноси суд на основу извештаја локалног одбора за социјалну заштиту. Нарочито се цене: здравствено стање усвојитеља, стамбене прилике, образовање, верска припадност, чланство у удружењима, мотиви за усвојење, очекивање од родитељства, искуства са децом, референце од најмање два лица која познају кандидате. Добијена сагласност важи две године (Човић, 2014: 395).

⁸⁵³ Вид. чл. 10 ст. 2 (а) ЕКУ.

подноси захтев за усвојење.⁸⁵⁴ Осим прилагођености усвојитеља и усвојеника за заједнички живот, морају се ценити и личност, здравље и социјално окружење детета, његово етничко, верско и културолошко порекло и статус.⁸⁵⁵ Сматрамо да је овакав, позитивни приступ заступљен у ЕКУ, бољи од оног који почива на негативно дефинисаним условима – забранама. По нашем мишљењу, боље је прописати услове који гарантују одговарајући квалитет заснованог усвојења, него претпоставити да су ти услови испуњени у одсуству чињеница које иду у прилог супротном становишту.

Уколико утврди да су будући усвојитељ и усвојеник подобни за усвојење у општем смислу, орган старатељства ће податке о њима унети у поменути Јединствени лични регистар усвојења.⁸⁵⁶ У супротном, донеће у року од шездесет дана писано решење о одбијању захтева за заснивање усвојења, на које подносиоци могу изјавити жалбу у року од петнаест дана од дана пријема захтева.⁸⁵⁷

Након што се утврди постојање адоптивне способности, поступак заснивања усвојења прелази у наредну фазу, а то је избор усвојитеља. Усвојитеље, по правилу, бира орган старатељства из Јединственог личног регистра усвојења и о томе доноси закључак.⁸⁵⁸ Ако се усваја дете супружника или ванбрачног партнера, избор усвојитеља од стране органа старатељства, наравно, није потребан. Усвојитеље могу изабрати и родитељи, а улога органа старатељства у том случају састоји се у провери да ли је споразум између родитеља и усвојитеља у најбољем интересу усвојеника.⁸⁵⁹

Како се усвојењем заснива родитељски однос, изузетно сложен и од великог друштвеног значаја, пре заснивања усвојења треба проверити да ли је пожељно да се такав однос заснује између конкретних усвојитеља и усвојеника, тј. треба оценити посебну подобност за усвојење. Због тога ће орган старатељства упутити дете усвојитељима ради прилагођавања у периоду од најдуже шест месеци, при чему ће континуирано надzirати

⁸⁵⁴ Вид. чл. 10 ст. 2 (б) (ц) ЕКУ.

⁸⁵⁵ Вид. чл. 10 ст. 2 (д) (е) (ф) ЕКУ.

⁸⁵⁶ Поњавић (2007: 222) негативно оцењује непостојање одредбе Породичног закона која би прописивала доношење одлуке - решења и у случају усвајања захтева за заснивање усвојења.

⁸⁵⁷ Вид. чл. 315 ПЗ.

⁸⁵⁸ Обитељски закон садржи исто правило, али је наглашено да ће се осим стручног мишљења центра за социјални рад о подобности усвојитеља у обзир узети и особине и потребе детета наведене у извештају о њему (Вид. чл. 211 ОЗ РХ).

⁸⁵⁹ Вид. чл. 317 ПЗ.

овај процес.⁸⁶⁰ У овој фази поступка треба утврдити психофизички статус детета, његове специфичне потребе, особине, понашање (Цвејић Јанчић (2014: 1111), наведено према: Рачић, 2006: 124). Интересантно је да овај формални услов не важи за усвојитеље странце, чиме су они, како се у литератури често наводи, потпуно неоправдано привилеговани (Панов, 2010: 252-253). Треба ипак имати у виду практичне потешкоће у вези са надзором од стране домаћег органа старатељства над процесом прилагођавања који се одвија у страниој држави. Не треба занемарити ни чињеницу да страни држављани усвајају децу за коју се нису могли наћи усвојитељи међу домаћим држављанима, те да су то врло често деца са неким физичким или менталним недостацима, за коју је врло вероватно да у својој држави никада не би стекла усвојитеље.⁸⁶¹ С друге стране, не сме се изгубити из вида друштвени значај усвојења и интерес усвојеника да добије најбоље могуће усвојитеље, те да у савременим условима глобалне повезаности има начина да се, макар путем сарадње са органима других држава, изврши увид у стање почетних односа између могућих усвојитеља и усвојеника.⁸⁶²

Уколико орган старатељства установи да је узајамно прилагођавање било неуспешно, донеће решење, у писаној форми, о одбијању захтева за заснивање

⁸⁶⁰ Вид. чл. 318 ПЗ и чл. 19 ЕКУ. У црногорском праву је ова фаза условљена оценом њене неопходности од стране органа старатељства (Вид. чл. 141 ПЗ ЦГ). Занимљиво је и правило BGB по коме будући усвојитељи имају изричиту обавезу издржавања детета, након саглашавања биолошких родитеља с усвојењем, за време док се оно налази код њих на смештају, ради усвојења (Вид. § 1751 ст. 4 BGB). Усвојеник, иначе, по правилима немачког права мора бити упућен на привремени смештај код усвојитеља, који ће, притом, трајати разумно време (Вид. § 1744 BGB).

⁸⁶¹ Домаћа пракса показује да се усвојитељи врло ретко опредељују да усвоје дете са посебним потребама. Разлог томе су бројне предрасуде, страх од великих издатака за медицинске услуге, недостатак системске подршке оваквим породицама, резервисаност окружења према таквој могућности. Ова деца се теже прилагођавају усвојитељима и постоји велика могућност да процес усвојења буде прекинут пре доношња коначне одлуке. Томе доприносе и нереална очекивања усвојитеља (Човић, 2012: 207-209).

⁸⁶² Према чл. 20 и 21 Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења (Convention on protection of children and cooperation in respect of intercountry adoption. Преузето 10.12.2019. <https://assets.hcch.net/docs/77e12f23-d3dc-4851-8f0b-050f71a16947.pdf>. Република Србија је приступила овој Конвенцији и ратификовала је 2013. год.) државе потписнице конвенције су у обавези да преко за то одређених органа размењују информације о поступку усвојења, предузетим мерама и пробном смештају, ако је предвиђен. Уколико орган државе пријема установи да пробни смештај више није у интересу детета, предузете заштитне мере. Он може обезбедити детету привремени смештај, предати га другим лицима ради усвојења или му обезбедити трајни смештај (након консултовања са органом земље порекла) и најзад организовати његов повратак у земљу порекла. Ако је то у складу са узрастом и зрелошћу детета, оно ће се питати за мишљење или сагласност поводом ових мера. Ово решење је потпуно у складу с циљевима Конвенције прокламованим у члану 1 (стварање гаранције да ће међудржавна усвојења бити заснивана у најбољем интересу детета и уз поштовање његових основних, међународно признатих права; успостављање сарадње између земаља уговорница и спречавање продаје, отмице и трговине децом; омогућавање признања одлуке о усвојењу заснованом у некој од земаља уговорница у складу са правилима Конвенције). Обавезу међудржавне сарадње, тј размене информација и одређивања надлежног органа за њихово прослеђивање, садржи и ЕКУ (чл. 15).

усвојења.⁸⁶³ Рок за изјављивање жалбе надлежном министарству износи петнаест дана од дана пријема решења. Ако су, пак, испуњени сви услови који се тичу опште и посебне подобности за усвојење, орган старатељства доноси решење о усвојењу⁸⁶⁴ и од тог тренутка се сматра да је усвојење засновано.⁸⁶⁵ Српски законодавац је, без икаквог оправдања, пропустио да пропише право на жалбу против решења о усвојењу, као и рок за њено подношење.⁸⁶⁶ Пре тога ће се будућим усвојитељима, а и детету ако је то прикладно, у поверљивом разговору предочити последице усвојења.⁸⁶⁷ Усвојитељима се, такође, препоручује да детету саопште истину о његовом пореклу чим то постане могуће.⁸⁶⁸ Осим тога, препоручује им се да се подвргну психо-социјалном саветовању у органу старатељства, породичном саветовалишту или другој установи специјализованој за

⁸⁶³ У периоду обухваћеном истраживањем (2008-2018. година), у пракси Центра за социјални рад „Топлица“ у Прокупљу није било случајева у којима је утврђено непостојање опште подобности усвојитеља нити оних у којима је захтев за усвојење одбијен због тога што узајамно прилагођавање није било успешно.

⁸⁶⁴ У српском Породичном закону, за разлику од црногорског, хрватског и аустријског, нису наведени обавезни елементи решења о заснивању усвојења. Према правилима црногорског права, ово решење мора да садржи лично име, датум и место рођења и држављанство усвојеника, лично име једног родитеља, матични број и држављанство усвојитеља, врсту усвојења и ново лично име усвојеника (Вид. чл. 142 ст. 1 ПЗ ЦГ). Обитељски закон РХ је још прецизнији – у решењу се наводи и национална припадност усвојеника, година и редни број уписа у матичну књигу рођених, лично име и адреса родитеља. Решење мора да садржи и податке о усвојитељима (лично име, датум и место рођења и адресу) и врсти усвојења. Новину представља чињеница да се може уписати и нови идентификациони број усвојеника, ако је то у његовом интересу (Вид. чл. 213 ст. 1 ОЗ РХ). Према одредби из §89 АußStrG одлука о одобравању заснивања усвојења треба да садржи изјаву о прихватању усвојеника, изјаву о престанку родитељско-дечијег односа између усвојеника и биолошких родитеља, презиме усвојитеља и усвојеника, датум и место њиховог рођења, националност, религијску припадност, датум заснивања усвојења и остале податке неопходне за правилан упис нових података о усвојенику. Занимљиво је и правило по коме ова одлука неће садржати податке о усвојитељима, уколико су се сва лица чија је изјава неопходна за заснивање усвојења, с изузетком детета и надлежних служби, изјаснила да се одричу права на упознавање с њима (Вид. § 88 АußStrG).

⁸⁶⁵ Вид. чл. 319 и 320 ПЗ. Ђеранић (2016: 559-561) сматра да је у српском праву начелно усвојен систем декрета, а не уговорни систем, када је у питању заснивање усвојења. Он, ипак указује на извесне уговорне елементе, пре свега на свечано уручивање одлуке о заснивању усвојења усвојитељима. Штавише, мишљења је да је усвојење засновано тек у тренутку предаје поменуте одлуке усвојитељима и старатељу детета.

⁸⁶⁶ Последично, примениће се општа правила о жалби у управном поступку. Како је усвојење засновано моментом доношења одлуке о његовом заснивању, прихватање жалбе против ове одлуке доводи до раскида усвојења (Ђеранић, 2016: 561). У црногорском праву, према Породичном закону, овлашћена лица могу поднети жалбу на решење о заснивању усвојења у року од осам дана од пријема побијаног решења (Вид. чл. 142 ст. 2 ПЗ ЦГ).

⁸⁶⁷ У црногорском праву је прецизније прописано да ће се последице усвојења појаснити усвојенику старијем од десет година (Вид. чл. 140 ПЗ ЦГ). У хрватском праву до недавно је била прописана старосна граница од дванаест година (Вид. чл. 140 ОЗ РХ (2003.)), али је сведена на свега седам година. Уколико је дете старије од прописаног узраста, оно ће одмах, тј. без одлагања бити поучено о последицама поступка у коме учествује (Вид. чл. 206 ОЗ РХ).

⁸⁶⁸ Поређења ради, Породични закон РЦГ не садржи препоруку, већ недвосмислену обавезу усвојитеља да детету саопште да је усвојено, до седме године живота, а ако је усвојеник старијег узраста, онда одмах након заснивања усвојења. Ова обавеза извире из права детета да зна своје порекло, а појачана је дужношћу усвојитеља да о њеном испуњењу обавесте орган старатељства (Вид. чл. 122 ст. 2 ПЗ ЦГ).

посредовање у породичним односима.⁸⁶⁹ Решење о усвојењу се уручује лично усвојитељима и старатељу детета, у свечаној атмосфери. Томе може присуствовати и дете, ако је то у складу с његовим годинама и зрелошћу. Овим нису исцрпљене обавезе органа старатељства, јер је неопходно да се донесе решење о новом упису рођења усвојеника, у коме се подаци о родитељима замењују подацима о усвојитељима. По пријему овог решења надлежни матичар врши нови упис, након чега право увида у матичну књигу рођених имају само дете и усвојитељи детета.⁸⁷⁰ Када дете затражи увид, матичар ће га упутити на психо – социјално саветовање у неку од установа надлежних за посредовање у породичним односима.⁸⁷¹ Хрватско право садржи правило вредно похвале, по коме је центар за социјални рад на чијем се подручју налази пребивалиште усвојитеља, на захтев оног који је донео решење о усвојењу, дужан да на основу шестомесечног надзора над прилагођавањем усвојеника у новој породичној средини, сачини извештај о томе.⁸⁷²

Орган старатељства је дужан да води евиденцију и да чува документацију о усвојеној деци на начин прописан од стране надлежног министра.⁸⁷³

⁸⁶⁹ Вид. чл. 321, чл. 322 и чл. 324 ПЗ. Слична правила, додуше инструкционог карактера, постојала су раније и у хрватском праву (Вид. чл. 124 ОЗ РХ (2003.)), али су након последњих измена изостала. Има аутора, попут Китановић (2016: 145), који се залажу за увођење решења из црногорског права и у српско право. Напомињемо још и то да Правилник о програму припреме за усвојење у делу о одређивању циља обрађивања тематске целине *Дететова прошлост, идентитет и друга питања везана за усвојење* (чл. 8) наглашава право усвојеног детета да зна истину о свом пореклу, значај повезивања прошлости и садашњости детета, потребу изградње позитивног става усвојитеља према природним родитељима. Родитељи се припремају и да препознају тренутак и да изаберу одговарајући начин на који ће детету саопштити истину о његовом пореклу. Један од задатака усвојитеља је стицање вештина за комуникацију с околином о питањима везаним за усвојење. У ЕКУ се такође наглашава значај постадоптивне подршке усвојитељима и усвојенику (Вид. чл. 20). Помиње се и право детета да има увид у податке о свом усвојењу, с тим што је остављена слобода државама потписницама да уреде сукоб права детета да зна своје порекло и права биолошких родитеља, који тожеле, да остану анонимни. Малолетном усвојенику се мора обезбедити психолошка подршка у вези са сазнањем свог порекла (Вид. чл. 22 ст. 3 ЕКУ).

⁸⁷⁰ Према чл. 59 ст. 3 ПЗ увид у документацију која се односи на његово порекло дете може остварити с навршених петнаест година, под условом да је способно за расуђивање. Према чл. 143 ст. 3 ПЗ ЦГ право на увид у матичну књигу и другу документацију у вези са својим пореклом усвојеник стиче са пунолетством. Орган старатељства може смањити ову старосну границу, ако процени да је то у интересу малолетног усвојеника. Идентично је решење из хрватског права. У њему је, међутим, додатно прописано да центар за социјални рад може дозволити увид у исправе о пореклу детета усвојениковим (ближим) крвним родницима, уз његово одобрење, уколико је пунолетан (Вид. чл. 217 ст. 5 ОЗ РХ).

