

*Др Гордана Ковачек-Стијанић, редовни професор
Правној факултету у Новом Саду*

АУТОНОМИЈА *VERSUS* МАТЕРИЈАЛНА ИСТИНА У КОМПАРАТИВНОМ ПРАВУ О ПОРОДИЧНОМ СТАТУСУ ДЕТЕТА

Сажетак: *Развој медицине и биологије, с једне стране омогућује да људско и биолошко мајеринство и очинство у људности коинцидирају, јер медицинскобиолошке анализе, а људски анализе ДНК то омогућује. Са друге стране, људски развој биомедицине узрокује да људско и биолошко очинство у случајевима зачећа деце уз биомедицинску помоћ, ако је коришћен генетски материјал донора, буду у раскораку. Аутономија странака добија примање, јер се на основу воље странака одређује људски родитељски однос, док принцип материјалне истине људски губи на значају. Правни родитељи деце оснивају лица која су била субјекти посвојивања зачећа уз помоћ биомедицине, а који су укључени у посвојивање да би добили деце.*

Аутономија мајке проширена је у оним људским системима који дозвољавају анониман породак, јер мајка има могућност да не открије своје податке. Посвојивање признања ванбрачног очинства ипак омогућује аутономију странака. Ако мушкарац призна очинство и добије неопходну сагласност, тај мушкарац ће се сматрати оцем деце. Материјална истина се не утврђује. Са друге стране, у судским посвојивањима утврђивања и оснивања мајеринства и очинства суд је обавезан да утврди материјалну истину, која се може базирати на ДНК анализи или другим биолошким анализама. Може се рећи да је аутономија странака ограничена захтевом да се у овим случајевима мајеринство и очинство базира на биолошким чињеницама.

Кључне речи: *аутономија странака, материјална истина, мајеринство, очинство, утврђивање, оснивање, зачеће уз биомедицинску помоћ*

1. Увод

Породични статус детета има две компоненте, материнство и очинство. Закони из породичноправне области својим одредбама врло прецизно регулишу родитељске односе и посматрано компаративно, а и у домаћем праву. Утврђивање материјалне истине када се ради о родитељству је изузетно значајно, посматрано са правне стране и фактички. Право детета да сазна своје порекло као савремено право, регулисано Конвенцијом Уједињених нација о правима детета из 1989. године, Уставом Србије из 2006. године, те Породичним законом из 2005. године, доприноси утврђивању материјалне истине. Са друге стране, у одредбама које регулишу породични статус детета постоји у одређеној мери могућност за изражавање аутономије странака, те од воље странака зависи да ли ће се породични статус базирати на материјалној истини или ће правни и биолошко родитељству бити у рскораку. У овом раду се разматра однос два принципа, аутономије странака и материјалне истине у компаративном праву о породичном статусу детета.

2. Материнство као елемент породичног статуса детета

Материнство као елемент породичног статуса детета у највећем броју случајева не ствара правне проблеме. Ипак, спор о материнству може бити узрокован заменом деце, најчешће непосредно по рођењу, и уписом погрешних података о мајци у регистре грађанских стања. Замена може бити случајна, али и намерна, подметањем туђег детета, отмицом детета. Током правне историје није се много пажње поклањало материнству посматраном са статусног аспекта. Важило је правно правило римског права *матер семпер церта ест си вулто цонцејерити*, јер су ношење и рађање детета најчешће видљиве и несумњиве чињенице.

Данас је све већи број позитивноправних закона који регулишу питања материнства. Неки закони садрже посебне одредбе о утврђивању материнства, а мањи број и о оспоравању. У последње време је све већи број закона који експлицитно предвиђају да се материнство утврђује рођењем (нпр. Немачка, Швајцарска, Грчка). Француски Грађански законик из 1804. године је прва кодификација грађанског права која садржи одредбе о материнству. Одредбе се налазе у делу који регулише ванбрачно порекло детета, материнство и очинство се у случају ванбрачног рођења утврђују признањем и у судском поступку. Истраживање очинства, па ни материнства није било дозвољено у случајевима зачећа детета у прељуби или родоскрвњењу, а изменама од 1972. године ова ограничења нису предвиђена, осим у одређеним изузецима. Тако, ако се ради о деци зачетој у инцесту (инцестуозном децом сматрају се деца зачета од лица између којих постоји брачна сметња), признање може извршити само један родитељ. Постоји за-

брана признања за другог родитеља, другим речима, немогућност двоструког признања. Препоручује се да дете призна мајка, а у односу на оца постоји могућност да дете оствари издржавање.

У неким правима регулисана је могућност анонимног порођаја, тако да мајка може да одлучи да сакрије свој идентитет (Француска, Луксембург, Италија, Чешка). Ова могућност је уведена у Грађански законик Француске 1993. године. Законом је створен основ за одбијање тужбе за утврђивање материнства (чл. 341, ст. 1). Тако је завршена, како се наводи у литератури, једна од највећих контроверзи у Парламенту. Истиче се да је ово право постојало и раније према Закону о породици и социјалној помоћи (чл. 47). У вези са овом могућношћу у француској теорији су изражена различита мишљења. Неки је оправдавају као корисну и за мајку и за дете, јер се на тај начин избегава абортус, инфантицид и злостављање. Други истичу потребу индивидуе да у време развоја личности сазна ко су његови генетски родитељи. Аутор Жаклин Рубелин-Девизи (*Jacqueline Rubellin-Devichi*) сматра погрешном тврдњу да је овај текст супротан чл. 7 Конвенције Уједињених нација о правима детета који се односи на право детета да зна за своје родитеље колико је то могуће, јер право мајке да остане анонимна у ствари чини посебну немогућност за дете да сазна ко су му родитељи. Законом из 2002. године уведене су нове одредбе везане за анонимни порођај. Тако, по речима аутора Аделин Гутеноар-Корну (*Adeline Gouttenoire-Cornut*), циљ овог закона је да се редукују тешкоће са којима се суочава напуштено дете у потрази за својим пореклом, нарочито када је до рођења дошло на бази анонимности (*аццоуцхеменѝ соуs X*) или ако је дете поверено социјалним службама са захтевом за анонимношћу у односу на идентитет оца и мајке. Парламент је покушао да уравнотежи право детета да зна своје порекло и право мајке на поштовање приватности. Задржано је право на тајност мајке која анонимно рађа дете, али закон фаворизује приступ детета информацијама о свом пореклу ако то није у супротности са правима мајке. Осим тога, нови закон умногоме побољшава ситуацију оца детета када је мајка родила дете анонимно. Закон не дозвољава приступ идентитету мајке која је захтевала тајност, али олакшава ослобађање од тајности на тај начин што подстиче мајку да да информације које би се даље проследиле детету, те на тај начин што је основан Национални савет за приступ пореклу, чији је циљ да помаже приликом давања информација о пореклу у конкретном случају. Значајна је нова одредба која предвиђа да свака жена која жели да искористи одредбе везане за анонимни порођај, треба да буде информисана о правним последицама тог чина и важности коју сазнање о пореклу има за свако лице. Жена се позива да да информације о свом здрављу