⁸⁷¹ Вид. чл. 325 и чл. 326 ПЗ.

⁸⁷² Вид. чл. 216 ст. 2 и 3 ОЗ РХ.

⁸⁷³ Вид. чл. 327 ПЗ.

4. Последице усвојења

Дејство потпуног усвојења се састоји, пре свега, у успостављању родитељског и других породичноправних односа између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и њихових сродника.⁸⁷⁴ Паралелно са тиме, долази до престанка таквих односа између усвојеника и његових потомака и усвојеникових биолошких родитеља и других сродника.⁸⁷⁵ То, ипак, неће бити случај, из очигледних разлога, када се усваја дете свог супружника или ванбрачног партнера.⁸⁷⁶

Заснивањем усвојења између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и његових сродника настају односи подударни онима заснованим на рођењу, тј. крвном сродству. Због тога сродство по усвојењу представља брачну сметњу под истим условима као сродство по рођењу.⁸⁷⁷ С друге стране, природна веза између усвојеника и његових биолошких сродника и даље ће бити сметња за закључење брака између ових лица. Биолошке везе, наиме, могу бити замењене социјалним, али се њихове последице на заједничко потомство лица међу којима постоје не могу ни на који начин искључити.

Усвојење је у потпуности изједначено са чињеницом рођења и у наследноправном смислу. Док се наследна права усвојеника према крвним сродницима гасе, рађају се према усвојитељима и њиховом сродницима. Усвојитељи и њихови сродници, пак, могу истаћи наследноправни захтев у односу на усвојеника и његове потомке. Наследноправни режим усвојења је неминовно другачији када се у улози усвојитеља налази супружник или ванбрачни партнер усвојениковог биолошког родитеља.⁸⁷⁸

Једна од могућих последица усвојења јесте и промена личног имена усвојеника. Он може стећи презиме својих усвојитеља⁸⁷⁹, док за промену имена важе општа правила

⁸⁷⁴ Вид. чл. 7 ст. 4 ПЗ.

⁸⁷⁵ У пресуди Европског суда за људска права *I.S. v. Germany (Judgment бр. 31021/08)*. Преузето 20.12.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-144361%22%5D%7D>) установљено је да је интерес усвојеника да се потпуно интегрише у нову породицу претежнији од права на заштиту личног и породичног живота на које се позвала биолошка мајка желећи да одржава контакте с усвојеником. Како се подносиатељка сагласила са усвојењем, свесно се одрекла родитељског права према својој деци. Поштовање договора по коме је она требало да редовно добија информације о њима, по оцени суда, зависи искључиво од воље усвојитеља..

⁸⁷⁶ Вид. чл. 104, чл. 105 ПЗ и чл. 11 ст. 1, 2 ЕКУ.

⁸⁷⁷ Вид. чл. 11 ст. 3 ЕКУ.

⁸⁷⁸ Законом о наслеђивању Републике Србије прописано је да усвојеник из потпуног усвојења и његови потомци наслеђују усвојитеља и његове потомке, као што дете и његови потомци наслеђује своје родитеље и њихове потомке. Усвојеник из потпуног усвојења и његови потомци не наслеђују усвојеникове крвне сроднике нити они наслеђују усвојеника и његове потомке (Вид. чл. 34 ЗОН, као и Стојановић, 2016: 11-12).

⁸⁷⁹ Таква могућност постоји и према правилима Европске конвенције о усвојењу (Вид. чл. 11 ст. 3).

Породичног закона. Усвојеник може да добије презиме једног или оба усвојитеља или њихово заједничко презиме, али се оно не може разликовати од презимена друге деце (биолшке и усвојене) усвојитеља (Китановић, 2016: 147-148, Ковачек Станић, 2005: 377; Панов, 2010: 266).

Хрватски Обитељски закон прописује да усвојитељи споразумно одређују усвојениково ново име, а да њихово заједничко презиме постаје и његово.⁸⁸⁰ Центар за социјални рад може дозволити усвојенику, ако процени да је то у његовом интересу, да задржи дотадашње име и презиме или да постојећем дода презиме усвојитеља.⁸⁸¹ Усвојеник старији од дванаест година мора одобрити промену личног имена.⁸⁸² Породични закон ЦГ прописује драстичније последице усвојења на лично име усвојеника у односу на одредбе српског Породичног закона. Наиме, усвојеник аутоматски стиче презиме усвојитеља, који, пак, споразумно одређују усвојениково име. Ако усвојитељи не деле презиме, одредиће презиме усвојеника споразумно. У одсуству споразума усвојитеља, име и презиме усвојеника одредиће орган старатељства.⁸⁸³

У немачком праву, последице потпуног усвојења на усвојениково лично име састоје се у томе што он стиче презиме усвојитеља. С тим се мора сагласити усвојитељев супруг и усвојеник узроста од пет и више година. На захтев усвојитеља, суд може донети одлуку о промени имена усвојеника, ако је то у његовом интересу. Под истим се условима новом презимену усвојеника може додати раније презиме, или обратно.⁸⁸⁴ Последице потпуног усвојења у француском праву, првенствено се одражавају на лично име усвојеника. Он стиче презиме усвојитеља, а на његов/њихов захтев суд може одлучити и о промени имена усвојеника. Усвојеник може стећи и презиме усвојитељевог супруга, који се с тим сагласио. Једна од могућности је и да се усвојениково ново презиме састоји истовремено од презимена усвојитеља и његовог супруга, ако се потоњи с тиме сагласио. Када је брачни партнер усвојитеља преминуо, питаће се за

⁸⁸⁰ Вид. чл. 198 ст. 1 и 2 ОЗ РХ.

⁸⁸¹ Вид. чл. 198 ст. 3 ОЗ РХ.

⁸⁸² Вид. чл. 198 ст. 5 ОЗ РХ.

⁸⁸³ Видети: чл. 146 ПЗ ЦГ. У периоду када је у црногорском праву постојало непотпуно усвојење, било је прописано само као могућност да усвојитељи одреде име усвојенику. Усвојеник је могао одлучити да уместо презимена усвојитеља задржи своје или да му дода усвојитељево. За промену имена и презимена у сваком случају је била потребна сагласност детета старијег од десет година (Вид. чл. 149 ПЗ ЦГ (2007.)).

⁸⁸⁴ Видети: § 1756 BGB.

мишљење његови наследници.⁸⁸⁵ Дејство непотпуног усвојења на усвојениково презиме састоји се у додавању усвојениковом презимена усвојитеља. Када је презиме једног од њих двојако, усвојитељ одлучује које ће од два своја презимена усвојеник задржати. Мора се питати за мишљење усвојеник старији од тринаест година. У одсуству другачијег решења, прво презиме усвојитеља се додаје првом презимену усвојеника. Када су усвојитељи супружници с различитим презименима, усвојениковом се додаје једно од ових презимена. У недостатку споразумног решења, усвојениковом се додаје мужевљево презиме. Када је усвојениково презиме сложене структуре, важе правила слична онима претходно описаним. Уз сагласност усвојеника старијег од тринаест година, суд може усвојити захтев усвојитеља и усвојенику доделити само презиме усвојитеља.⁸⁸⁶

Родитељски однос заснован усвојењем се не може оспоравати, јер је усвојење засновано правним актом, на основу кога је извршен упис у матичним књигама (Поњавић, 2007: 226).

Како је однос између усвојитеља и усвојеника идентичан односу између родитеља и детета, може доћи до аналогне примене установа лишења и продужења родитељског права.

У Преднацрту је предложен повратак на две врсте усвојења – потпуно и непотпуно.⁸⁸⁷ Појам потпуног усвојења је остао непромењен, док се под непотпуним усвојењем подразумева заснивање права и обавеза родитеља и детета између усвојитеља и његових сродника и усвојеника и његових потомака, али тако да то не утиче на права усвојеника према његовим родитељима и другим сродницима, као ни на његове дужности према њима.⁸⁸⁸ Подржавамо овакву законодавну интервенцију, јер сматрамо да ће допринети широј употреби установе усвојења. Сматрамо да има лица са интересом за заснивањем ове врсте усвојења и да нема разлога да се тим интересима не удовољи, наравно, под законом прописаним условима (Тако и: Китановић, 2016: 121, која истиче да је непотпуно усвојење одговарајућа форма заштите старије деце смештене у

⁸⁸⁵ Видети: чл. 357 СС.

⁸⁸⁶ Видети: чл. 363 СС.

⁸⁸⁷ Некадашњи ЗБПО такође је уређивао непотпуно усвојење. Постојале су две његове варијанте, са ужим и са ширим дејством. Разлика се састојала у степену интегрисаности усвојеника у породицу усвојитеља – у погледу презимена усвојеника и обима његових наследних права (Више о томе: Прокоп, 1963: 141-142). Европском конвенцијом о усвојењу је такође прописана могућност постојања облика усвојења са другачијим, ужим дејством од потпуног (Вид. чл. 11 ст. 4).

⁸⁸⁸ Вид. чл. 2338 и 2339 Преднацрта. Истоветно одређење непотпуног усвојења садржао је и ПЗ ЦГ (2007.) (Вид. 121 ст. 2).

хранитељским породицама или у установама). У прилог томе су и решења из упоредног права заснована такође на двама врстама усвојења. Има и другачијих мишљења, па тако Шаркић и Почуча (2015: 117-118) наводе да нема ниједног ваљаног аргумента за враћање на институт који је једном напуштен и истичу да непотпуно усвојење доводи до збуњивања малолетника по питању сродника и додатно компликује односе у породицима које су усвојиле дете.

Занимљиво је решење из хрватског права о дејству усвојења на национални статус усвојеника, које му, наиме, могу одредити усвојитељи. За такву промену је неопходна сгласност усвојеника старијег од дванаест година.⁸⁸⁹ Особено је и решење по коме се усвојитељи неће уписивати у матичну књигу рођених као родитељи, ако орган старатељства процени да је то у интересу усвојеника. У сваком случају, неопходна је сагласност усвојеника старијег од дванаест година за промену уписа рођења.⁸⁹⁰

Породични закон РФ садржи изузетно занимљиво решење о промени датума и места рођења детета, с циљем очувања чињенице усвојења у потпуној тајности. Датум рођења детета до дванаест месеци живота може бити измењен, али највише за три месеца. Ако суд оцени да постоје ваљани разлози, могућа је промена датума рођења и за усвојеника старијег од годину дана.⁸⁹¹ Упис усвојитеља као родитеља усвојеника је могућ на њихов захтев и уз сагласност усвојеника с навршених десет година живота.⁸⁹² Посебно је уређена ситуација када до усвојења дође након смрти родитеља. У том случају на захтев бабе и деде по преминулом родитељу, суд може дозволити да усвојеник, ако је то у његовом интересу задржи стечена лична и имовинска права. Може се такође допустити надживелом родитељу и сродницима преминулог родитеља да одржавају контакте са усвојеником, што мора бити утврђено судском одлуком о заснивању усвојења.⁸⁹³ Усвојеник који је стекао право на пензију или на друга примања по основу смрти родитеља, задржава то право и након усвојења.⁸⁹⁴

⁸⁸⁹ Вид. чл. 198 ст. 4 и 5 ОЗ РХ.

⁸⁹⁰ Видети: чл. 146 ОЗ РХ.

⁸⁹¹ Вид. чл. 135 ПЗ РФ.

⁸⁹² Вид. чл. 136 ПЗ РФ.

⁸⁹³ Вид. чл. 137 ПЗ РФ.

⁸⁹⁴ Вид. чл. 138 ПЗ РФ.

Претходно правило важи и у немачком праву, при чему је наглашено да истим није обухваћено право издржавања.⁸⁹⁵ Немачки грађански законик такође прописује да ће доћи до прекида породичноправних односа само између усвојеника и његових потомака, с једне стране, и усвојеникових родитеља, с друге стране, ако се усвојеник и усвојитељ налазе у другом или трећем степену крвног или тазбинског сродства.⁸⁹⁶ Дејство усвојења пунолетног лица је такво да оно не утиче на сроднике усвојитеља. Не долази до рађања адоптивног сродства између усвојеника и усвојитељевог супружника или партнера. Заснивање овог усвојења не утиче ни на права и дужности које произлазе из односа усвојеника и његових потомака и њихових сродника, ако није другачије прописано. Усвојитељ је дужан да издржава усвојеника пре његових крвних сродника.⁸⁹⁷

У француском праву, дејство потпуног усвојења наступа од дана подношења захтева за усвојење.⁸⁹⁸ Усвојеник задржава наследна права према крвним сродницима, а остаје и брачна сметња крвног сродства.⁸⁹⁹ Усвојитељ стиче родитељско право у односу на усвојеника.⁹⁰⁰ Узајамна облигација издржавања постоји између усвојитеља и усвојеника, као и између усвојеника и његових биолошких родитеља. Обавеза издржавања биолошких родитеља је супсидијарна у односу на такву обавезу усвојитеља. Настају нове сродничке везе, па је забрањено закључење брака између усвојитеља и усвојеника и његових потомака, између усвојеника и усвојитељевог супружника, као и између усвојитеља и усвојениковог брачног партнера, између усвојене деце истог усвојитеља, између усвојеника и биолошке деце усвојитеља.⁹⁰¹ Усвојеник и његови потомци имају наследна права према усвојитељу, али не и према његовим прецима.⁹⁰² Ако усвојеник није оставио за собом потомке, имовина коју је стекао од усвојитеља се враћа њему или његовим потомцима; оно што је са захвалношћу примио од својих биолошких родитеља враћа се

⁸⁹⁵ Вид. § 1755 BGB.

⁸⁹⁶ Вид. § 1756 BGB.

⁸⁹⁷ Вид. § 1770 BGB.

⁸⁹⁸ Вид. чл. 355 СС.

⁸⁹⁹ Вид. чл. 364 СС.

⁹⁰⁰ Вид. чл. 365 СС.

⁹⁰¹ Вид. чл. 366 СС. Председник Француске може ослободити брачне сметње усвојеника и усвојитељеве потомке, ако постоје озбиљни разлози у прилог томе. Диспензација ове врсте је могућа и када брак желе да закључе усвојеник и супружник усвојитеља или усвојитељ и усвојеников супружник, под додатним условом да је особа преко које је настало адоптивно сродство преминула.

⁹⁰² Вид. чл. 368 СС.

њима. Остала имовина се расподељује између адоптивних и биолошких сродника, уз уважавање наследних права надживелог супружника.⁹⁰³

По правилима ABGB, између усвојитеља и његових потомака и усвојеника и његових малолетних потомака настају права и дужности аналогне онима између родитеља и деце, а истовремено престају породични односи између усвојеника и његових потомака и усвојеникових биолошких родитеља и њихових сродника. Очекивано, уколико се усваја дете супружника или партнера, до гашења родитељског права не долази између тог родитеља и усвојеника. Ипак, заснивањем усвојења не долази до престанка обавезе издржавања усвојеника и његовог малолетног потомства од стране биолошких родитеља и њихових сродника. Исту обавезу ће имати и усвојеник према биолошком оцу и мајци, под условом да га нису грубо занемаривали пре заснивања усвојења. Иако нам је разумљива жеља аустријског законодавца да на овај начин обезбеди материјалну сигурност ових лица, повезаних крвним сродством, мишљења смо да ово решење није добро, јер се противи природи и циљу усвојења, нарушавајући стабилност породичних односа заснованих њиме. Усвојење има ограничено дејство и у односу на наследна права биолошких сродника. Наиме, оно доводи настанка наследних права између усвојитеља и усвојеника, али не и до гашења истих права између биолошких родитеља, као и бабе и деде по оцу и мајци и усвојеника и његових малолетних потомака. Ипак, усвојитељи и њихови потомци се позивају на наслеђе пре усвојеникових биолошких сродника.⁹⁰⁴ С обзиром на то да се усвојењем заснивају породични односи у свему налик онима који почивају на рођењу детета, сматрамо да овакав наследноправни режим не погодује очувању интегритета породице настале посредством установе усвојења.