и здрављу оца, о географском пореклу детета и околностима његовог рођења и, у запечаћеној коверти, информацију о свом идентитету. Такође, мајка се обавештава да може у свако доба да открије свој идентитет и употпуни информације које је дала приликом порођаја. Овим законом се побољшава положај оца детета које је рођено анонимно. Предвиђено је да у случају када је донета одлука да се признање очинства не може регистровати, отац може о томе да информише прокуратора Републике, који наставља истрагу о датуму и месту регистрације рођења детета. Ова одредба мења став изражен у судским одлукама о том питању да пренатално признање очинства није дозвољено у случају анонимног порођаја. То значи да ако отац зна за рођење детета, а довољно је да зна за трудноћу, може чак добити помоћ од прокуратора у проналажењу детета. Аутор Adelin Gutenoag-Cognu поставља питање да ли могућност дата оцу да пронађе дете, штети напорима легислатуре да заштити право мајке на тајност. Претпостављајући да отац зна идентитет мајке детета, тешко је схватљиво како се он може спречити да детету, у односу на кога жели да установи очинство, то и саопшти. Иако је на одговарајући начин побољшано право оца да установи очинство у односу на дете које је рођено анонимно, он и даље нема право на тајност, супротно мајци. Рођење уз анонимност није разлог за одбијање тужбе којом се тражи утврђивање очинства. Анониман порођај представља пример аутономије мајке у области породичног статуса детета, која овде преовладава у односу на утврђивање материјалне истине о пореклу детета.

2.1. Утврђивање мајеринства

Породични закон Србије из 2005. године уноси нове одредбе којима се регулише материнство. Посебним одредбама је регулисано и утврђивање и оспоравање материнства. У чл. 42 се каже:

„Мајка детета јесте жена која га је родила”.

Одредба о заснивању материнства рођењем добија на актуелности због могућег учешћа две или више жена у поступку зачећа и рађања, нарочито због тога што расположиве медицинске технике и поступци омогућавају да се раздвоји функција рађања од генетског наслеђа. Наиме, жена може родити дете које генетски није њено (оплодњом јајне ћелије друге жене и трансфером ембриона у жену која рађа дете). Законском одредбом одређује се да је мајка увек жена која је родила дете, без обзира чије генетске особине носи дете (донација јајне ћелије или ембриона), те на чињеницу о евентуалним социјалним околностима, односно жељи друге жене да одгаја дете (сурогат материнство).

2.1.1. Упис рођења детета у матичне књиге

У домаћем праву упис рођења детета у матичне књиге је редован, административни поступак, који се мора спровести у року од 15 дана од рођења. Приликом уписа рођења уписују се, између осталих података, подаци о родитељима детета (чл. 45/2 Закона о матичним књигама) Обавеза пријаве рођења је општа, с тим што здравствена установа пријављује рођење по службеној дужности. Иако је упис рођења регулисан прецизним одредбама, у пракси се дешава да се упишу погрешни подаци о мајци детета. Када рођење пријављује здравствена организација, до грешке у упису може доћи због тога што се подаци узимају само на основу здравствене легитимације мајке. Мајка детета, из различитих разлога, услед непажње, неписмености, не знајући да је порођај обухваћен обавезним видовима здравствене заштите или да би остала анонимна, одлази у породилиште са туђом здравственом легитимацијом. У том случају се као мајка детета уписује жена власница здравствене легитимације, а овако уписани погрешни подаци могу се исправити само у судском поступку оспоравања и евентуално утврђивања материнства. Због тога би било целисходно да здравствена организација, пре достављања података о мајци детета матичару, провери идентитет мајке увидом у још неки документ, тако би се избегли случајеви погрешног уписа. Једно од начела матичних књига је начело аутентичности, што значи да се уписани подаци сматрају тачним док се супротно не докаже (*praesumptio iuris tantum*). Значи, постоји правна претпоставка да је мајка детета жена која је уписана у матичне књиге, а материнство се доказује изводом из матичних књига. Супротно се може доказивати само у судском поступку. Теоретичари породичног права се углавном не изјашњавају о карактеру пријаве рођења детета у матичне књиге. С обзиром да је пријава рођења матичару административни поступак, уписом, у ствари, настаје оборива правна претпоставка о томе да је мајка жена која је уписана у матичне књиге, што се односи и на брачно и на ванбрачно материнство.

2.1.2. Утврђивање материнства судском одлуком

Материнство се у неким ситуацијама мора утврдити у судском одлуком. Ради се о случају када жена која је родила дете није уписана у матичну књигу рођених као мајка детета. У пракси то може бити случај када је мајка напустила дете (ради се о наочету), или је била уписана друга жена чије је материнство у међувремену оспорено.

Право на тужбу ради утврђивања материнства имају дете и жена која тврди да је мајка детета. Дете има право без обзира на рок, а жена која тврди да је мајка детета у року од годину дана од дана сазнања да је она родила дете, а најкасније у року од 10 година од рођења детета (чл. 249 ПЗС).

Жена која тврди да је мајка детета, дакле, може да покрене поступак у субјективном року, који тече од сазнања за чињеницу да је она родила одређено дете, али само у оквиру објективног рока, који тече од рођења детета. Први пут се у ПЗС право детета да покреће матернитетске и патернитетске поступке не орочава. Закон експлицитно одређује лица која морају бити странке у својству тужиоца или туженог. У овом поступку странке су дете и жена која тврди да је мајка детета (чл. 256/1 ПЗС). Да би се утврдило да ли је жена чије се материнство утврђује мајка детета, суд спроводи доказни поступак. У овом поступку суд прво утврђује да ли је жена за коју се тврди да је мајка уопште рађала децу. Ако није, поступак се обуставља. Ако јесте, утврђује се да ли је она мајка детета у поступку који се води. Користе се сва доказна средства, као што су сведоци, писане исправе, са слушање странака, али од највећег значаја су медицинске експертизе, да нас најтачније резултате даје ДНК анализа.

2.2. Оспоравање материнства

У неким случајевима је потребно спровести судски поступак за оспоравање материнства. Ради се о случајевима када су у матичним књигама уписани погрешни подаци о мајци детета, односно када је као мајка детета уписана жена која није родила дете. То може бити последица грешке, али и злоупотребе (на пример замена деце у породицишту, или упис података о мајци на основу туђе здравствене легитимације, што се дешава када мајка нема здравствену легитимацију, а није информисана о томе да је порођај обухваћен обавезним видовима здравствене заштите, па приложи здравствену легитимацију нпр. своје сестре, а може се десити да мајка жели да прикрије свој идентитет, па зато приказује туђу здравствену легитимацију).

ПЗС посебним одредбама регулише и оспоравање материнства (чл. 44). Одређује се круг лица која имају право на покретање овог поступка. Активно су легитимисани: дете, жена која је уписана у матичну књигу рођених као мајка детета, жена која тврди да је мајка ако истом тужбом тражи и утврђивање свог материнства, те мушкарац који се по овом закону сматра оцем детета. ПЗС је проширио круг лица, тако да је обухватио и мушкараца који се по овом закону сматра оцем, најчешће ће то бити муж жене која је уписана као мајка. Овај мушкарац има интерес да оспори материнство, јер је питање материнства претходно питање у поступку оспоравања његовог очинства. Жена која тврди да је мајка има право на оспоравање материнства само ако истом тужбом тражи утврђивање свог материнства. Овим се штити дете на тај начин што дете неће остати без мајке, иако ће се променити њена личност. Закон прописује рокове за покретање овог поступка за сва лица, осим за дете које има право на тужбу ради оспо-

равања материнства без обзира на рок (чл. 254 ПЗС). Остала лица имају ово право у субјективном року од годину дана од сазнања за релевантне чињенице, а у објективном року од 10 година од рођења детета. Релевантна чињеница за жену која је уписана у матичну књигу рођених као мајка детета је чињеница да она није родила дете, за жену која тврди да је мајка – чињеница да она јесте родила то дете, а за мушкарца који се по овом закону сматра оцем детета – чињеница да жена која је уписана у матичну књигу рођених као мајка детета није родила дете. Странке у својству тужиоца или туженог, у спору ради оспоравања материнства јесу: дете, жена која тврди да је мајка детета, жена која је уписана у матичну књигу рођених као мајка детета и мушкарац који се по овом закону сматра оцем детета (чл. 256/2 ПЗС). У овом поступку суд прво утврђује да ли је жена која је уписана у матичне књиге уопште рађала децу. Ако није, поступак се обуставља. Ако јесте, наставља се доказни поступак да се утврди да ли је она мајка детета у поступку који се води.

У закону су предвиђени случајеви у којима није допуштено оспоравање материнства (чл. 44/3,4,5 ПЗС). Први случај је када је материнство утврђено правноснажном судском пресудом. Ово ограничење постоји због обезбеђења правне сигурности. Суд је обавезан да утврди истину у матернитетским и патернитетским споровима, те се због тога његова правноснажна пресуда не може преиспитивати. Друга ситуација се тиче усвојења детета, ни тада није допуштено оспоравање материнства. Матернитетски и патернитетски спорови после усвојења нису дозвољени због тога што се након заснованог усвојења усвојитељи сматрају родитељима детета, те се због тога не могу водити поступци везани за биолошко порекло детета. Ипак, треба приметити да дете има право увида у податке о свом пореклу, тако да може сазнати ко су његови биолошки родитељи, иако то није могуће правно утврдити. Трећим ограничењем се забрањује оспоравање материнства после смрти детета, а с обзиром да се породичним правом првенствено штити дете, а у овом случају дете није живо, а могуће су злоупотребе (наследноправни интерес).

3. Очинство као елемент породичног статуса детета

3.1. Утврђивање очинства

3.1.1. Утврђивање брачног очинства

Други елемент породичног статуса детета је очинство. У последње време се у породична права различитих земаља уносе решења која доприносе томе да биолошко и правно очинство у што већем броју случајева коинцидирају једно другом. Права скандинавских земаља су изразит пример

овакве тежње, а осим скандинавских и друга породична законодавства усвајају решења која доприносе усклађивању правног са биолошким родитељством, иако не увек са систематским приступом, него у појединачним ситуацијама. Законска решења којима се усклађују правно и биолошко очинство уједно доприносе остваривању права детета да зна своје биолошко, природно порекло.

Брачно очинство се у правним системима већине земаља утврђује на основу правне претпоставке *pater is est quem nuptiae demonstrat* (отац је онај на кога указује брак, односно муж мајке је отац детета). Тако је и према домаћем законодавству. Дејство претпоставке се проширује и на ситуацију престанка брака. Наиме, муж мајке се сматра оцем ако је дете рођено у браку и 300 дана по престанку брака, али у ограниченим ситуацијама (чл. 45/1,2 ПЗС).

Наиме, претпоставка о очинству мужа мајке се у многим законодавствима преиспитује, нарочито везано за ситуацију престанка брака и закључења новог брака. Тако је и према Породичном закону Србије. Оцем детета које је рођено у року од 300 дана од дана престанка брака сматра се муж мајке детета из тог брака само ако је брак престао смрћу мужа и ако мајка није склопила нови брак у том року. Дејство претпоставке очинства после престанка брака је сужено и сада важи само ако је брак престао смрћу мужа (односно његовим проглашењем за умрлог). Ако је брак престао разводом или поништајем, а дете је рођено после престанка брака, претпоставка не важи. Ако је мајка склопила нови брак, а дете је рођено у том браку, оцем детета се сматра муж мајке детета из тог брака (чл. 45/3). Ако мајка није склопила нови брак после развода или поништаја брака, а дете је рођено после престанка тог брака, без обзира у ком року, дете ће бити ванбрачно, а на утврђивање очинства се примењују правила о утврђивању ванбрачног очинства. Разлог за увођење оваквих правила је у схватању да развод до кога је дошло пре рођења детета, чини мање сигурним да је муж мајке биолошки отац. Ова измена је пример уважавања све значајнијег захтева да правно и биолошко очинство треба да коинцидирају колико год је то могуће. Ситуација рођења детета у каснијем браку мајке, али још увек у оквиру гестационог периода који би упућивао на очинство мужа из претходног брака традиционално се назива „мешање крви” (*turbatio et perturbatio sanguinis*), иако је назив у суштини нетачан. Дете, наиме, може потицати само од једног мушкарца, свог биолошког оца, а колизија може постојати само у правном смислу. Очинство мужа из каснијег брака најчешће и одговара истини, вероватније је да је отац детета муж из каснијег брака, него из брака који је престао. Зачеће детета управо може бити разлог престанка једног и закључења другог брака. Решење ПЗС, по коме се оцем детета сматра муж из каснијег брака, поспешује утврђивање правног очинства на основу биолошког.