5. Престанак усвојења

5.1. Раскид усвојења

Заснивањем потпуног усвојења између усвојитеља и усвојеника треба да настане однос идентичан оном између родитеља и детета. Родитељско-дечији однос је по својој

⁹⁰³ Вид. чл. 368 -1 СС.

⁹⁰⁴ Вид. § 199 ABGB.

природи трајан, па не може престати, тј. бити раскинут вољом његових субјеката.⁹⁰⁵ Исто важи и за потпуно усвојење. У савременом праву има, ипак, и другачијих примера. Осим тога, у Преднацрту и појединим страним правима је заступљено и непотпуно усвојење, па ћемо размотрити и раскид усвојења, као један од могућих начина његовог престанка.⁹⁰⁶

Питање стварне надлежности за раскид (непотпуног) усвојења⁹⁰⁷ није коначно решено у будућој српској кодификацији. Предложено је да о овом питању одлучује орган стрателства, али је допуштена законодавна измена у корист суда. До раскида усвојења може доћи ако надлежни орган, тј. орган старатељства по службеној дужности процени да је то у интересу усвојеника. По редовном току ствари, информације које би га навеле на такав закључак могао би да добије од здравствених и образовних установа, установа социјалне заштите, правосудних и других државних органа. Усвојеник с навршених осамнаест година живота такође може покренути овај поступак.⁹⁰⁸ Захтев за раскид усвојења могу поднети и усвојитељ и усвојеник, самостално или заједнички и споразумно. Раскидом усвојења не морају престати сва права и обавезе између усвојитеља и усвојеника. Ако постоје оправдани разлози, с обзиром на све околности, суд може донети одлуку о обавези усвојитеља да и даље издржава усвојеника, све до његовог пунолетства. Нешто ригоризнији услови морају бити испуњени у обрнутој ситуацији. Пунолетни усвојеник кога је усвојитељ дуго издржавао и старао се о њему, може бити обавезан да издржава бившег усвојитеља који је неспособан за привређивање и нема довољно средстава.⁹⁰⁹ Клаузула *rebus sic stantibus* и овде долази до изражаја, јер се судска одлука о издржавању између бивших усвојитеља и усвојеника може изменити, зависно од

⁹⁰⁵ Вид. чл. 106 ст. 2 ПЗ. Панов (2010: 267-268) критикује немогућност раскида потпуног усвојења на захтев пунолетног усвојеника, наводећи да то је нелогично, с обзиром на захтевану сагласност са усвојењем усвојеника с навршених десет година живота. У прилог раскидивости усвојења изјашњавају се још неки аутори. Међу њима је и проф. Мијачић (1967: 335), која своје становиште темељи на вољном, уговорном начину заснивања усвојења. Оба поменута аутора истичу да у развоју односа између усвојитеља и усвојеника могу настати одређене промене, које опстанак усвојења чине бесмисленим, па их и законодавац мора имати у виду.

⁹⁰⁶ Раскид усвојења је могућ, само ако постоје озбиљни разлози за то, а усвојеник није постао пунолетан, и према одредби из чл. 14 ст. 2 ЕКУ.

⁹⁰⁷ С обзиром на предложено уређење непотпуног усвојења, а не само потпуног, било је неопходно направити јасну разлику међу њима, па је изричито прописано да је потпуно усвојење нераскидиво (Вид. чл. 2338 Преднацрта).

⁹⁰⁸ Оправдани разлози су законски критеријум за раскид усвојења и у немачком праву (Вид. § 1771 BGB.).

⁹⁰⁹ Црногорска правила о непотпуном усвојењу временски су ограничавала обавезу издржавања по основу раскинутог усвојења на период од годину дана (Вид. чл. 152 ПЗ ЦГ (2007.)).

околности. Правноснажно решење о престанку непотуног усвијења мора бити достављено надлежном матичару који ће регистровати настале промене.⁹¹⁰

Руско и немачко су вредни нарочите пажње, управо зато што је у њима омогућен раскид потпуног усвојења. Према ПЗ РФ усвојење може бити раскинуто судским путем, ако усвојитељи занемаре родитељске дужности према усвојенику или се сурово односе према њему, злоупотребе своја права или употребљавају алкохол или опојне дроге. Раскид је могућ и из других разлога, ако је то у интересу усвојеника, чије се мишљење мора узети у обзир.⁹¹¹ Раскид може тражити усвојеник с навршених четрнаест година. Након раскида, усвојеник се враћа биолошким родитељима, ако је то могуће.⁹¹² Ако је усвојеник навршио осамнаест година, раскид усвојења је могућ само на споразумни захтев усвојеника, усвојитеља и биолошких родитеља усвојеника.⁹¹³ У немачком праву, раскид потпуног усвојења је могућ ако при његовом заснивању нису била на одговарајући начин примењена правила о сагласности одређених лица са усвојењем или је оно засновано без таквог захтева усвојитеља. Без обзира на то, суд неће изрећи раскид, ако он није у интересу усвојеника, осим када треба дати предност важнијим интересима усвојитеља.⁹¹⁴ Захтев за раскид усвојења може се поднети у субјективном року од годину дана и објективном року од три године.⁹¹⁵ Могућ је и раскид усвојења заснованог над малолетним усвојеником, по службеној дужности, ако за то постоје озбиљни разлози, под условом да је супружник усвојитеља у односу на кога делује раскид или биолошки родитељ спреман да преузме дете, или је поступак раскида покренут да би се омогућило заснивање новог усвојења.⁹¹⁶

5.2. Поништење усвојења

Потпуно усвојење, у српском праву, може престати само поништењем, из разлога апсолутне или релативне ништавости. Као што родитељски однос заснован рађањем у

⁹¹⁰ Вид. чл. 2345-2348 Преднацрта. У Породичном закону ЦГ (2007.) био је прописан и рок за испуњење ове обавезе од стране органа старатељства и он је износио осам дана (Вид. чл. 153).

⁹¹¹ Вид. чл. 141 ПЗ РФ.

⁹¹² Вид. чл. 142, 143 ПЗ РФ.

⁹¹³ Вид. чл. 144 ПЗ РФ.

⁹¹⁴ Вид. § 1760 BGB.

⁹¹⁵ Вид. § 1762 BGB.

⁹¹⁶ Вид. § 1763 BGB.

свом зачетку није временски ограничен, тако ни онај заснован на вољи заинтересованих лица не може имати рок важења.

Ништаво је усвојење приликом чијег заснивања нису били испуњени законом прописани услови за његову пуноважност.⁹¹⁷ Имајући у виду прецизно наведене услове за његову пуноважност, ништаво је усвојење засновано над усвојеником који није навршио три месеца живота или је стекао пословну способност пре стицања пунолетства или је у време усвајања био пунолетан. Уколико се родитељи⁹¹⁸, који нису лишени родитељског права или пословне способности, нису сагласили са усвојењем, оно ће и у том случају бити апсолутно ништаво. Чак и кад су родитељи или старатељ детета дали одговарајућу изјаву, усвојење ће бити ништаво, ако је засновано без сагласности усвојеника старог десет и више година и способног за расуђивање. Уколико су у улози усвојитеља и усвојеника крвни сродници или браћа и сестре, односно старатељ и штићеник, такво усвојење ће бити санкционисано апсолутном ништавошћу. Овлашћена лица могу захтевати да се утврди ништавост усвојења над дететом које је једном већ било усвојено, под условом да усвојитељ није био његов очух или маћеха. Ако лице млађе од осамнаест или старије од четрдесет пет година није добило одобрење надлежног министарства за усвојење, постојаће вероватноћа да и оно буде поништено, као апсолутно ништаво. Исто важи када је реч о усвојитељу који сам усваја дете или усвојитељу страног држављанства. Осуђиваност за кривична дела против брака и породице, обољење које може штетно деловати на усвојеника, лишавање родитељског права или пословне способности на страни усвојитеља, такође ће претити да доведе до поништења усвојења. Како је похађање програма припреме за усвојење још једна претпоставка његове пуноважности, избегавање ове обавезе повлачило би, такође, могућност поништења. Имајући у виду строгу форму за заснивање усвојења, ако изузмемо могућност да оно буде засновано између крвних сродника који нису свесни чињенице сродства, мишљења смо да је мала вероватноћа да до његовог поништења дође из наведених разлога. Од материјалних услова за заснивање усвојења, уједно и узрока његове апсолутне ништавости, највећи значај има најопштији међу њима – најбољи интерес детета –

⁹¹⁷ Вид. чл. 107 ПЗ. Примера ради, на подручју прокупачког Центра за социјални рад „Топлица“ у току протеклих десет година није било случајева поништења усвојења.

⁹¹⁸ Логична и законска претпоставка наведене тврдње јесте чињеница да су биолошки родитељи усвојеника живи и да је познато где бораве.

усвојеника. То се односи не само на изричито прописане елементе овог појма, већ и на његово уопштено значење. Реч је о правном стандарду чија се садржина изнова одређује у сваком поједином случају и обухвата велики број околности, па је логична претпоставка да ће поништење усвојења најчешће бити захтевано управо због неке позитивне или негативне чињенице која под њега потпада. У домаћој судској пракси нема одговарајућих примера, али је зато занимљив један предмет који се нашао пред ЕСЉП, у коме је управо интерес усвојеника био кључни критеријум приликом преиспитивања домаће одлуке о поништењу усвојења. Наиме, пресудом у предмету *Zaiet v. Romania*⁹¹⁹ установљено је да је и код поништења усвојења најважнији интерес усвојеника, те да се усвојење засновано пре много година може поништити само из одговарајућих, озбиљних разлога. Био је то први пут да је овај суд морао да разматра акт усвојења након смрти усвојитеља и у старијим годинама усвојеника, утврдивши притом постојање повреде чл. 8 Конвенције и чл. 1 Првог протокола уз ову конвенцију. Радило се о двома сестрама, од којих је једна (подносиатељка) усвојена у седамнаестој години, након осам година живота са усвојитељком. Након смрти њихове мајке поставило се питање њихових наследних права на шумском земљишту које је чинило заоставштину, јер је подносиатељкина сестра истицала ништавост њеног усвојења, истичући да је оно засновано управо с циљем наслеђивања ових добара. Суд је усвојио тужбени захтев, а издвојено мишљење је гласило да је утисак да је усвојење било засновано ради добробити подносиатељке, рођене у пороидци са осморо деце и у лошој финансијској ситуацији. Подносиатељка је истицала да је њен однос са женом која ју је усвојила почивао на пажњи и узајмној подршци. Европски суд је уважио аргументе из представке, па је утврдио да су подносиатељкино право на поштовање њеног приватног и породичног живота и право на имовину повређени поништењем усвојења од стране румунског суда без навођења одговарајућих и довољних разлога.

Као што смо већ навели, законски услов за заснивање усвојења јесте и сагласност одређених лица с тим чином. Таква изјава воље мора испуњавати општи услов да буде дата слободно и озбиљно. Ако је сагласност за заснивање усвојења од стране родитеља (или старатеља) или усвојеника дата под принудом или у заблуди, усвојење је рушљиво.⁹²⁰

⁹¹⁹ *Judgment* бр. 44958/05. Преузето 10.01.2020. <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2015/03/CASE-OF-ZAIET-v.-ROMANIA.pdf>.

⁹²⁰ Вид. чл. 108 ПЗ.

Рок за подношење тужбе износи годину дана од престанка принуде, тј. уочавања заблуде.⁹²¹

Разлика између општег режима апсолутне и релативне ништавости и овог у праву о усвојењу дошла је до изражаја и приликом прописивања круга овлашћених лица за њихово истицање. Право да захтевају поништење у случају апсолутне, као и релативне ништавости, насупротив општем правилу, имају иста лица - усвојитељ, усвојеник, родитељи, односно стартељ детета, јавни тужилац и друга лица која имају правни интерес за поништење усвојења.⁹²² Последице су такође исте. По правноснажности одлуке о поништењу, оснажује се ранији упис рођења за усвојеника.⁹²³ Орган старатељства мора предузети мере старања над ранијим усвојеником, након поништења усвојења.⁹²⁴ Дете чије је презиме промењено заснивањем усвојења може након његовог поништења стећи своје раније презиме.⁹²⁵

Специфичан режим поништења усвојења постоји у аустријском праву. До тога може доћи из читавог низа разлога, на захтев странака или на иницијативу суда, односно по службеној дужности. Тако поништење усвојења следи уколико усвојитељ није био пословно способан приликом закључења уговора о усвојењу. Ова последица може бити избегнута, уколико он накнадно стекне такву способност и притом изјави да жели да усвојење остане на снази. Уколико је усвојеник био пословно неспособан, а његов законски заступник се није накнадно сагласио са усвојењем, оно ће бити поништено. Поништење ће бити неминовно и уколико је усвојење било одобрено већем броју лицу, осим брачним партнерима, али и онда када је његов циљ био искључиво стицање презимена усвојитеља или прикривање недозвољених интимних односа. Уколико уговор о заснивању усвојења није био закључен у писаној форми, а од његовог одобрења није протекло више од пет година, он ће такође бити поништен.⁹²⁶ До поништења усвојења може доћи и уколико је лице које се с њим сагласило то учинило под утицајем преваре или принуде. У том случају, потребно је да то лице или једна од уговорних страна у преклузивном року од годину дана од престанка принуде или уочавања преваре поднесу

⁹²¹ Вид. чл. 275 ст. 2 ПЗ. Вид. и фн. 255.

⁹²² Вид. чл. 275 ст. 1 ПЗ.

⁹²³ Вид. чл. 156 ПЗ ЦГ.

⁹²⁴ Вид. чл. 109 ПЗ.

⁹²⁵ Вид. чл. 349 ст. 3 ПЗ.

⁹²⁶ Вид. § 200 ABGB.

захтев за поништење. Посебно је значајно то што у аустријском праву усвојење престаје по службеној дужности, ако више није у интересу усвојеника. Занимљиво је и то што и у случају развода усвојитеља усвојеник може захтевати престанак усвојења, с образложењем да оно није у његовом најбољем интересу, а оно у том случају оно може престати и у односу на само једног усвојитеља.⁹²⁷

⁹²⁷ Вид. § 200 ABGB.

Закључак

Породични статус детета спада у најзначајније и најкорисније појмове породичног права. Функционисање читавог друштва зависи од стабилности породице, која је, пак, условљена чврстином веза између њених чланова. Успостављање правног односа између родитеља и детета претпоставка је остваривања највећег броја права и обавеза прописаних породичноправним нормама. Због тога постоји тежња да се у сваком конкретном случају утврди ко су дететови отац и мајка. Правила о утврђивању материнства и очинства постоје од давнина, али то не значи да више нема спорних питања у домену њихове примене нити да су она статична. Управо је то разлог због кога смо се у овом раду бавили нормама о породичном статусу детета и правцима њиховог развоја.

На почетку рада, бавили смо се општим појмом породичног статуса детета и оним појмовима који су са њим непосредно повезани. Већ приликом тих општих разматрања, увидели смо да у савременом праву постоји тенденција да се преиспита родитељска улога и да се одговори на питање да ли је могуће да исту врши већи број лица. Као што смо већ напоменули, ми смо мишљења да родитељска права и дужности у целини могу вршити само дететови отац и мајка, а то могу бити само она лица чији је статус утврђен у прописаном поступку, применом законских правила о материнству и очинству. Што се других субјеката тиче, они могу имати поједина права и обавезе према детету, у извесној мери компатибилне онима из домена родитељског права, али њихов статус, различит од породичног статуса детета, мора бити законом посебно уређен. У делу рада у коме смо излагали о праву на слободно родитељство и праву детета да зна своје порекло, истакли смо различита схватања о њиховом опсегу. Код права на слободно родитељство поставило се као основно питање да ли оно припада жени и мушкарцу подједнако и да ли оно подразумева и активне или само пасивне обавезе државе? С обзиром на различите аргументе, изнете од стране бројних теоретичара, закључили смо да је ово право сложено, састављено од већег броја овлашћења, која, у целини посматрано, припадају партнерима у подједнакој мери. У том смислу брачни и ванбрачни партнери имају право да слободно донесу одлуку да ли ће и колико деце имати, а с циљем реализације те намере могу користити и биомедицинске технике, под условима прописаним законом. Под истим тим условима и лица која живе сама се могу остварити као родитељи. Право детета да зна ко су му родитељи спада у најважнија субјективна права. Међутим, у савременом праву, у

извесним ситуацијама може доћи до сукоба овог и права на приватност његових родитеља. Видели смо да у појединим правним поретцима постоји могућност анонимног порођаја, па се као кључно поставило питање да ли таква опција треба да постоји, будући да се њоме сужава право детета да зна своје порекло, а нису у довољној мери заштићена ни права оца и других дететових сродника. Као што смо у раду истакли, сматрамо да превагу треба да однесе не право на приватност мајке у односу на право детета да зна ко је она, већ дететово право на живот, а да се негативне последице ускраћивања података о мајци, ипак, могу толерисати. Када су у питању поступци биомедицинске оплодње, сматрамо да важи слична аргументација, с тим што смо издвојили сурогат мајку, с обзиром на специфичност њеног положаја, сматрајући да, уколико постоји обострана жеља, њој и детету треба омогућити да одржавају лични однос.

У делу рада посвећеном материнству и очинству истраживали смо материјалне и процесне услове за њихово успостављање. Анализовали смо домаћа и правила појединих европских земаља. У сфери материнства, разлике су минималне, јер нема много простора за примену другачијих правила од оног по коме се мајком сматра жена која је родила дете и чији су подаци евидентирани на прописани начин. Могућност оспоравања стања из матичних књига и утврђивања материнства судским путем такође је широко распрострањена, али смо уочили да у појединим земљама, попут Француске (раније и Хрватске), материнство може бити засновано и признањем. С обзиром на то да се залажемо за метод вансудског решавања спорних односа, кад ког је то могуће, не видимо разлог да се жени која себе сматра мајком ускрати право да призна дете, нарочито ако постоји сагласност заинтересованих лица. Када је реч о очинству, разлике између домаћег и упоредног права у много већој мери долазе до изражаја. Имамо у виду, пре свега, неједнак третман појединих узрока престанка брака и различиту дужину рокова, у сфери брачног очинства. Наиме, у појединим земљама брачно очинство ће бити конституисано и у односу на дете које је рођено у прописаном року по престанку брака смрћу, разводом или поништењем. У другим поретцима ће претпоставка брачног очинства производити дејство само ако је дете рођено у прописаном року од престанка брака смрћу мужа мајке. Рокови нису свуда исти, мада је циљ сваког законодавца да они буду формулисани у складу са медицинским сазнањима о могућој дужини трудноће. По нашем мишљењу, решење из српског права одговара животной стварности, тако да сматрамо оправданим

важење претпоставке брачног очинства у случају рођења детета у току трајања брака и у року од триста дана од његовог престанка смрћу мужа мајке. У погледу ванбрачног очинства сматрамо недостатком то што у српском праву могућности за његово заснивање признањем нису широке колико у неким другим правима, попут црногорског, хрватског или немачког. Сматрамо да је пожељна измена у том смеру и да треба подстицати вансудско уређење ионако осетљивих породичних односа. Што се процесних апсеката материнства и очинства тиче, решења из српског права такође сматрамо добрим. Наиме, сматрамо да временски неограничено право детета да покрене матернитетску или патернитетску парницу доприноси остваривању његовог права на сазнање порекла, као што прописивање рокова за друге правне субјекте доприноси правној сигурности. Мишљења смо, стога, да законодавне измене у том погледу нису неопходне нити оправдане. С друге стране, већ смо истакли потребу да се стимулише тужена страна да се повинује одлуци суда којом се налаже обављање медицинског вештачења. Због тога сматрамо пожељним да се убудуће пропишу прецизнија правила којима би се упућивало на одредбе процесног закона о терету доказивања и о новчаном кажњавању због непоштовања суда, у случају да тужени одбија да се подвргне наложеном вештачењу. Осим тога, сматрамо озбиљним недостатком то што ће у одређеним случајевима финансијски разлози, тј. трошкови медицинског вештачења, фактички онемогућити детету да сазна истину о свом пореклу. Због тога треба размотрити предлог о предујмљивању ових трошкова из буџетских средстава, уколико је у улози тужиоца дете, које с обзиром на свој материјални положај није у стању да их подмири.

Зачеће детета уз помоћ медицине, у савременом друштву и праву спада у оне теме о којима начелно постоји позитиван став. Уопштено посматрано, сматра се оправданом употреба медицинских достигнућа с циљем реализације најприродније људске потребе да се оствари потпомство. Међутим, овим друштвеним консензусом нису обухваћени сви поступци биомедицинки потпомогнуте оплодње, што је логично, с обзиром на непрекидни развој медицинске науке и изналажење најразличитијих начина за заснивање родитељства. За разлику од других поступака БПО код којих се општа правила о материнству и очинству могу применити с незнатним модификацијама, код сурогат материнства то није случај. Чињеница да се родитељима неће сматрати жена која ће родити дете и њен партнер, већ лица која су уговором обавезала да преузму дете, као би се о њему старала

као родитељи, изазива бројне и жучне расправе. Сваки покушај да се анализују могућа правила о сурогат материнству почињу и завршавају се спорењима о томе да ли га треба допустити или не. У овом раду, анализовали смо одредбе страних права у којима је сурогација дозвољена, али и правила о рађању за другог предложена у Преднацрту. Након теоријске обраде овог института и анализе случајева из досадашње праксе ЕСЈП, закључили смо да сурогат материнство треба дозволити, под одређеним условима. Наиме, сматрамо да нема одговарајућег разлога да се лицима која то желе, али из медицинских разлога не могу, не помогне на овај начин да се остваре у родитељској улози. Уколико би било прихваћено некомерцијално, доброчино сурогат материнство, не видимо због чега би требало игнорисати вољу заинтересованих лица да дете буде рођено на овај начин. Свесни смо свих моралних изазова у примени овог института, али сматрамо пожељним да се дете роди, па макар и под тим условима. Осим тога, мишљења смо да би ти изазови били сведени на најмању меру уколико би било прописано да је сурогација могућа само између домаћих држављана и да генетски материјал не сме потицати од сурогат мајке. Најзад, уколико би било прописано да дете и сурогат мајка могу одржавати личне односе, уколико то желе, мишљења смо да би овај институт допринео обогаћивању породичних односа, а не њиховом растакању.

Незаобилазна тема приликом проучавања породичног статуса детета свакако је и усвојење, с обзиром на то да је реч о посебном, вољном начину заснивању односа између родитеља и детета. Оно представља прастару правну установу, која током времена није изгубила на значају, па је интересовање за њу велико и у савременом праву. У раду смо се бавили свим аспектима усвојења, али смо посебну пажњу посветили материјалним условима за његово заснивање и врстама усвојења. Анализовали смо правила домаћег и упоредног права, па смо закључили да су решења из српског права углавном добра, али да су пожељна незнатна побољшања. Као што смо истакли у раду, у погледу услова који се тичу животног доба усвојитеља и усвојеника сматрамо пожељним дефинисање старосне разлике од шеснаест година између усвојитеља и усвојеника, без других ограничења. Мишљења смо, такође, да је пожељна већа контрола међудржавних усвојења, али и повратак на непотпуно усвојење, јер сматрамо да је разноврсност у овом смислу неопходна, док год има субјеката чији интерес може бити остварен на начине који се разликују од тренутно допуштених.

Након свеобухватне анализе норми о породичном статусу детета, закључило смо да се управо у овом тренутку у овој области дешавају одређене промене. Након разматрања могућих праваца тих промена, установили смо да их не треба ни спречавати ни насилно подстицати. Имајући у виду значај правила по којима се утврђује ко су дететови мајка и отац, сматрамо да њихов развој треба стално надзирати и омогућити да пожељне промене у свести људи и укупном развоју науке и друштва доведу до формулисању норми које ће у највећој мери задовољавати потребе заинтересованих лица. У том смислу, надамо се да нека од решења предложених у овом раду спадају управо у ту категорију.

Прилози:

ПРИЛОГ 1: Пријава рођења детета

Назив здравствене установе

Број протокола

Датум састављања Пријаве рођења:

__20__.

(седиште здравствене установе – град/општина, улица и број)

|_|_|_|_|_|_|_|

|_|_|_|

(матични број здравствене установе)

(јединица у саставу)

На основу члана 3. Правилника о поступку издавања пријаве рођења детета и обрасцу пријаве рођења детета у здравственој установи (“Службени гласник РС”, број __/11) за упис чињенице рођења у матичну књигу рођених која се води за град/општину _____, матично подручје _____, издаје се

Прилог 1.

ПРИЈАВА РОЂЕЊА

ПОДАЦИ О ДЕТЕТУ

| | | |
|----|--|--|
| 1. | Дете је | Живорођено 1 Мртворођено 2 |
| 2. | Пол детета | Мушко 1 Женско 2 |
| 3. | Дан, месец, година, час и минут рођења | _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ (дан) (месец) (година) (час) (минут) |
| 4. | Телесна маса на рођењу (у грамама) | _ _ _ |
| 5. | Телесна дужина на рођењу (у центиметрима) | _ _ |
| 6. | Гестациона старост (навршене недеље гестације) | _ _ |
| 7. | Да ли постоје видљиве урођене аномалије Ако је одговор „Да“ заокружите један од наведених одговора: | Да 1 Не 2 Нервног система..... <input type="checkbox"/> 1 Полних органа <input type="checkbox"/> 7 Ока, уха, лица и врата..... <input type="checkbox"/> 2 Мокраћног система <input type="checkbox"/> 8 Крвотока <input type="checkbox"/> 3 Мишићно-коштаног система..... <input type="checkbox"/> 9 Система за дисање <input type="checkbox"/> 4 Друге урођене аномалије... <input type="checkbox"/> 10 Расцеп усне и непца <input type="checkbox"/> 5 Хромозомске ненормалности..... <input type="checkbox"/> 11 Друге аномалије система за |

| | | | |
|-----|---|---|--|
| | | варење <input type="checkbox"/> 6 | Вишеструке аномалије..... <input type="checkbox"/> 12 |
| 8. | Пребивалиште мајке Улица и број Насељено место Општина/град Назив државе, као мајка има пребивалиште/боравиште у иностранству | _____ | _____ |
| 9. | а) Број деце рођене у овом порођају (једно, двојке, тројке итд.) | | __ |
| | б) Ред рођења код вишеструког порођаја (прво, друго, треће итд.) | | __ |
| 10. | Колико је мајка до сада родила деце (рачунајући и ово дете) | | а) Укупно __ б) Живорођене __ в) Мртворођене __ |
| 11. | Колико је од те деце у животу | | __ |
| 12. | У ком браку мајке је дете рођено | | У првом <input type="checkbox"/> 1 У другом <input type="checkbox"/> 2 У трећем и више <input type="checkbox"/> 3 Дете је рођено ван брака <input type="checkbox"/> 4 |
| 13. | Датум закључења брака родитеља | __ __ __ (дан) | __ __ (месец) |
| | | __ __ __ __ (година) | |
| 14. | Колико је мајка родила деце у овом браку (рачунајући и ово дете) | | а) Укупно __ б) Живорођене __ в) Мртворођене __ |

| ПОДАЦИ О РОДИТЕЉИМА | | ОТАЦ | МАЈКА |
|---------------------|--|--|--|
| 1. | Име и презиме пре закључења брака | _____ (име и презиме) _____ (презиме пре закључења брака) | _____ (име и презиме) _____ (презиме пре закључења брака) |
| 2. | Дан, месец и година рођења | __ __ __ (дан) | __ __ __ (дан) |
| | | __ __ __ (месец) | __ __ __ (месец) |
| | | __ __ __ __ (година) | __ __ __ __ (година) |
| 3. | Место рођења (место и општина/град рођења, а ако је родитељ рођен у иностранству и назив | | |

¹⁾ Давалац изјаве мора бити упознат са одредбом члана 47. Устава Републике Србије („Службени гласник РС“, број 98/06), којом се утврђује да је изражавање националне припадности слободно и да нико није дужан да се изјашњава о својој националној припадности.

²⁾ Давалац изјаве мора бити упознат са одредбом члана 43. Став 2 Устава Републике Србије), којом се утврђује да нико није дужан да се изјашњава о својим верским и другим уверењима.

³⁾ Непоходно прецртати.

⁴⁾ Непоходно прецртати.

⁵⁾ Непоходно прецртати.

ПРИЛОГ 2: ДНК налаз

Република Србија

Завод за судску медицину Ниш

ОЈ за испитивање биолошких трагова

ДНК лабораторија

НАЛАЗ УТВРЂИВАЊА СРОДСТВА

Датум:

Број:

ВИШИ СУД У _____

Ваш број: П2 _____.

Датум: _____.

НАЛАЗ

На основу Решења Вишег суда у _____, П2 _____ од дана _____, ДНК лабораторија Завода за судску медицину Ниш извршила је анализу утврђивања очинства између мал. АА из _____ и ВВ из _____.

Дана _____ у амбуланти завода за судску медицину Ниш изузет је букални брис мал. АА, рођеног _____, у _____, чији је идентитет потврђен увидом у извод из матичне књиге рођених (ЈМБГ: _____). Мал. АА био је у пратњи мајке ББ, чији је идентитет потврђен увидом у личну карту (ЈМБГ: _____).

Дана _____ у амбуланти завода за судску медицину Ниш изузет је букални брис ВВ, чији је идентитет потврђен увидом у личну карту (ЈМБГ: _____).