Слична правила су у шведском праву прихваћена још 1976. године. Изменама закона утврђивање очинства на основу претпоставке *pater est* је сужено. Измене се односе на ситуацију рођења детета после престанка брака разводом. Бивши муж мајке се сматра оцем само ако је брак престао смрћу и то ако је дете рођено у времену после престанка брака тако да је могло бити зачето за време трајања брака. Претпоставка се, међутим, не примењује ако је брак престао разводом. У Холандији је законом из 1997. године напуштена претпоставка *pater est* у случају рођења детета после престанка брака, осим ако је дете рођено после смрти оца. Претпоставка *pater est* напуштена је и у законодавству Грчке, Мађарске, Бугарске. Реформом француског права правило *ip̄s̄er̄ est̄* је елиминисано у одређеном броју случајева у којима очинство мужа *ip̄rima fac̄ie* није вероватно. Један случај се односи на дете рођено више од 300 дана после судске одлуке, донете у оквиру бракоразводног поступка, о томе да брачни другови имају право на раздвојена боравишта. Значи, рок од 300 дана не почиње од престанка брака, него раније, од доношења одлуке о сепарацији у оквиру бракоразводног поступка. Други случај односи се на хипотезу о фактичкој сепарацији, када је рођење детета пријављено у регистар рођења без индикација о имену оца и када дете подиже само мајка (чл. 313 и 313-1 Француског грађанског законика). Слична решења постоје у праву Луксембурга, Италије и Португалије. Технике елиминисања правила *ip̄s̄er̄ est̄* у „сумњивим” случајевима познате су у енглеском *common law*. Претпоставка не делује ако странке не живе заједно на основу судске сепарације.

3.1.2. Утврђивање ванбрачног очинства

Ванбрачно очинство може бити утврђено у домаћем праву на два начина: признањем оца и судском одлуком (чл. 45/4 ПЗС). Трећи замислив начин утврђивања ванбрачног очинства био би на основу претпоставке о очинству ванбрачног партнера који живи са мајком у ванбрачној заједници. Међутим, у домаћем праву таква претпоставка се не примењује. У упоредном праву постојање ванбрачне заједнице има утицаја на утврђивање очинства, али нема снагу законске претпоставке. У неким правима регистрација имена оца у регистрима грађанских стања, представља, такође, начин за утврђење очинства (Русија, Велика Британија).

Признање очинства је добровољни начин утврђивања ванбрачног очинства. У домаћем законодавству предвиђене су широке могућности за давање изјаве о признању. Иако је по својој суштини признање приватни чин, ипак постоје одређена овлашћења матичара као јавног органа која доприносе томе да се очинство утврди признањем (обавеза саветовања мајке и мушкарца који жели да призна очинство о могућностима за признање,

односно утврђивању очинства у судском поступку, ако до признања не дође). Да би признање било пуноважно треба да буду испуњени материјални и формални услови. По домаћем праву, очинство може да призна мушкарац који је навршио 16. годину живота и који је способан за расуђивање (чл. 46 ПЗС). Како се види, способност за признање очинства се стиче пре пунолетства, али уз услов старосне доби потребно је да је мушкарац способан за расуђивање. У закону није прецизирано шта би требало подразумевати под способношћу за расуђивање. Могло би се рећи да би способност за расуђивање требало да обухвати способност разумевања садржаја изјаве о признању и њених последица. У теорији породичног права се говори о природном услову за признање очинства, који подразумева да мушкарац може признати дете само ако је био у генеративном добу у време зачећа тог детета, другим речима мора постојати одређена разлика у годинама између мушкараца и детета које се признаје. Очинство се може признати само ако је дете живо у тренутку признања. Изузетно, очинство се може признати и ако је дете зачето у тренутку признања, а роди се живо - *nasciturus* (чл. 47 ПЗС). Признање се не може дати после смрти детета. На овај начин се предупређују могуће злоупотребе, признање ради остварења наследних права, на пример. Ако дете није у животу, очинство се може утврдити само судском одлуком.

У домаћем праву признање није унилатерални чин, са изјавом о признању, потребно је да се сагласе одређена лица. То су мајка и дете. Са признањем очинства мора да се сагласи мајка ако је навршила 16. годину живота и ако је способна за расуђивање. Ако мајка не може дати сагласност, довољна је сагласност детета (чл. 48 ПЗС). Са признањем очинства мора да се сагласи дете ако је навршило 16. годину живота и ако је способно за расуђивање. Ако дете не може дати сагласност, довољна је сагласност мајке (чл. 49 ПЗС). Ако ни мајка ни дете не могу дати сагласност, сагласност са признањем очинства даје старатељ детета уз претходну сагласност органа старатељства (чл. 50 ПЗС). Услов сагласности на признање које треба да дају мајка и (или) дете предвиђен је да би се спречиле злоупотребе од стране мушкараца који даје изјаву о признању. Претходна сагласност органа старатељства, која је потребна у случају када сагласност даје старатељ је услов који постоји због значаја признања као акта статусног карактера. Изјава о признању очинства може се дати пред матичарем, органом старатељства или судом. ПЗС је ограничио државне органе који могу да приме признање на оне органе који се баве породицом и породичним односима. Уобичајен начин признања је признање пред матичарем. Изјава о признању очинства може се дати и у тестаменту, тада се ради о постхумном признању. Отац детета, иако за свог живота није желео да призна дете, може

да одлучи да признање изјави у свом тестаменту и на тај начин омогући да се заснује родитељски однос, те на основу тога дете постане његов законски наследник (чл. 51 ПЗС). Право на оспоравање очинства утврђеног признањем има, по општим правилима о оспоравању очинства, други мушкарац који тврди да је отац детета и то у року од годину дана од дана сазнања да је он отац, а најкасније у року од 10 година од рођења детета (чл. 252/4 ПЗС). Лица која су се сагласила са признањем очинства немају право на оспоравање очинства утврђеног признањем (чл. 56/4 ПЗС), а што произлази из забране опозивања признања и сагласности са признањем.

За разлику од домаћег права, у неким правним системима признање је унилатерелни чин, довољна је изјава оца, а сагласност мајке на признање очинства није потребна. Тако је према француском Грађанском законнику и луксембуршком Грађанском законнику. По луксембуршком Грађанском законнику сагласност је ипак потребна у случају да је до зачећа дошло насилним чином. По закону Белгије (1987. године, чл. 319 Грађанског законика) прихваћен је друкчији став, тако да је за признање очинства потребна сагласност детета узраста од 18 година, а ако је дете малолетно, тражи се сагласност мајке и детета ако је старије од 15 година. Белгијски Уставни суд је у својој одлуци из 1990. године утврдио да је ово решење противуствано, сматрајући да крши принципе једнакости и забране дискриминације гарантованих Уставом (чл. 6 и 6 бис). Уочена је дискриминација између мајке и оца ванбрачног детета, због тога што се материнство утврђује или на основу уписа имена мајке у документ о рођењу, или мајчиним признањем, за које није потребна сагласност ни оца, ни детета, без обзира у ком моменту се даје. По холандском праву је потребна сагласност мајке на признање очинства. Међутим, у одлуци Касационог суда од 8. априла 1988. године изражено је мишљење да биолошки отац детета ипак може признати очинство ако се одбијање мајке може оквалификовати као злоупотреба, односно ако је мотивисано интересом који не заслужује поштовање. Изменама права о родитељству Законом из 1997. године проширују се ситуације у којима потреба за сагласношћу мајке може бити отклоњена: ако признање неће угрозити интерес мајке да одржи непромењен однос са дететом, те ако неће бити угрожен интерес детета, а уз услов да је мушкарац који жели да призна очинство заиста и зачео дете.