За потребе анализе очинства формирана су два узорка:

1. Узорак 1*_2319/18 формиран је из букалног бриса мал. АА.
2. Узорак 2*_2319/18 формиран је из букалног бриса ВВ.

Завод за судску медицину Ниш гарантује за идентитете наведених особа.

Анализа ДНК профила

Анализом очинства утврђује се да ли је ВВ у сродству отац-дете са мал. АА.

Метода

Узорци за анализу 1*_2319/18 и 2*_2319/18, формиран су изолацијом ДНК молекула из букалних брисева, коришћем комплета хемикалија за изолацију ДНК (*Qiamp DNA Mini Kit*). Након изолације ДНК из оба узорка, умножени су сетови фрагмената (СТР) за хуману идентификацију путем ПЦР методе, коришћем комплета хемикалија за умножавање хумане ДНК (*Power Plex Fusion kit*). Умножени фрагменти су након тога детектовани и анализирани на генетичком анализатору АБИ3130.

Резултат

У Табели 1 представљено је 24 локуса умножена ПЦР-ом, чија су имена написана у првој колони. Алели анализираних узорака представљени су у другој и трећој колони.

Упоређивањем ДНК профила узорака 1*_2319/18 и 2*_2319/18 утврђено је постојање по једног заједничког алела на сваком од 23 анализирана локуса. Након биостатистичке обраде података, базираној на учесталости алела присутних на датим локусима, утврђена је вероватноћа већа од 99,99999999% да је ВВ биолошки отац мал. АА.

Овај резултат сматра се практичном потврдом очинства.

Табела 1. Утврђени ДНК профили

| Локус | 1*_2319/18 Мал. АА | | 2*_2319/18 ВВ | |
|----------|-----------------------|------|------------------|------|
| | X | Y | X | Y |
| AMEL | X | Y | X | Y |
| D3S1358 | 16 | 17 | 15 | 16 |
| D151656 | 11 | 16 | 13 | 16 |
| D2S441 | 14 | 14 | 10 | 14 |
| D10S1248 | 15 | 16 | 15 | 15 |
| D13S317 | 8 | 11 | 9 | 11 |
| PENTA E | 7 | 12 | 7 | 7 |
| D16S539 | 11 | 12 | 12 | 12 |
| D18S51 | 13 | 14 | 13 | 13 |
| D2S1338 | 20 | 23 | 23 | 25 |
| CSF1PO | 11 | 12 | 11 | 12 |
| PENTA D | 9 | 13 | 9 | 9 |
| THO1 | 6 | 9 | 6 | 8 |
| Vwa | 14 | 15 | 14 | 16 |
| D21S11 | 28 | 31.2 | 28 | 31.2 |
| D7S820 | 9 | 12 | 12 | 12 |
| D5S818 | 10 | 13 | 10 | 11 |
| TPOX | 8 | 11 | 10 | 11 |
| DYS391 | 10 | | 10 | |

| | | | | |
|----------|----|----|----|----|
| D8S1179 | 13 | 15 | 12 | 15 |
| D12S391 | 17 | 21 | 15 | 21 |
| D19S433 | 14 | 14 | 14 | 15 |
| FGA | 19 | 24 | 20 | 24 |
| D22S1045 | 15 | 15 | 15 | 16 |

На основу претходног налаза, даје се следеће

МИШЉЕЊЕ

На основу резултата Анализе утврђивања очинства закључује се да ВВ ЈЕСТЕ биолошки отац мал. АА.

КОМИСИЈА ВЕШТАКА

ДИРЕКТОР

*Приликом утврђивања директног крвног сродства врши се упоређивање алела између локуса неспорних узорака. Код материнства, утврђивање се врши на 23 локуса, за разлику од паренталног наслеђивања, где вршимо упоређивање на 24 локуса, због додатне анализе Y хромозома. За потврду очинства или материнства потребно је да на сваком локусу имамо поклапање бар једног алела између директних крвних сродника. У неким случајевима, могуће је разматрати очинство/материнство, када на једном или два локуса нема поклапања. У овим ситуацијама, непоклапање може бити последица једностепене или двостепене мутације, које представљају промене у том делу ДНК секвенце, а које нису наслеђене од родитеља. Том приликом се за утврђивање ЛР вредности, разматрају и параметри везани за стопу и степен мутације на датом локусу. Стопа мутације представља вероватноћу појаве независне мутације, на датом локусу у наредној генерацији, док степен мутације представља обим саме мутације на датом локусу. Индекс веродостојности израчунава се тако што се супротстави хипотеза да је испитаник отац детету, на супрот хипотези веродостојности да је насумична индивидуа из популације отац детету. Степен индекса веродостојности може се изразити у процентима, који се одређују следећом формулом: $(LR/LR+1)*100$.*

Налаз је сачињен у четири истоветна примерка, од којих се три примерка достављају Вишем суду у _____, а један примерак остаје у архиви Завода за судску медицину Ниш.

ПРИЛОГ 3: Пример тужбе за утврђивање очинства

ВИШЕМ СУДУ У _____

Тужиоци: мал. АА из _____ и ББ из _____, зак. заступница мал. АА.

Тужени: ВВ из _____.

ТУЖБА

Ради: утврђивања очинства и уређења вршења родитељског права.

Вредност предмета спора: непроцењиво.

Законска заступница мал. тужиоца и тужени упознали су се _____ године у _____, па су након краћег познанства започели интимну везу. У току те везе зачет је мал. тужилац, а након његовог рођења тужени није признао очинство над њим.

Доказ: Саслушање тужиље;

Извод из матичне књиге рођених за мал. АА.

Тужиља је у току емотивне везе са туженим била интимна само са њим и сигурна је да је он отац мал. тужиоца.

Доказ: Као напред;

Извођење доказа ДНК вештачењем.

Тужиља ББ се од његовог рођења стара о мал. АА, задовољавајући све његове егзистенцијалне потребе. Запослена је у _____ и остварује просечну месечну зарату у износу од _____. Имајући у виду да је од рођења живео са тужиљом и да није имао контакта са туженим, мал. АА треба да буде поверен на

самостално вршење родитељског права тужиљи, а његов најбољи интерес налаже да личне односе са туженим одржава по следећем моделу:_____.

Према сазнањима тужиље, тужени је запослен у_____, остварује просечну месечну зараду у износу од_____, има имовину, и то:_____ и не издржава друга лица.

Доказ: Као напред;

Саслушање туженог;

Потврда о просечној месечној заради тужиље.

При таквом стању ствари, предлаже се да Виши суд у _____, као ставрно и месно надлежан, спроведе нејавну главну расправу и да након извођења предложених доказа, донесе следећу

ПРЕСУДУ

Утврђује се да је ВВ из_____, (ЈМБГ:_____), отац мал. АА, из _____, рођеног у_____, дана_____, уписаног у матичну књигу рођених општине_____ под текућим бројем_____, (ЈМБГ:_____), чија је зак. заступница ББ из_____.

Налаже се матичару општине _____ да на основу ове пресуде, по њеној правноснажности, изврши упис очинства у матичну књигу рођених.

Мал. АА поверава се на самостално вршење родитељског права ББ, а лични односи између мал. АА и ВВ одвијаће се тако што ће_____.

Налаже се ВВ да на име издржавања мал. АА сваког __ до__ за текући месец уплаћује на тек. рачун ББ бр. _____, као зак. заступнице мал. АА, износ од_____, од дана подношења тужбе, па надаље, док за то постоје законски разлози, под претњом спровођења извршног поступка.

Налаже се туженом да тужиоцима надокнади трошкове вођења овог поступка, у року од 15 дана од дана пријема писаног отправка пресуде, под претњом спровођења извршног поступка.

Тужиља и зак. заступница мал. тужиоца

Литература

Ariès, P. (1988). Откриће детињства. *Рађање модерне породице: социолошка хрестоматија*. Београд. Завод за уџбенике и наставна средства. 163-177.

Boele-Woelki, K. (2005). *The principles of European family law: its aims and prospects*.

Volume 1. Issue 2. Преузето 20.02.2018.

<https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.13/galley/13/download/>.

Boele-Woelki, K. Martiny, D. (2007). The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities. Преузето 20.02.2018.

<https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-007-0011-x>.

Busardo, F.P. Gulino, M. Napoletano, S. Zaami, S. Frati, P. (2014). The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European union members. *BioMed Research International*. Volume 2014. Преузето 15.06.2019. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25147794/>.

Duecker, S. Hörnle T. (2017). *Restrictions for Surrogacy and Egg Donation in German Law*. Преузето 05.06.2019. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2999773.

Fomina, L. Yu. (2016). Protection of the Right to Respect for Private and Family Life in European Court of Human Rights. *European Research Studies*. Volume XIX. Special Issue 3. Part B. 97-110.

Griessler, E. Hager, M. (2017). *Changing direction: the struggle of regulating assisted reproductive technology in Austria*. Преузето 05.06.2019.

<https://www.rbmsociety.com/article/S2405-6618%2817%2930005-9/fulltext>.

Gryshchenko, M. Pravdyuk, A. (2016). *Gestational Surrogacy in Ukraine. Handbook of Gestational Surrogacy*. Cambridge University Press. Преузето 23.05.2019. https://www.researchgate.net/publication/312552214_Gestational_Surrogacy_in_Ukraine.

Horseley, K. (2016). Surrogacy in the United Kingdom Present and future challenges. *Handbook of gestational surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. ed. E. Scott Sills. Cambridge University Press. 266-275.

Jackson, E. (2016). UK law and international commercial surrogacy: 'the very antithesis of sensible'. *Journal of Medical Law and Ethics*. 4 (3). 197-214.

Kalin, C. (2017). Transnational Surrogacy in the Light of the Case-law of the European Court of Human Rights. *Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences* 6 (2017

10) 906-912. Преузето 10.04.2019. http://elib.sfu-kras.ru/bitstream/handle/2311/33314/17_Kalin.pdf;jsessionid=D268BB9EB2ED57375045C8A889A36F82?sequence=1.

Kleine, C. (2017). *Surrogate motherhood in France: the need for a change Considerations of French Private International Law*. Преузето 20.06.2019. <https://core.ac.uk/download/pdf/228680983.pdf>.

Kriari-Catranis, I. (2003). Human assisted procreation and human rights - The Greek response to the felt necessities of the time. *Eur J Health Law*. 10(3): 271-80.

Leon, G. Papetta, A. Spiliopoulou, C. (2011). *Overview of the Greek legislation regarding assisted reproduction and comparison with the EU legal framework*. *Reproductive BioMedicine Online*, 23, 820-823. Преузето 30.05.2019. <https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2011.07.024>.

Mignot, J-F. (2015). Adoption in France and Italy: A Comparative History of Law and Practice (Nineteenth to Twenty-First Centuries). *Cairn-int.info*. Vol. 70.4. I.N.E.D. Преузето 20.10.2019. год. <http://www.cairn-int.info/journal-population-2015-4.htm>.

Miteraer, M. Zider, R. (1988). *Настанак циклуса савремене породице*. Рађање модерне породице: Социолошка хрестоматија. Београд. Завод за уџбенике и наставна средства.

Präg, P. Mills, M. (2017). *Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care*. Преузето 05.01.2019. <http://bioethics.org.gr/Greekresponsekriari.pdf>.

Puppink, G. De La Hague, A. (2017). Surrogacy: general interest can prevail upon the desire to become parents –about the Paradiso and Campanelli v. Italy Grand Chamber judgment of 24th January 2017. *Revue Lamy de Droit Civil RLDC N° 146*. <http://media.aclj.org/pdf/Surrogacy,-general-interet-can-prevail-upon-the-desire-to-become-parents,-Paradiso-and-Campanelli-v.-Italy-2017.pdf>.

Puppink, G. Kulczyk, P. (2017). *Written observations submitted to the case of European Court of Human rights in the case Charron and Merle-Montet v. France (N° 22612/15)*. European centre for Law and Justice. Преузето 05.04.2019. <https://eclj.org/family/echr/15>.

Redondo, F. Valente F, João Estevas M. (2017). *Surrogacy – A clash of competing rights with particular Reference to European Court of Human rights – Case of Paradsio and Campanelli v. Italy*. EJTN. Semi-Final B. International Judicial Cooperation in Civil Matters – European family Law.

Rintamo, S. (2016). *Regulation of Cross-Border Surrogacy In Light of the European Convention on Human Rights & Domestic and the European Court of Human Rights Case Law*. Toukokuu.

Преузето 20.06.2019.

<https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/164942/Sara%20Rintamo%20Masters%20Thesis.pdf>.

Snyder, S. (2016). Reproductive surrogacy in the United States of America. *Handbook of gestational surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. ed. E. Scott Sills. Cambridge University Press. 276-285.

Аксић, С. (2013). Значење појмова унификације, кодификације и хармонизације правних прописа. *Зборник радова Хармонизација грађанског права у региону*. Источно Сарајево. Правни факултет. 205-215.

Бабић, И. (2015). Материнство на основу уговора о рађању за другог. *Годишњак Факултета правних наука*. Год. 5. бр. 5. Бања Лука. 54-69.

Боранијашевић, В. (2008). *Врсте пресуда у парничном поступку*. Докторска дисертација. Ниш. Правни факултет.

Бордаш, Б. (2016). Сурогат материнство у Србији: међународно-приватноправни аспекти. *Liber amicorum Gašo Knežević*. Београд. Правни факултет. Центар за издаваштво и информисање. Удружење за арбитражно право. 101-121.

Бордаш, Б. (2015). Рестриктивни концепт сурогат материнства у радном тексту Грађанског законика Републике Србије. *Зборник радова Правног факултета*. Нови Сад. Вол. XLIX. бр. 3, 979–1000.

Бордаш, Б. (2014). О потреби међународног регулисања сурогат материнства: судска пракса и активности у 2014. години. *Зборник радова Правног факултета*. Нови Сад. Вол. XLVIII. бр. 2. 151-171.

Бордаш, Б. (2012). Сурогат материнство са прекограничним дејствима – стварност и право. *Зборник радова*. Год. 46. бр. 4. Нови Сад. Правни факултет. 97-117.

Бордаш, Б. (2011). Питања биомедицински потпомогнутог оплођења пред Европским судом за људска права. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3/2011. 313-333.

Бошковић, М. (2016). *Примјена доктрине поља слободне оцјене у пракси Европског суда за људска права*. Београд.

Видић Трнинић, Ј. (2015). Сурогат материнство у праву Србије (de lege lata i de lege ferenda) и праву Македоније. *Зборник радова Правног факултета*. Нови Сад. Вол. XLIX. бр. 3. 1161-1190.

Видић, Ј. (2011). Постухмна оплодња и њена наследноправна дејства. *Зборник радова Правног факултета*. Нови Сад. Вол. XLV. бр. 3. том. 2. 553–566.

Влашковић, В. (2017). Право детета на мишљење и најбољи интерес детета са тежиштем на приступу Комитета за права детета. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 183-202.

Влашковић, В. (2017). „Најбољи интерес будућег детета“ у контексту приступа услугама биомедицински потпомогнутог оплођења. *Услуге и одговорност*. Крагујевац. Правни факултет. 699-711.

Влашковић, В. (2015). Preliminary draft of the Serbian Civil code in the field of surrogacy through the lens of comparative family law. *Ревија за европско право: периодични часопис Удружења за право Европске уније*. Год. XVII. бр. 2-3. Београд. Удружење за право Европске Уније. 89-107.

Влашковић, В. (2014). *Начело најбољег интереса детета у породичном праву*. Докторска дисертација. Крагујевац. Правни факултет.

Влашковић, В. (2011). Лекарска и фармацеутска услуга прекида трудноће и начело најбољег интереса детета. *XXI век – век услуга и услужног права*. Књига I. Крагујевац. Правни факултет. институт за правне и друштвене науке. 733-745.

Влашковић, В. (2011). Сурогат материнство на прагу нашег правног поретка. *XXI век – век услуга и услужног права*. Књига II. Крагујевац. Правни факултет. институт за правне и друштвене науке. 323-349.

Вучковић Шаховић, Н. Петрушић, Н. (2015). *Права детета*. Правни факултет. Ниш.

Галић, Ж. (2014). Право на сазнање подријетла и најбољи интерес детета. *Зборник радова*. бр. 2. Мостар. Правни факултет „Џемал Биједић“. 114-129.

Драшкић, М. (2017). Случајеви „несталих беба“ – Уставни суд vs. Европски суд за људска права? *Анали Правног факултета у Београду*. Година LXV. Бр. 1/2017. 200-233.

Драшкић, М. (2017). Пресуда Европског суда за људска права *Zorica Jovanović v. Serbia*: Какве обавезе следе? *Зборник радова*. Год. 5. бр. 5. Мостар. Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“. 29-46.

Драшкић, М. (2015). Шта је стварно ново око Породичног закона. *Нови прописи у Републици Србији*. Београд. Глосаријум. 85-108.

Драшкић, М. (2014). Усвојење и хранитељство – добра традиција Српског грађанског законика? У Полојац, М. Мирковић, З. Ђурђевић, М. (Прир.). *Српски грађански законик: 170 година*. Београд. Правни факултет. 127-143.

Драшкић, М. (2007). Оспоравање и утврђивање очинства пресудом на основу признања: незаконита пракса београдских судова. *Анали Правног факултета у Београду*. Год. 55. бр. 1. 120-135.

Ђурковић, М. (2015). Покушај увођења сурогат материнства у Србију. *Култура полиса*. Београд. Институт за европске студије. 135-149.

Живојиновић, Д. (2011). Прави и социолошки апсекти лечења неплодности применом биомедицине. *XXI век – век услуга и услужног права*. Књига I. Крагујевац. Правни факултет. институт за правне и друштвене науке. 691-707.

Живојиновић, Д. (2011). Ограничења права на асистирану прокреацију. *XXI век – век услуга и услужног права*. Књига II. Крагујевац. Правни факултет. институт за правне и друштвене науке. 275-291.

Јаковац Лозић, Д. (2011). Просудбе европског суда за људска права темељене на доказима сувремених доказних средстава у патернитетским поступцима. *Зборник ПФЗ*. 61.4. 1131-1180.

Јанићијевић, Д. (2016). *Psychological Issues in Family Mediation. Facta Universitatis*. Вол. 14. Бр. 4. Ниш. 505-514.

Јанићијевић, Д. (2014). Концепт породице у прописима о слободи кретања ЕУ. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Год. 53. бр. 68. 389-406.

Јанићијевић, Д. (2011). Психолошке препреке у споразумном решавању породичноправних спорова. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. LVIII. 127-139.

Јањић Комар, М. (2001). Породична права као људска права. *Анали Правног факултета у Београду*. Вол. 49. бр. 1/4. 526-538.

Јовић Прлаиновић, О. (2015). Сурогат материнство – аргументи pro et contra. *Правни живот*. 10/2015. 41-53.

Јовић, О. (2006). Остваривање родитељства уз биомедицинску помоћ. *Зборник радова са научне конференције „Новине у породичном законодавству“*. Ниш. Правни факултет. Центар за публикације. 85-97.

Јовић, О. (2005). *Сурогат материнство-нова димензија родитељства*. Магистарски рад. Задужбина Андрејевић. Београд.

Кандић Поповић, З. (2012). Сурогат материнство у српском праву *de lege lata* и *de lege ferenda*. *Ревизија за криминологију и кривично право*. Год. 50. бр. 1/12. Београд. Удружење за криминологију и кривично право Србије и Црне Горе. 189-204.

Кеча, Р. (2013). О терету доказивања у парничном поступку. *Зборник радова*. Нови Сад. Правни факултет. Год. 47. бр. 3. 75-94.

Китановић, Т. (2016). Усвојење у савременом свету. *Зборник радова: Усклађивање права србије са правом ЕУ*. Ниш. Правни факултет. 149-161.

Китановић, Т. (2016). Породичноправни статус усвојеника кроз историју и данас. *Зборник радова: Људска права између идеала и изазова садашњости*. Приштина. Правни факултет. 109-124.

Китановић, Т. Игњатовић, М. (2013). Еволуција установе усвојења од римског до савременог права. *Зборник радова*. Нови Сад. Правни факултет. 163-184.

Китановић, Т. (2006). Институт усвојења у новом породичном законодавству Србије. *Новине у породичном законодавству*. Ниш: Правни факултет. Центар за публикације. 131-151.

Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. (2008). *Увод у грађанско право*. Ниш. Пунта.

Ковачек Станић, Г. Видић, Ј. Самарцић, С. (2017). Спорна питања у области биомедицине са аспекта породичног и наследног права. *Правни аспекти биомедицине и заштите животне средине*. Нови Сад. Правни факултет. Центар за издавачку делатност. 63-79.

Ковачек Станић, Г. (2015). Прекид касне трудноће у праву Србије и упоредном европском праву. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. Вол. 49. бр. 2. 483-497.

Ковачек Станић, Г. (2013). Породичноправни односи родитеља и деце у Србији (Војводини) кроз историју и данас. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. бр. 2. 107-129.

Ковачек Станић, Г. (2013). Одржавање личних односа са бабом/дедом, другим сродницима и трећим лицима у домаћем и европском породичном праву. *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*. Нови Сад. Правни факултет. Центар за издавачку делатност. 155-174.

Ковачек Станић, Г. (2013). Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: Суругат материнство у европском породичном праву и Србији. Београд. *Становништво*. Вол. 51. бр. 1. Институт друштвених наука. Центар за демографска истраживања. 1-21.

Ковачек Станић, Г. (2011). Аутономија versus материјална истина у компаративном праву о породичном статусу детета. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. бр. 3/2011. 195-222.

Ковачек Станић, Г. (2005). *Породично право*. Нови Сад. Правни факултет. Центар за издавачку делатност.

Ковачек Станић, Г. (1996). Злоупотреба права и планирање породице. *Зборник радова са научне конференције „Злоупотреба права“*. Ниш. Правни факултет. Институт за правна и друштвена истраживања. 127-134.

Ковачек Станић, Г. (1986). *Материнство као елемент породичног статуса детета*. Магистарски рад. Нови Сад.

Константиновић Вилић, С. (2010). Слобода одлучивања о рађању и кривично дело недозвољеног прекида трудноће. У Константиновић Вилић, С. и Петрушић, Н. (Прир.). *Жене, закони и друштвена стварност*. Књ. 2. Ниш. Свен. 135-152.

Константиновић Вилић, С. Петрушић, Н. (2010). Абортус у Србији – слобода одлучивања у условима социјалне и државне контроле. У Константиновић Вилић, С. и Петрушић, Н. (Прир.). *Жене, закони и друштвена стварност*. Књ. 2. Ниш. Свен. 99-107.

Константиновић Вилић, С. Петрушић, Н. (2010). Ставови о абортусу. У Константиновић Вилић, С. и Петрушић, Н. (Прир.). *Жене, закони и друштвена стварност*. Књ. 2. Ниш. Свен. 53-65.

Крстић, Н. (2015). Наследноправна дејства post mortem репродукције. *Правни систем и заштита од дискриминације*. Св. 1. Вол. 1. 257-276.

Кувелић, Ј. Ђурић, Т. Јовановић, И. Живковић, М. Станковић, А. (2013). Основе примене анализе ДНК у медицини. *Срце и крвни судови*. вол. 32. бр. 2. Универзитет у Београду. Институт за нуклеарне науке Винча. Београд-Винча. 104-109.

Кулаузов, М. (2015). Законодавство и судска пракса о ванбрачној деци у Србији IXX века. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 279-290.

Ледић, С. Видовић, С. (2016). *Нужно и јединствено супарничарство у тијеку оставинског поступка*. Приручник за полазнике/це. Загреб. Правосудна академија.

Мајсторовић, И. (2017). О одјецима стразбуршког *acquisa* у хрватском Обитељском закону из 2015. године. *Зборник радова*. год. 5. бр. 5. Мостар. Правни факултет „Џемал Биједић“. 86-119.

Мијачић, М. (1967). Раскид усвојења. *Зборник радова Правно-економског факултета у Нишу*. Бр. 6. Ниш. Правно-економски факултет. 335-348.

Милутиновић, Љ. (2014). Заштита права на суђење у разумном року. *Нова законска решења*. Београд. Глосаријум. 79-102.

Милутиновић, Љ. (2009). Односи родитеља и деце – најчешћи спорови, одлике поступка. *Билтен судске праксе*. 3/2009. Врховни суд Србије. Интермекс. Београд. 199-240.

Митић, М. (1963). Консултативна способност у породичном праву. *Зборник радова Правно-економског факултета у Нишу*. Год. 1. Бр. 1. 35-51.

Мицковић, Д. (2017). Регулисање сурогат материнства у савременим законодавствима. *Национално и међународно право-актуелна питања и теме*. Том 1. Косовска Митровица. Правни факултет. 57-78.

Мршевић, З. (2013). Транссексулане особе и породица – између дискриминације и инклузије. *Темидас: часопис о виктимизацији, људским правима и роду*. Београд. Виктимолошко друштво Србије и Прометеј. Год. 16. бр. 2. 57-73.

Николић, Д. (2013). *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад. Правни факултет. Центар за издавачку делатност.

Новаковић, У. (2017). Вршење родитељског права у случају оспоравања/утврђивања очинства детета – три приступа немачког, енглеског и српског права. *Анали Правног факултета у Београду*. вол. 65. бр. 2. 131-161.

Новаковић, У. (2015). *Право на поштовање породичног живота*. Докторска дисертација. Београд. Правни факултет.

Палачковић, Д. (2014). Истражно начело у породичним споровима као израз најбољег интереса детета. *Зборник радова*. бр. 2. Мостар. Правни факултет „Џемал Биједић“. 143-156.

Палачковић, Д. (2006). Конвенција о правима детета и Породични закон. *Научна конференција „Новине у породичном законодавству“*. Правни факултет. Центар за публикације. Ниш. 23-28.

Панов, С. (2013). Хармонизација породичног права Србије са правом ЕУ. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. бр. 1. 171-192.

Панов, С. (2010). *Породично право, Друго, измењено и допуњено издање*. Београд. Центар за издаваштво и информисање.

Петрушић, Н. (2016). Новине у породичном судском процесном праву Црне Горе. *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*. Ниш. Правни факултет Универзитета у Нишу. 41-63.

Петрушић, Н. (2016). Child-friendly legal aid in civil court proceedings : international standards and the circumstances in the Republic of Serbia. *Facta Universitatis*. Вол. 14. Бр. 3. Ниш. 395-407.

Петрушић, Н. (2015). Legal capacity of the child in Serbian legislature. Ниш. *Facta universitatis*. Вол. 13. бр. 2. 99-113.

Петрушић, Н. (2010). Право на абортус и право на слободно родитељство. У Константиновић Вилић, С. и Петрушић, Н. (Прир.). *Жене, закони и друштвена стварност*. Књ. 2. Свен. Ниш. 107-114.

Петрушић, Н. (2010). Јуриспруденција Европског суда за људска права у заштити репродуктивних права. У Константиновић Вилић, С. и Петрушић, Н. (Прир.). *Жене, закони и друштвена стварност*. Књ. 2. Свен. Ниш. 77-97.

Петрушић, Н. (2010). Етички дискурс о абортусу. У Константиновић Вилић, С. и Петрушић, Н. (Прир.). *Жене, закони и друштвена стварност*. Књ. 2. Свен. Ниш. 7-26.

Петрушић, Н. (2006). Заступање детета у парници. *Правни живот*. год. 55. књ. 502. бр. 10. Београд. Удружење правника НР Србије и Босне и Херцеговине. 169-191.

Петрушић, Н. (1990). Примедбе на Нацрт Породичног закона Републике Србије у домену судске заштите права из породичних односа. У Константиновић Вилић, С. и Петрушић, Н. (Прир.). *Жене, закони и друштвена стварност*. Књ. 2. Ниш. Свен. 297-321.

Плавшић, Н. (2016). *Заштита појединца пре Комитетом за људска права и пред Европским судом за људска права*. Докторска дисертација. Београд.

Поњавић, З. Палачковић, Д. (2017). Право на доказ генетском експертизом у поступку утврђивања порекла детета. *Правни живот*. Бр. 10. 123-138.

Поњавић, З. Палачковић, Д. (2017). Право на анонимни порођај. *Становништво*. 55(1). 21-40.

Поњавић, З. (2015). Породично право, од институције до аутономије личности. *Правни живот*. бр. 10/2105. књ. 576. Београд. Удружење правника Србије. 25-41.

Поњавић, З. (2015). Породична права деде и бабе према унуцима. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Год. 54. бр. 70. 535-553.

Поњавић, З. (2007). *Породично право, Друго, измењено и допуњено издање*. Крагујевац. Правни факултет.

Поњавић, З. (2006). Принципи европског породичног права о успостављању правне везе између детета и родитеља и наше породично право. У Бејатовић, С. (Прир.). *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе*. Књ. 1. Правни факултет. Крагујевац. Институт за правне и друштвене науке. 253-269.

Поњавић, З. (1992). Право на слободно родитељство и субјекти овог права. *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*. 62-75.

Поњавић, З. (1992). Право детета на сазнање порекла и наше породично право. *Гласник права*. Књ. 1. Св. 4. 191-201.

Прокоп, А. (1963). *Породично право: Усвојење*. Загреб. Школска књига.

Радишић, Ј. (2008). *Облигационо право. Општи део. Осмо. Прерађено издање*. Београд. Номос.

Ракић Водинелић, В. (2011). Закон о парничном поступку Србије 2011. *Правни записи*. Год. 2. бр. 2. Правни факултет Универзитета Union. 515-567.

Рачић, Р. (2006). Поступак за заснивање усвојења. *Новине у породичном законодавству*. Ниш. Правни факултет. Центар за публикације. 119-129.

Самарцић, С. (2017). Paternalism today and children' rights. *Globalization nad Law*. Правни факултет. Ниш. 295-313.

Самарцић, С. (2015). Регулатива породичног права на међународном и европском нивоу, са посебним освртом на право детета на здравље. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2/2015. 813-838.

Самарцић, С. (2014). Правни статус *in vitro* ембриона. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. Бр. 3. 365-379.

Самарцић, С. (2011). Правна питања биомедицински асистираних репродукција: репродуктивни туризам. *Зборник радова Правног факултета*. Нови Сад. Вол. XLV. бр. 1. 507-520.