У многим законима су постојала (или још постоје) тзв. ситуацијска ограничења за признање очинства. Тако је забрана признања деце која су рођена у прељуби, а која је постојала раније, данас напуштена у многим правима. Забрана је укинута у Француској 1972. године, у Луксембургу 1979. године, у Белгији 1987. године. Једино у Холандији признање не може изјавити отац док његов брак траје, али је реформом из 1997. године

унета одредба која дозвољава признање, ако окружни суд утврди да постоји (или да је постојала) веза између оца и мајке детета која се може поредити са браком, или ако мушкарац и дете имају блиске личне односе. По праву Белгије и Немачке, признање ванбрачног очинства мушкараца који је у браку са другом женом ограничено је условом да се супруга мушкараца који жели да призна своје ванбрачно дете сагласи са признањем. Ситуација се разликује ако се ради о прељуби жене, јер се на очинство примењује правило *illegitimi filii*, па биолошки отац може признати очинство ако мајка оспори очинство мужа. По праву Француске, Белгије и Луксембурга постоји и могућност да биолошки отац призна очинство на основу непостојања *possession d'état* у односу на правног оца, чиме се олакшава признање биолошком оцу. Пре измена из 1997. године, систем признања стварао је велике проблеме у холандском породичном праву, често постављајући препреке правном утемељењу *de facto* заједница. Познат је случај у коме није дозвољено ожењеном мушкарцу да призна очинство ванбрачног детета, али је у каснијем поступку утврђено да је одбијање признања противно чл. 8 Европске конвенције о заштити људских права (непоштовање породичног живота оца и ћерке). Председник Окружног суда Утрехта стао је на становиште да у том конкретном случају признање мора бити дозвољено, узевши у обзир да је отац старатељ детета, да посећује ћерку три пута недељно, да ћерка има добре контакте са очевом брачном децом, и да се очева законита жена слаже са признањем, као и мајка детета. У скандинавским земљама, осим сагласности мајке, потребно је испуњење још неких захтева да би признање било пуноважно. По шведском праву социјални органи треба да прихвате признање мушкараца, што могу да учине само ако имају разлога да верују да је мушкарац заиста биолошки отац. Да би то утврдили обавезни су да спроведу истрагу о очинству, саслушањем мајке, других лица и мушкараца (или мушкараца) за кога се сумња да може бити отац. Тек ако социјалне службе дођу до закључка да је одређени мушкарац отац, мушкарац ће добити могућност да добровољно призна очинство. На тај начин признање очинства није у потпуности „приватно”. Решење шведског права доприноси томе да признато очинство одговара биолошком очинству. Према енглеском праву, регистрација рођења односно упис имена мушкараца као оца детета у регистар рођења представља доказ очинства *prima facie* (мишљење Правне комисије изнето 1982. године). Ако мајка није удата, име оца од стране мајке може бити уписано у три случаја: на заједнички захтев мајке и мушкараца који себе сматра оцем, на захтев мајке на основу признатог очинства и на захтев мајке на основу судске одлуке којом се означава тај мушкарац као отац. С обзиром да се више од половине ванбрачних рођења региструје са именом и мајке и оца, систем реги-

страције рођења чини важно средство за прибављање доказа о очинству. Према Закону о изменама породичног закона из 1987. године (*Family Law Reform Act*) уведена је могућност да се мушкарац без мајчине сагласности региструје као отац. То су случајеви признања очинства и добијања родитељских права судском одлуком. Један од разлога за увођење ове могућности је корисност за дете, која се огледа у томе што дете на тај начин добија могућност да открије своје природно порекло. Остали разлози су добијање издржавања, те усклађивање регистра са судском одлуком. Осим тога, изнето је мишљење да недозвољавање оцу да се региструје без сагласности мајке чини облик дискриминације оца.

Ако очинство није утврђено признањем, може бити утврђено правноснажном судском пресудом, без икаквих ограничења везаних за околности зачећа детета (чл. 55/1 ПЗС). Активну легитимацију има широк круг лица, лица између којих постоји или се претпоставља родитељски однос (мајка, дете, мушкарац који тврди да је отац детета, чл. 55 ПЗС). ПЗС предвиђа да дете може покренути овај поступак без обзира на рок и тако у било ком моменту ускладити биолошко и правно очинство (чл. 251/1 ПЗС). Мајка може покренути поступак у року од годину дана од дана сазнања да мушкарац кога сматра оцем детета није признао очинство, а најкасније у року од 10 година од рођења детета. Мушкарац који тврди да је отац детета може поднети тужбу ради утврђивања свог очинства у року од годину дана од дана сазнања да се са његовим признањем очинства нису сагласили мајка, односно старатељ детета, а најкасније у року од 10 година од рођења детета (чл. 251/2,3 ПЗС). Мушкарац који тврди да је отац детета, у случају да се по закону други мушкарац сматра оцем, има право на утврђивање свог очинства уз тужбу за оспоравање очинства, и то у року од годину дана од дана сазнања да је он отац, а најкасније у року од 10 година од рођења детета (чл. 56/2 и 252/4 ПЗС). ПЗС одређује која лица морају бити странке у спору ради утврђивања очинства и то у својству тужиоца или туженог. То су: дете, мајка, мушкарац који тврди да је отац детета односно мушкарац кога мајка сматра оцем детета (чл. 256/3 ПЗС). Ова лица морају бити обухваћена поступком било као тужиоци, било као тужени. Када се ради о патернитетском спору (правила се односе и на утврђивање и на оспоравање очинства), суд прво мора да утврди време зачећа детета. Раније се време зачећа утврђивало као „критични период зачећа”. „Критични период зачећа” је период између правно најдуже трудноће од 300 дана и правно најкраће трудноће од 180 дана, значи у периоду од 120 дана. Данас се време зачећа може установити у много краћем временском периоду. Након тога се утврђује да ли је претпостављени мушкарац имао интимне односе са мајком у критичном периоду зачећа. Ако није, поступак се обуставља.

То би био случај у коме мајка лажно тврди да је имала интимне односе са мушкарцем чије се очинство утврђује, а мушкарац на пример није био у земљи у време зачећа детета, него се налазио у иностранству итд. Ако се утврди да су мајка и мушкарац чије се очинство утврђује имали интимне односе, поступак се наставља утврђивањем да ли је мушкарац био оплодно способан. Ако није био оплодно способан, поступак се обуставља. Ако јесте, поступак се наставља утврђивањем да ли је он биолошки отац. Тада се примењују медицинске експертизе.