Симоновић, И. (2017). Утицај заблуде на правни посао – посебно о својствима предмета чинидбе. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Год. 56. бр. 75. 161-182.

Станимировић, В. (2014). Снага обичаја – породица у Српском грађанском законнику између старог и новог. *Српски грђански законик – 170 година*. Београд. 145-167.

Станковић, Г. (2010). *Грађанско процесно право. Св. 1. Парнично процесно право*. Ниш. Правни факултет. Центар за публикације.

Статистички годишњак Републике Србије. Преузето 20.05.2018. <http://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/G2017/pdf/G20172022.pdf>.

Стојановић, Д. Антић, О. (2004). *Увод у грађанско право*. Београд. Правни факултет.

Стојановић, Н. (2016). Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије. *Зборник радова*. Ниш. Правни факултет. центра за публикације. 3-33.

Стојановић, Н. (2016). Овлашћења јавних бележника у уређењу породичноправних односа у државама на простору бивше СФРЈ. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Год. 56. бр. 76. 511-535.

Тасић, А. (2018). Парнични трошкови у поступцима поводом породичних спорова. *Правни живот*. Год. 67. Књ. 608. бр. 10. 45-55.

Тасић, А. (2009). Ослобођење од претходног плаћања трошкова: пракса Општинског суда у Нишу у 2007. години. *Приступ правосуђу – инструменти за мплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*. Књ. 3. Ниш. Правни факултет. центар за публикације. 211-221.

Ђеранић, Д. (2016). *Appeal against adoption decree in the legislation of Serbia and the legislation of Republic of Srpska. Legal, Social and Political Control in National, International and EU law*. Ниш. Правни факултет. 547-564.

Ђорац, С. (2016). *Право на поштовање породичног живота као људско право*. Докторска дисертација. Крагујевац. Правни факултет.

Узелац, А. (2014). Ново уређење обитељских судских поступака – главни правци реформе обитељских парничних поступака у трећем Обитељском закону. У Барбић, Ј. (Ур.). *Ново уређење обитељских судских поступака*. Загреб. Хазу. 19-35.

Франић, М. Перкушић, М. (2012). Особитости првоступањских поступака у патернитетским парницама. *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Сплиту*. в. 33. бр. 2. 1001-1023.

Фрндић Имамовић, М. (2015). Сурогат материнство – (не)оправданост нормирања у будућем закону о лијечењу неплодности биомедицински поопмогнутом оплодњом у Босни и Херцеговини. *Civitas*. Год. 5. Бр. 2. 24-31.

Хусеинспахић, А. (2014). Усвојење у служби најбољег интереса детета. *Зборник радова*. Бр. 2. Мостар. Правни факултет „Демал Биједић”. 191-214.

Цвејић Јанчић, О. (2014). Балансирање интереса и приоритети којима треба тежити у области усвојења: реформа усвојења према новом Породичном закону Србије. *Правни живот: часопис за правну теорију и праксу*. Бр. 2. Београд. Удружење правника Србије. 1109-1123.

Цвејић Јанчић, О. (2010). *The Definition of Family in Modern Law and Its Legal Protection*. William S. Hein & Co. Buffalo. 77-100.

Цвејић Јанчић, О. (2010). The Definition of Family in Modern Law and its Legal Protection. *HeinOnline1 Intl. J. Jurisprudence Fam.* 77. 77-100.

Цветић, Р. (2011). Правна способност и биомедицина – биомедицинска дискриминација. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3/2011. 349-362.

Човић, А. (2014). Усвојење у праву Шведске. *Европско законодавство*. Бр. 49/50. Београд. Министарство правде Републике Србије. Институт за међународну политику и привреду. 394-403.

Човић, А. (2012). Усвојење деце са посебним потребама и изазови у постадоптивном периоду. *Зборник института за криминолошка и социолошка истраживања*. Бр. 31.1. 205-215.

Шаркић, Н. Почуча, М. (2015). Прилог јавној расправи поводом предлога Грађанског законика Републике Србије у области породичноправне заштите. Нови прописи у Републици Србији. Београд. Глосаријум. 108-126.

Прописи и нацрти, односно предлози прописа:

Assembly Bill No. 1217. Преузето 18.07.2019.

http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217.

Code civil. Преузето 10.04.2018. https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016.

Code de l'action sociale et des familles. Преузето 10.04.2018.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074069&dateTexte=20200423>.

Convention on the civil aspects of international child abduction. Преузето 16.07.2019.

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=24>.

Convention on the Rights of the Child. Преузето 15.02.2018. <https://www.unicef.org/crc>.

European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock. Преузето 20.05.2018. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent>.

European Convention on Human Rights. Преузето 10.02.2018.

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf.

Nouveau code de procedure civile et Code de procedure civile. Преузето 20.10.2018.

http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/procedure_civile.

Principles of European family law. Преузето 20.02.2018. <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>.

Rules of court. Преузето 10.02.2018. https://echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

Аустријски грађански законик. Преузето 20.06.2018. ABGB, Fassung vom 15.11.2014.pdf (bka.gv.at).

Аустријски грађански законик. Просвета. 1921.

Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации" от 14.11.2002 N 138-ФЗ

(ред. от 02.12.2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 30.03.2020. Преузето 22.10.2018.

http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39570/.

Европска конвенција о усвојењу. Преузето 25.10.2019.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent>.

Закон о асистираној хуманој репродукцији (S.C. 2004, с. 2). Преузето 30.09.2018.

<http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/37-3/bill/C-6/third-reading/page-16>.

Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи. Службени гласник РС. Бр. 40.2017. и 113.2017 – др. закон.

Закон о браку и породичним односима. Сл. гласник СРС. бр. 22.80, 24.84, 11.88, +22.93, 25.93, 35.94, 46.95, 29.01.

Закон о држављанству Републике Србије. Сл. гласник РС. 135.2004, 90.2007 и 24.2018.

Закон о заштити ембриона (Embryonenschutzgesetz). Преузето 03.06.2019.
www.bilimakademisi.org/wp-content/uploads/2016/04/EmbryoProtectionAct.pdf.

Закон о извршењу и обезбеђењу. „Сл. гласник РС“, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење и 113/2017 – аутентично тумачење.

Закон о изменама и допунама Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи (Сл. Весник на РМ, бр.149 од 13.10.2014 год). Преузето 01.06.2019.
<https://www.pravdiko.mk/wp-content/uploads/2013/11/Zakon-za-izmenuvane-i-dopolnuvane-13-10-2014.pdf>.

Закон о јавном бележништву. Сл. гласник РС. бр. 31.2011, 85.2012, 19.2013, 55.2014 – др. Закон, 93.2014, - др. Закон, 121.2014, 6.2015 и 106.2015.

Закон о легализацији исправа у међународном промету. Сл. лист СФРЈ. 6.1973 и Сл. лист СЦГ. бр. 1.2003-Уставна повеља.

Закон о лечењу неплодности асистираним репродуктивним технологијама. Сл. лист Црне Горе. број 74.2009.

Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења. Сл. гласник РС. бр. 72.2009.

Закон о људским ћелијама и ткивима. Сл. гласник РС. бр. 57.2018.

Закон о матичним књигама. Сл. гласник РС. Бр. 20.2009 и 145.2014.

Закон о медицински помогнутој оплодњи. Народне новине. 86.2018. Преузето 22.12.2018.
<https://www.zakon.hr/z/248/Zakon-o-medicinski-pomognutoj-oplodnji>.

Закон о медицински потпомогнутој репродукцији (Бр. 3809/2002). Преузето 30.05.2019.
https://www.academia.edu/6918055/Greek_Law_3089_2002_On_Medically_Assisted_Human_Reproduction_text_of_law_trnsl._from_Greek_into_English.

Закон о наслеђивању. Сл. гласник РС. бр. 46.95, 101.2003 – одлука УСРС и 6/2015.

Закон о обвезним односима. НН 35.05, 41.08, 125.11, 78.15, 29.18.

Закон о облигационим односима. Сл. лист СФРЈ. бр. 29.1978, 39.85, 45.89 и 57.89, Сл. лист СРЈ. бр. 31.93 и Сл. Лист СЦГ бр. 1.2003 – уставна повеља.

Закон о основама заштите здравља грађана Руске Федерације (Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ „Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации“). Преузето 22.12.2018. <https://www.rosminzdrav.ru/documents/7025-federalnyy-zakon-ot-21-noyabrya-2011-g-323-fz-ob-osnovah-ohrany-zdorovya-grazhdan-v-rossiyskoy-federatsii>.

Закон о парничном поступку Републике Хрватске. Sl. SFRJ 4.77, 36.77, 6.80, 36.80, 43.82, 69.82, 58.84, 74.87, 57.89, 20.90, 27.90, 35.91, и NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19.

Закон о парничном поступку Црне Горе. Сл. лист РЦГ. бр. 22.2004, 28.2005 – одлука УС и 76.2006 и Сл. лист ЦГ, бр. 47.2015 – др. закон, 48.2015, 51.2017, 75.2017 – одлука УС, 62.2018 – одлука УС, 34.2019 и 42.2019 – испр.

Закон о парничном поступку. Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

Закон о посредовању у решавању спорова. Сл. гласник РС. бр. 55.14.

Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама. Сл. гласник РС. 16.95 и 101.2005-др. Закон.

Закон о поступцима у породичним стварима и о ванпарничним поступцима (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit). Преузето: 15.10.2018. <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/>.

Закон о потврђивању Конвенције о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине. Сл. гласник РС-Међународни уговори. бр. 12.2010.

Закон о уређењу судова. Сл. гласник РС. бр. 116.2008, 104.2009, 101.2010, 31.2011 – др. закон, 78.2011 – др. закон, 101(2011, 101.2013, 106.2015, 40.2015 – др. закон, 13.2016, 108.2016, 113.2017 и 65.2018 – одлука УС.

Закон о утврђивању чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породици у Републици Србији. Сл. гласник РС. бр. 18.2020.

Законик о кривичном поступку. Сл. гласник РС. бр. 72.2011, 101.2011, 121.2012, 32.2013, 45.2013, 55.2014.

Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења. (Convention on protection of children and cooperation in respect of intercountry adoption. Преузето 10.12.2019. <https://assets.hcch.net/docs/77e12f23-d3dc-4851-8f0b-050f71a16947.pdf>.

Кривични законик Републике Србије. Сл. гласник РС. 85.2005-испр., 107.2005-испр., 72.2009, 111.2009, 121.2012, 104.2013, 108.2014, 94.2016 и 35.2019.

Немачки грађански законик. Преузето 20.06.2018. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.

Обитељски закон (НН 103.15.). Преузето 20.06.2018. <https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>.

Обитељски закон (НН 116.2003.). Преузето 20.06.2018. <https://www.zakon.hr/download.htm?id=831>.

Породични закон Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 18. 2005. и 72.2011.

Породични закон Украјине (Vidomosti Verkhovnoi Rady (VVR), 2002, бр. 2947-III, измењен 22. децембра 2006, бр. 524-V). Преузето 23.05.2019. <https://www.refworld.org/pdfid/4c4575d92.pdf>.

Породични закон Црне Горе. Службени лист РЦГ. Бр. 1.2007 и Службени лист РЦГ. Бр. 53.2016. и 76.2020.

Породични законик Руске федерације (Семейный кодекс Российской Федерации, от 29.12.1995 N 223-ФЗ). Преузето 20.06.2028. <http://www.refworld.org/pdfid/5492cbf64.pdf>.

Правилник о поступку издавања пријаве рођења детета и обрасцу пријаве рођења детета у здравственој установи. Сл. гласник РС. Бр. 25.11, 9.16, 16.16, 36.16.

Правилник о програму припреме за усвојење. Сл. Гласник РС. Бр. 18.05.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије. Преузето 05.02.2018. www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika.

Приједлог Обитељског закона. Преузето 20.06.2018. <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//2016/Sjednice/2015/231%20sjednica%20Vlade//231%20-%201.pdf>.

Савезни закон о судском поступку у ванпарничним стварима (Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG) StF: BGBl. I Nr. 111/2003 (NR: GP XXII RV 224 AB 268 S. 38. BR: AB 6895 S. 703.) Преузето 22.10.2018. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003047>.

Српски грађански законик. Преузето 05.02.2018. <https://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>.

Тезе за Обитељски закон. Преузето 20.06.2018. https://www.czss-pozega.hr/wp-content/uploads/prikaz-datoteka/teze_za_nacrt_prijedloga_obiteljskog_zakona_s_k.pdf.

Упутство за матичаре о попуњавању статистичких образаца, издато од стране Републичког завода за статистику Србије, са почетком примене од 01.01.2015. године. Преузето 01.03.2019. <http://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/G2014/pdf/G20147056.pdf>.

Упутство за спровођење лечења неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења (Упутство бр. 450-3620/17-2 од 18.06.2018. год.). Преузето 21.12.2018. <http://sansazaroditeljstvo.org.rs/wp-content/uploads/2018/06/Uputstvo-ВМРО-JUN-2018.pdf>.

Уредба о ратификацији Конвенције о издавању извода из матичних књига на више језика. Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори. бр. 8.91.

Уредба о ратификацији Конвенције о укидању потребе легализације страних исправа. Сл. лист ФНРЈ - Међународни уговори и други споразуми. бр. 10.62.

Устав Републике Србије. Службени гласник РС. 98.2006.

Судска пракса:

A, B. and C v. Ireland. Преузето 06.03.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332>.

A.B.V. v. Russia. Преузето 15.02.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186439>.

A.K. v. Latvia. Преузето 06.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng?i=001-145005>.

Ahrens v. Germany. Преузето 29.07.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109815%22%5D%7D>.

Anayo v. Germany. Преузето 01.06.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-102443%22%5D%7D>.

Angela and Rodney PRICE v. the United Kingdom. Преузето 15.02.2018.
<http://echr.ketse.com/doc/12402.86-en-19880309/>.

Aune v Norway Judgment бр. 52502/07. Преузето 15.11.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101458>.

B.H. v. Austria. Преузето 07.09.2018.
<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-1408&filename=B.H.%20v.%20AUSTRIA.pdf&logEvent=False>.

Backlund v. Finland. Преузето 10.09.2018.
<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-99784&filename=001-99784.pdf>.

Bogonosovy v. Russia. Преузето 11.02.2018. год. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-191488>.

Boutif v. Switzerland. Преузето 20.02.2018. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/em542730.html>.

Boyle v. the United Kingdom. Преузето 16.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/ENG?i=001-1755>.

Brauer v. Germany. Преузето 20.05.2018.
<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-92752&filename=001-92752.pdf>.

Braun v. France. Преузето 01.05.2019. <https://eclj.org/surrogacy/echr/nouvelle-offensive-propa>.

Charron and Merle-Montet v. France. Преузето 05.04.2019. <https://eclj.org/family/echr/la-cedh-rejette-la-demande-de-droit--lenfant-sans-pre>.

Christine Goodwin v. the United Kingdom. Преузето 05.03.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=001-60596>.

Csoma v. Romania. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng?i=001-115862>.

D. and Others v. Belgium. Преузето 10.04.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-10163&filename=002-10163.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.