По ЗБПОС право на покретање поступка имао је и јавни орган – орган старатељства, по службеној дужности (чл. 99 ЗБПОС). Могућност да орган старатељства покрене поступак предвиђена је као изузетна, постоји само у случају када је мајка означила лице које сматра оцем, али у року од једне године од рођења детета није покренула судски поступак. Изузетност се изражава и кроз одредбу која ограничава орган старатељства у покретању поступка, у ситуацији када се мајка из оправданих разлога томе противи. Занимљиво је питање је шта би се у пракси органа старатељства сматрало „оправданим разлогом”. Од ширине тумачења овог правног стандарда зависи примена могућности утврђивања очинства против воље мајке. Могло би се претпоставити да би негативна лична својства оца, његова евентуална неподобност као родитеља, или конфликти између мајке и претпостављеног оца, односно избегавање конфронтације са претпостављеним оцем чинили „оправдан разлог”. С обзиром да ова могућност углавном није коришћена у пракси, те на чињеницу да је мајка могла да спречи покретање поступка, законодавац је у ПЗС изоставио орган старатељства као активно легитимисано лице и на тај начин доследно применио став о матернитетским и патернитетским поступцима као поступцима приватног карактера. У неким страним правима, државни органи су овлашћени за вођење поступка утврђивања очинства, и то не изузетно, него редовно. Тако у нордијским правним системима поступак утврђивања очинства може да покрене држава преко свог представника, у норвешком, чак, искључиво окружни гувернер. Путативни отац ванбрачног детета ни у једној од скандинавских држава нема право да покрене поступак. Ово питање је разматрано 1976. године у Шведској, али нису унете промене. Преовладао је став да је довољно да мушкарац има право да информише социјални савет о свом мишљењу, после чега социјални савет процењује информацију. Мушкарац, међутим, нема право жалбе на одлуку да се прекине патернитетска истрага. Аутор Оке Салдин (*Ake Saldeen*) поставља питање да ли би требало размотрити могућност да се шведски општински социјални одбор и судови убудуће не баве питањима утврђивања очинства у оним случајевима у којима форензично испитивање даје јасан одговор на питање очин-

ства. У тим случајевима, питање очинства би могло бити ствар којом се баве само институт за форензичну генетику и службе грађанских стања.

У вези са ванбрачним очинством, у Француској је значајан Закон из 1993. године који се односи на грађански статус, породицу и установљење судије за породичне ствари. Овај закон укида услове који су били предвиђени за постављање захтева (силовање или напастовање, завођење, писма у којима отац признаје очинство, отворен конкубинат, издржавање детета), а такође и услове под којима није било дозвољено утврђивање очинства (ноторно лоше понашање мајке, веза са другим лицем).

Признање очинства је поступак у коме се изражава аутономија странака. Ако мушкарац жели да призна очинство, а мајка се са његовим признањем сагласи, овај мушкарац ће се сматрати правним оцем, без обзира да ли је он биолошки отац детета или није. У домаћем праву не постоји могућност да надлежни орган проверава да ли признање одговара материјалној истини.

3.2. Оспоравање очинства

Оспоравање брачног очинства је поступак у коме се побија правна претпоставка да је муж мајке отац детета. Законска решења од којих зависи ширина могућности оспоравања очинства односе се на лица која могу бити странке поступка оспоравања очинства, ситуације у којима је оспоравање очинства дозвољено, те постојање или непостојање законских рокова у којима се поступак може покренути. Историјски посматрано, оспоравање очинства је био изузетан поступак. Према позитивном домаћем законодавству оспоравање брачног очинства је широко предвиђена могућност, поступак који се може покренути у свим ситуацијама у којима мушкарац који је уписан у матичну књигу рођених као отац није природни отац. Према ПЗС активну легитимацију имају сва лица између којих постоји или се претпоставља родитељски однос: правни отац – муж мајке, мајка, дете и мушкарац који тврди да је отац детета ако истом тужбом тражи и утврђивање свог очинства (чл. 56/2). Дете може поднети тужбу ради оспоравања очинства без обзира на рок и на тај начин је уважено право детета да зна ко су његови родитељи. Такође, на тај начин се уважава интерес да биолошко и правно родитељство коинцидирају у највећој могућој мери. За остала лица су предвиђени рокови. Рокови су уједначени, субјективни рок је годину дана од дана сазнања за релевантну чињеницу о очинству, а објективни је 10 година од рођења детета. За мајку и њеног мужа релевантна чињеница је да муж мајке није отац, а за мушкарца који тврди да је отац детета релевантна чињеница је да је он отац (чл. 252). Странке у спору ради оспоравања очинства су одређене законом. То су: дете, мајка, мушкарац

који се по овом закону сматра оцем и мушкарац који тврди да је отац детета (чл. 256/4 ПЗС). Када се ради о мушкарацу који тврди да је отац, његово право на оспоравање очинства је условљено захтевом да се утврди да је он отац. Дакле, он истовремено тражи оспоравање очинства мужа мајке и утврђивање свог очинства. Природни отац, према ПЗС има широко право да тражи оспоравање и утврђивање очинства. Не постоје никакви посебни услови, нити ограничења. Овакво решење је у складу са тенденцијом у упоредном праву која иде у правцу побољшања положаја природног оца, захтевом да биолошко и правно очинство треба да буду усклађени, а тиме се води рачуна и о праву детета да зна ко су његови природни родитељи. Раније, природни отац или уопште није могао да оспорава брачно очинство или је то право било условљено. Према ЗБПОС услов је био да је мушкарац живео у заједници са мајком детета у време зачећа или је заједницу засновао пре рођења детета (чл. 106), значи имао је право да оспорава очинство само у ситуацији када је мајка прекинула заједницу живота са својим мужем. Разлог оваквом решењу је схватање да трећа лица немају права да се мешају у породичне односе, ако односи формално нису поремећени, штити се право на очување породичног интегритета и право на приватност. Ово је један од случајева у коме се мења схватање о томе којем интересу треба дати превагу када постоји сукоб интереса. ПЗС даје превагу интересу природног оца да постане правни отац детета, интересу детета да зна ко су његови биолошки родитељи, те ставу да правно и биолошко очинство треба да коинцидирају у пуној мери.

У Немачкој, према Закону о реформи родитељског права из 1997. године, односно пар. 1592 Грађанског законика, отац детета је мушкарац који је био у браку са мајком у време рођења детета, мушкарац који је формално признао дете или мушкарац чије је очинство утврђено у судском поступку. Без обзира да ли је дете рођено у браку или ван брака, само три лица могу оспоравати очинство, а то су мајка, дете и лице које се правно сматра оцем детета (пар. 1600 И Грађанског законика). Рок у коме се може оспоравати очинство је две године, почевши од момента када је лице дошло до доказа који сугеришу да је друго лице отац детета (пар. 1600Б И Грађанског законика). Занимљиво је приметити да друга лица која би могла имати интерес да оспоравају очинство, нарочито прави прогенитор детета, немају право на оспоравање очинства. Право на оспоравање очинства се више не заснива на специфичним разлозима и року од две године од стицања пунолетства детета у коме се може извршити оспоравање, него је рок продужен тако да почиње да тече од тренутка када дете дође у посед доказа који сугеришу да лице о коме се ради није његов отац (пар. 1600Б III Грађанског законика). По ранијем немачком законодавству, право на

оспоревање очинства имали су дете и муж мајке. Муж мајке је могао оспоравати очинство путем статусне тужбе против детета у року од две године по сазнању за чињенице *in favor* ванбрачности (Сс 1593-1595 БГБ). Ако је умро пре сазнања ових чињеница, његови родитељи су могли покренути поступак против детета (С 1595а БГБ). Мајка, међутим, није имала никаква права. Тужба за оспоревање брачности детета, коју може да поднесе само дете, била је могућа под строгим захтевима прописаним Грађанским законом (пар. 1596, 1 и пар. 1598, 1 и 2). Било је потребно да је брак странака престао или да су родитељи раздвојени најмање три године, те да не постоји перспектива да се настави брачна веза. Тужбу за оспоревање брачности дете је могло поднети у року од две године од навршења 18 година, без обзира на моменат сазнања чињеница о очинству (пар. 1598). Изузетно је значајно споменути став Уставног суда Немачке о овим одредбама. Наиме, Уставни суд је прогласио оба параграфа (1596 и 1598) противуставним, сматрајући да ове одредбе у превеликој мери ограничавају право лица на сазнање генетског родитељства. Међутим, суд је указао да тужбе за оспоревање очинства не могу бити дозвољене без ограничења због постојања уставне заштите брака и породице (чл. 6) и оставио отвореним питање дефинисања ограничења. Суд је такође указао да право на сазнање родитељства, али уз задржавање ранијег правног статуса, може бити остварено увођењем изолованог поступка у коме би се добила деклаторна пресуда о родитељству.

4. Значај медицинских анализа у утврђивању и оспоревању породичног статуса детета

Осим уобичајених доказних средстава, докази који се користе за утврђивање или оспоревање родитељског односа су медицинске експертизе. Метод новијег датума је метод анализе хромозома или анализа ДНК (дезоксирибонуклеинска киселина), на основу које се може са сигурношћу утврдити породични статус детета. Вероватноћа случајне коинциденције ДНК детета и особе која није прави отац је један према билион. Анализа ДНК омогућује да се утврди или оспори родитељство и после смрти лица о којем се ради.

Упоређујући различита законодавства, уочавају се значајне разлике везане за став о томе да ли постоји могућност да се тест принудно спроведе и за став о значају одбијања теста. Нека законодавства омогућују принудно спровођење одлуке о вештачењу, када је оно потребно за утврђење родитељског односа. То су законодавства Немачке, Аустрије и Шведске. У земљама романског система (Француска, Италија, Шпанија) одбијање особе да се подвргне тесту је релевантно при судској оцени доказа. У енгле-

ском праву одбијање се сматра непоштовањем суда, што најчешће има за последицу да странка изгуби парницу. Један од разлога за постојање разлика је у томе што земље романског система следе статусни принцип, судска одлука делује *erga omnes*, због чега мора да се базира на биолошкој истини, док се у енглеском праву питање родитељства најчешће разматра као претходно питање у другим поступцима (издржавање, контакти са дететом, одлука о родитељској одговорности). У неким законодавствима се неоправдано одбијање чак тумачи тако да се тврдње супротне странке сма-трају тачним (Грчка).

У домаћем законодавству не постоје специјалне законске одредбе које решавају питање спровођења медицинских тестова, тако да се примењују опште одредбе о спровођењу доказних средстава у грађанскопроцесном праву. Изражен је став да суд не може принудити странке да се подвргну вештачењу, а као аргумент се наводи да би вађање крви против воље странке чинило повреду физичког интегритета који је заштићен правним прописима. Одбијање странке да се подвргне анализи посебно се цени у вези са осталим доказима. Тачно је да поступак вађења крви носи изванредан ризик по здравље ако се не спороведе по строгим хигијенским прописима, нарочито имајући у виду да се овим путем могу пренети заразне болести (HIV, AIDS, хепатитс). Напретком медицине и биологије, питање односа између прихватљивости принуде и угрожавања телесног интегритета ће можда бити ублажено, коришћењем узорака који не морају бити узети из људског тела, него са ствари коју је користило лице о којем се ради (уз-рак са четкице за зубе на пример).

5. Породични статус детета у случајевима зачећа уз биомедицинску помоћ

5.1. Мајтеринсџиво и зачеће уз биомедицинску помоћ

Технике асистираних репродукција у којима се користи јајна ћелија једне жене, док друга жена носи и рађа дете доводе у сумњу укорењено правно правило које потиче још из римског права *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*. Ради се о поступцима у којима постоји донација јајне ћелије и донација ембриона, те о поступку сурогат материнства.

Породични закон Србије први пут у домаће законодавство уводи одредбе о материнству и зачећу уз биомедицинску помоћ. Као и када се ради о материнству везаном за природно рођење, у закону постоји експлицитна одредба да је мајка детета зачетог уз биомедицинску помоћ жена која га је родила. Законодавац је дао примат чињеници ношења и рађања детета у односу на генетско порекло. Без обзира на чињеницу да дете може бити за-чето дарованом јајном ћелијом (или је дарован ембрион), правна мајка је

жена која је родила дете. Значи и у случају да дете не носи њене генетске карактеристике, она је правна мајка. Друго правило се односи на забрану утврђивања материнства жене која је даровала јајну ћелију (чл. 57 ПЗС). Смисао донаторства генетског материјала је у томе да жена која жели дете, а њена јајна ћелија не може да буде оплођена, добије јајну ћелију друге жене, која се затим оплоди семеним ћелијама њеног партнера, и након трансфера ембриона у тело жене која жели дете она носи и рађа дете. У том случају дете носи генетске особине жене даваоца и партнера жене која жели дете. Могуће је и донаторство ембриона, када дете неће имати генетске карактеристике ни једног од правних родитеља. С обзиром да ће дете одгајати жена која је родила дете, утврђивање материнства жене која је даровала јајну ћелију не би имало никаквог смисла.