Dickson v. The United Kingdom. Преузето 05.03.2018. <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2018/05/Case-of-Dickson-v-the-United-Kingdom-United-Kingdom-2007.pdf>.

E.B. v. France Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-84571>.

E.P. v. Italy (Judgment бр. 31127/96. Преузето 15.11.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58360%22%7D>).

Emonet and Others v. Switzerland (Judgment бр. 39051/03. Преузето 20.11.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-2206822-2363445&filename=003-2206822-2363445.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.

Eski v. Austria (Judgment бр. 21949/03. Преузето 20.11.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-79215%22%7D>).

Evans v. the United Kingdom. Преузето 06.03.2018. <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/evans-v-united-kingdom/>.

Fabrice v. France. Преузето 20.05.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf>.

Foulon and Bouvet v. France. Преузето 01.05.2019. <https://eclj.org/surrogacy/echr/nouvelle-offensive-pro-gpa>.

Frette v. France Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng?i=001-60168>.

Fröhlich v. Germany. Преузето 01.06.2018. <https://laweuro.com/?p=6453>.

Gas and Dubois v. France. Преузето 05.04.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109572%22%7D>).

Gaskin v. the United Kingdom. Преузето 20.03.2018.
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1989/13.html>.

Gnahore v. France (Judgment бр. 40031/98. Преузето 15.11.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng?i=001-58802>.

Godelli v. Italy. Преузето 10.04.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-113460>.

Gözüm v. Turkey. Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4986539-6116104>.

Guliyev and Sheina v. Russia. Преузето 20.02.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-6061466-7799394&filename=Judgments%20of%2017.04.18.pdf>.

Hämäläinen v. Finland. Преузето 16.02.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-145768>.

Hofmann против Немачке. Преузето 15.11.2019.
<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-59719&filename=001-59719.pdf&TID=uqwbwwxflz>.

I.G. and others v. Slovakia. Преузето 05.03.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114514>.

I.S. v. Germany. Преузето 20.12.2019.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-144361%22%7D>).

Inze v. Austria (Judgment бр. 8695/79. Преузето 20.05.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22695382%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57505%22%5D%7D>).

J.M.W.L v. Luxemburg. Преузето 20.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2054633-2174214>.

Jäggi v. Switzerland. Преузето 15.09.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22J%C3%A4ggi%20v.%20Switzerland%22%2C%22display%22:%5B%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-76412%22%5D%7D>).

Jansen v. Norway. Преузето 15.11.2019. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-185495>.

Jeunesse v. the Netherlands. Преузето 20.02.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-147117>.

Jevremović v. Serbia. Преузето 20.09.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142905>.

Jucius and Juciuvienė v. Lithuania. Преузето 16.02.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188362>.

K. and T. v. Finland. Преузето 15.11.2019.

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-10324&filename=002-10324.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.

Kautzor v. Germany. Judgment бр. 23338/09. Преузето 29.07.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109809%22%7D>).

Kearns v. France. Преузето 10.04.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng?i=001-84339>.

Khusnutdinov and X v. Russia. Преузето 16.02.2018. год. <https://laweuro.com/?p=2855>.

Knecht v. Romania. Преузето 05.03.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-113291>.

Koppikar v. Germany Преузето 29.07.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-115809%22%7D>).

Kroon and Others v. Netherlands. Преузето 02.06.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57904%22%7D>).

Kruškić v. Croatia. Преузето 11.02.2018. год. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165679>.

L. v. Finland. Преузето 15.02.2018. <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5a4caaf94.html>.

Labassee v France. Преузето 10.04.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR>.

Laborie v. France. Преузето 01.05.2019. <https://eclj.org/surrogacy/echr/nouvelle-offensive-pro-gpa>.

Lazoriva v. Ukraine. Преузето 16.02.2018. <https://laweuro.com/?p=8101>.

Leonov v. Russia. Преузето 02.06.2018. <https://familylawhub.co.uk/default.aspx?i=ce6457>.

Maillard and Others v. France. Преузето 01.05.2019. <https://eclj.org/surrogacy/echr/nouvelle-offensive-pro-gpa>.

Mandet v. France. Преузето 01.06.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-5270641-6550056&filename=Judgment%20Mandet%20v.%20France%20-%20quashing%20of%20a%20legal%20recognition%20of%20paternity%20was%20not%20in%20breach%20of%20the%20Convention.pdf>.

Mannesson v France Judgment бр. 65192/11. Преузето 10.04.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR>.

Marckx v. Belgium. Преузето 15.02.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57534%22%7D>).

Mikulić v. Croatia. Преузето 20.09.2018.
<https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//arhiva//MIKULIC,-3.pdf>.

Mitovi v. the former Yugoslav Republic of Macedonia. Преузето 15.02.2018.
<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-153812&filename=001-153812.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.

Mizzi v. Malta. Преузето 02.06.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71983%22%7D>).

Mohamed Hasan v. Norway. Преузето 15.11.2019.

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-6072689-7818861&filename=Judgments%20and%20decisions%20of%2026.04.18.pdf>.

Moustaquim v. Belgium. Преузето 16.02.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng?i=001-57652>.

Mustafa and Armağan Akın v. Turkey. Преузето 16.02.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng?i=001-97957>.

N.B. v. Slovakia. Преузето 05.03.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-111427>.

Nazzarenko v. Russia. Преузето 01.06.2018.

https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/nazarenko-v-russia-application-no-39438-13.

Nedescu v. Romania. Преузето 05.03.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-115099>.

Neulinger and Shuruk v. Switzerland. Преузето 20.02.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/FRE?i=001-99817>.

Odièvre v. France. Преузето 10.04.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=001-60935>.

Одлука Уставног суда Аустрије Б13/11-10.

<https://www.ukrainiansurrogates.com/constitutional-court-of-austria-confirms-austrian-citizenship-for-children-born-through-surrogacy>.

P. and S. v. Poland. Преузето 06.03.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114098>.

Paradiso and Campanelli v Italy. Преузето 10.04.2019. <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2012-025358-2.pdf>.

Paton v. United Kingdom. Преузето 06.03.2018. <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/paton-v-united-kingdom/>.

Paulik v. Slovakia. Преузето 15.09.2018.

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-77327&filename=001-77327.pdf>.

Phinikaridou v. Cyprus. Преузето 10.09.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84106>.

Pini and. Other v. Romania. Преузето 15.11.2019.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61837%22%7D>}.

Pontes v. Portugal. Преузето 15.11.2019. [https://hudoc.echr.coe.int/eng-](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-3907324-4511087%22%7D)

[press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-3907324-4511087%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-3907324-4511087%22%7D)}.

R. and. H. v. United Kingdom. Преузето 15.11.2019.

<https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed83859>.

R.R. v. Poland. Преузето 06.03.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104911>.

Röman v. Finland. Преузето 10.09.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-115864>.

Róžański v. Poland. Преузето 15.07.2018.

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-116077&filename=001-116077.pdf&TID=thkbhnilzk>.

S.H. and Others v. Austria. Преузето 06.03.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-309&filename=002-309.pdf&TID=thkbhnilzk>.

Saenz Cortes v. France. Преузето 01.05.2019. <https://eclj.org/surrogacy/echr/nouvelle-offensive-pro-gpa>.

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal. Преузето 17.02.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404>.

Schneider v. Germany. Преузето 01.06.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-106171%22%7D>}.

Schalk and Kopf v. Austria. Преузето 05.03.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-99605>.

Şerife Yiğit v. Turkey. Преузето 20.02.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-101579>.

Shofman v. Russia. Преузето 10.09.2018. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71303>.

Tavli v. Turkey. Преузето 15.09.2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Tavli%20v.%20Turkey%22%7D,%22display%22:%5B%222%7D,%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%7D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D,%22itemid%22:%5B%22001-77936%22%7D%7D>}.

Tysi ac v. Poland. Преузето 06.03.2018. <https://reproductiverights.org/case/tysiac-v-poland-european-court-of-human-rights>.

V.C. v. Slovakia. Преузето 05.03.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-290&filename=002-290.pdf>.

VO v. France. Преузето 05.03.2018. <https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1047783-1084371>.

X and others v. Austria. Преузето 17.02.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116735>.

X v. Latvia. Преузето 20.02.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-9245&filename=002-9245.pdf&TID=thkbhnilzk>.

Yldirim v. Austria. Преузето 10.09.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-4820>.

Yousef v. the Netherlands. Преузето 15.02.2018. год. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186439>.

Zaiet v. Romania. Преузето 10.01.2020. <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2015/03/CASE-OF-ZAIET-v.-ROMANIA.pdf>.

Zezev v. Russia. Преузето 20.02.2018. <https://international.vlex.com/vid/zezev-v-russia-728347801>.

Zhou v. Italy. Преузето 15.11.2019.
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-9319&filename=002-9319.pdf>.

Znamenskaya v. Russia. Преузето 02.06.2018. <http://ip-centre.ru/assets/files/cases/CASE-OF-ZNAMENSKAYA-v.-RUSSIA.pdf>.

Zorica Jovanović v. Serbia. Преузето 15.04.2018.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-118276%22%5D%7D>.

Вељков против Србије. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104561>.

Дамњановић против Србије. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142879>.

Димитријевић и Јаковљевић против Србије. Преузето 30.08.2020.
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142880>.

Кривошеј против Србије. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98264>.

М.В. против Србије. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142990>.

Одлука пленарне седнице Врховног суда Руске федерације бр. 16 (Преузето 15.12.2018.
<http://www.supcourt.ru/en/files/26614/>.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж.2. 209/14 од 13.05.2014. год. Преузето 07.09.2018. www.kg.ap.sud.rs.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж2. 350/12 од 06.09.2012. год. Преузето 07.09.2018. www.kg.ap.sud.rs.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж.2. 810/12 од 09.01.2013. год. Преузето 12.09.2018. <https://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/327-gz2-810-12>.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж. бр. 2924/10 од 13.07.2010. год. Преузето 20.09.2018. <http://www.kg.ap.sud.rs/assets/files/bilten2-2010.pdf>.

Пресуда Вишег суда у Ужицу П2 бр. 3/10 од 13.04.2010. год. Преузето 20.09.2018.
<http://www.ue.os.sud.rs/assets/documents/Praksa/gradjansko.pdf>.

Пресуда Вишег трговинског суда Пж 11521/05 од 23.02.2006. год. Преузето 30.08.2018.
http://poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA.

Пресуда Врховног касационог суда Рев 63/2016 од 03.02.2016. год. Преузето 12.09.2018.
<https://www.vk.sud.rs/sr/%D1%80%D0%B5%D0%B2-632016-%D1%82%D1%83%D0%B6%D0%B1%D0%B0-%D0%B7%D0%B0-%D1%83%D1%82%D0%B2%D1%80%D1%92%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B5-%D0%BE%D1%87%D0%B8%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0>.

Пресуда Врховног касационог суда Рев 725/2017 од 11.04.2017. год. Преузето 12.09.2018.
<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-7252017-porodi%C4%8Dno-pravo-osporavanje-o%C4%8Dinstva>.

Пресуда Врховног касационог суда Рев. 440/18 од 08.02.2018. год. Преузето 05.09.2018.
<https://pn2.propisi.net>.

Пресуда Врховног касационог суда. Рев. 273/01 од 29.06.2003. год. Преузето 12.09.2018.
<https://sirius.rs/cyr/praksa/rfLTBQ>.

Пресуда Рев 1838/15 од 08.10.2015. год. Преузето 12.09.2018. <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-18382015-osporavanje-i-utvr%91ivanje-o%8Dinstva>.

Пресуда Управног суда У.2137/99. Преузето 25.11.2019. www.sirius.rs/praksa.

Решење Окружног суда у Ваљеву Гж. 57/08 од 04.06.2008. год. Преузето 05.09.2018. <https://pn2.propisi.net>.

Ристић против Србије. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102862>.

Случај Джаси. Преузето 05.04.2019. www.aif.ru/health/life.

Томић против Србије. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107291>.

Фелбаб против Србије. Преузето 30.08.2020. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142895>.

Биографија аутора

Милена Милошевић је рођена 28.12.1989. године у Прокупљу, где је завршила основну школу и гимназију. Правни факултет Универзитета у Нишу завршила је 2012. године и стекла звање дипломирани правник. На истом факултету завршила је и мастер академске студије права из уже грађанскоправне области. Одбранивши мастер рад на тему „Појам и дејство застарелости грађанских субјективних права“ 2015. године, стекла је звање мастер правник. Била је добитница стипендије Фонда за младе таленте Републике Србије - Доситеја 2011/2012. године и 2013/2014. године. Након обављања приправничког стажа у адвокатској канцеларији, у периоду од 2014. до 2016. године, положила је правосудни испит у Београду (30.09.2016. год.) и адвокатски испит пред Адвокатском комором у Нишу (14.12.2016. год.). Дана 14.02.2017. год. основала је адвокатску канцеларију и од тада се бави адвокатуром. Аутор је неколико научних чланака из грађанскоправне области: „Уређење хранитељства у домаћем праву“ (Социјална мисао, 1/2019, vol. XXVI), „Издржавање супружника и бивших супружника“ (Зборник радова студената докторских академских студија права, Правни факултет у Нишу, 2017. године), „Заштита права на суђење у разумном року у извршном поступку“ (Билтен бр. 5 Коморе извршитеља), „Право прече куповине непокретности“ (MEST Journal), „Савремене тенденције у уређењу уговорног заступништва“ (Зборник радова студената докторских академских студија права, Правни факултет у Нишу, 2016. године), Концепт брачног очинства у савременом породичном праву (Civitas, Факултет за правне и пословне студије др Лазар Вркатић, 2021). Удата је и мајка једне девојчице.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Изјављујем да је докторска дисертација, под насловом
Материјали и правни услови за заштиту
односа родитеља и деце у савременом породичном
која је одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу: закону

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да ову дисертацију, ни у целини, нити у деловима, нисам пријављивао/ла на другим факултетима, нити универзитетима;
- да нисам повредио/ла ауторска права, нити злоупотребио/ла интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци, који су у вези са ауторством и добијањем академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада, и то у каталогу Библиотеке, Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Нишу, као и у публикацијама Универзитета у Нишу.

У Нишу, 03.11.2020. год.

Потпис аутора дисертације:

Милош, Стојан, Милошевић
(Име, средње слово и презиме)

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Никола Тесла“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу унесе моју докторску дисертацију, под насловом:
Некомерцијални и грађански услови за достављање одређене
родствености и делатности у савременом
буквалном и грађанском

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском облику, погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију, унету у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, могу користити сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons), за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – дели под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прераде (CC BY-ND)
6. Ауторство – дели под истим условима (CC BY-SA)

У Нишу, 03.11.2021.

Потпис аутора дисертације:

Милена С. Милошевић
(Име, средње слово и презиме)

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ЕЛЕКТРОНСКОГ И ШТАМПАНОГ ОБЛИКА
ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ**

Наслов дисертације: Материјали и процесни услови
за заснивање однога фидијума и дејелта у
савршеном кордуцином грабу

Изјављујем да је електронски облик моје докторске дисертације, коју сам предао/ла за уношење у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, истоветан штампаном облику.

У Нишу, 03.11.2021. год.

Потпис аутора дисертације:

Милена С. Милошевић
(Име, средње слово и презиме)