Слично решењима Породичног закона и Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења предвиђа да је мајка детета зачетог поступком БМПО жена која је то дете родила (чл. 65/2), те предвиђа забрану утврђивања материнства донора (чл. 65/4). Међутим, додаје и одредбу која одређује материнство фетуса: „Мајка јесте жена која носи фетус, или је носила фетус као резултат стављања ембриона или сперме или јајних ћелија у њено тело – материцу, у поступку БМПО“ (чл. 65/1). Одређивање која жена је мајка фетуса је непознато у упоредном праву европских земаља, а за разлику од очинства, када *infans conceptus* може имати нека права и обавезе након смрти оца, када се ради о материнству, оваква ситуација је тешко замислива. ЗБМПО даље регулише забрану оспоравања материнства у случају да је мајка дала изјаву о престанку на поступак БМПО уз употребу њених јајних ћелијама, односно тако зачетог раног ембриона (чл. 65/3). Ова одредба је сувишна, јер у случају да су коришћене јајне ћелије исте жене, мајка је уједно и генетска и гестацијска и правна мајка детета. Било би логичније да је законодавац експлицитно забранио оспоравање материнства ако је коришћена јајна ћелија донора, јер су у том случају две жене укључене у поступак, генетска и гестацијска мајка, па, теоретски може доћи до сукоба. ЗБМПО изричито забрањује сурогат материнство.

У упоредном праву, Закон о хуманој фертилизацији и ембриологији из 1990. године Велике Британије посебно регулише материнство у вези са донацијом јајне ћелије и ембриона. Предвиђено је да се мајком сматра жена која носи или је носила дете настало као резултат смештања у њено тело ембриона или сперме и јајних ћелија, и ниједна друга жена (27.1). Биоетичким законима Француске се дозвољава и регулише донација гамета обе врсте, и мушкарца и жене, чак и ембриона. Поступак донације гамета укључује давање сагласности у присуству нотара или судије који обавештава странке о последицама у вези са родитељством будућег детета (чл.

Л152-5). Ако се користи ембрион другог пара, тражи се писмена сагласност свих лица, а осим тога, о коришћењу ембриона одлучује судија, базирајући одлуку на интересима будућег детета (чл. Л152-5). Донори гамета (жена или мушкарац) треба да живе у хетеросексуалној заједници и да имају децу у оквиру те заједнице, а сагласност мора дати и други члан пара (чл. Л673-2). Шведско право, почевши од 1. јула 2005. године, дозвољава хетерологну артифицијелну инсеминацију и фертилизацију ван тела када се ради о лезбијским партнерима. У том случају жена која роди дете је мајка детета, а друга жена добија статус родитеља. Услов је да се поступак спроводи у државној болници. Сагласност жене на поступак који се примењује на њену партнерку, било да је партнерство регистровано или се ради о ванбрачној заједници две жене, доводи до правног родитељства над дететом, које је у потпуности једнако као родитељство жене која је родила дете. Очинство донора не може бити утврђивано. Родитељство жене која је дала сагласност мора бити утврђено на посебан начин, на основу њеног писаног признања уз присуство сведока или на основу судске одлуке, ако нема признања. Признање се може дати и пре рођења детета, а мора бити потврђено од стране савета за социјално старање и мајке која је родила дете. Дете има право да сазна идентификационе податке о донору и у овом случају, на исти начин као када се ради о инсеминацији семеном донора или фертилизацији ван тела.

Сурогат материнство је поступак у коме жена пристаје да изнесе трудноћу са намером да дете преда пару који је наручио трудноћу. Дакле, жена која је родила дете предаје дете пару наручилаца, дете ће одгајати друга жена, а не она која га је родила. Ову чињеницу уважавају Закон о хуманој фертилизацији и ембриологији Велике Британије, Закон о сурогат материнству Израела, Закон о медицински асистираној репродукцији Грчке, те Породични законик Русије, предвиђајући могућност да се родитељима детета сматрају жена и мушкарац који желе да се старају о детету (на основу судске одлуке у Великој Британији и Израелу, на основу судски одобреног уговора у Грчкој, а уз сагласност сурогат мајке у Русији). У Холандији је сурогат материнство, по речима аутора Керолајн Фордер (*Caroline Forder*), дозвољено, али не и подстицано. Комерцијално подстицање или омогућавање сурогат материнства је кривично дело. Политика везана за сурогат материнство је промењена 1997. године, од када је дозвољено не само сурогат материнство при коме се врши оплодња јајне ћелије сурогат мајке, како је било до тада, него и оплодња јајне ћелије која потиче од мајке која наручује дете.

У Великој Британији постоје два закона којима се регулише сурогат материнство. Први је Закон о сурогат уговорима из 1985. године, а други Закон о хуманој фертилизацији и ембриологији из 1990. године. Породич-

ноправна дејства сурогат материнства регулише Закон о хуманој фертилизацији и ембриологији. По овом Закону се у случају сурогат материнства брачни пар који жели дете може сматрати родитељима детета на основу судске одлуке. Основни услов да се супружници (могућност је предвиђена само за лица у браку) могу сматрати родитељима детета је генетска веза са дететом. Потребно је да је бар један од њих генетски родитељ детета, односно да су гамети бар једног од њих коришћени у зачећу. Без обзира да ли генетски материјал потиче од обоје или само једног од њих, обоје се могу третирати као правни родитељи. Захтев се мора поднети суду у року од шест месеци од рођења детета. Предвиђају се и посебни услови који морају бити испуњени да би суд донео одлуку у наведеном смислу. То су: дом детета мора бити са брачним паром који подноси захтев, они, или бар један од њих морају бити домицилирани у Великој Британији и морају имати најмање 18 година. Осим тога, суд мора бити уверен да су се отац детета, ако отац није супруг – подносилац захтева, и жена која је носила дете, слободно и са пуним разумевањем, безусловно сагласили да се донесе одлука у наведеном смислу, осим ако се они не могу пронаћи или су неспособни за давање изјаве. Предвиђено је и „време за размишљање” за жену која је носила дете, тако да се сагласност не сматра важећом ако је дата пре него што прође шест недеља од рођења детета. Осим тога, суд мора бити уверен да није дат новац или друга корист, осим разумних трошкова. Закон о сурогат материнству донет је у Израелу 1996. године. У року од 24 сата од порођаја, о рођењу се мора обавестити социјални службеник, који се сматра једном врстом старатеља детета док се не донесе судска одлука (чл. 10б). Чим је то могуће, а у присуству социјалног службеника, дете треба предати будућим родитељима, који стичу старање и све родитељске дужности и одговорности (чл. 10а). У року од седам дана од рођења мора се поднети захтев суду да се добије одлука о родитељству (чл. 11а). Суд је обавезан да донесе овакву одлуку, сем ако на основу извештаја социјалног службеника нађе да би таква одлука била супротна добробити детета (чл. 11б). Дејство одлуке о родитељству је трансферирање пуног и искључивог родитељства будућим родитељима, који се третирају као природни родитељи за све сврхе (чл. 12а). Одлука о родитељству се убележава у специјални регистар. Док се не донесе одлука о родитељству, сурогат мајка може да тражи опозив уговора и да захтева дете. Међутим, суд неће дозволити опозив, осим ако у светлу извештаја социјалног службеника не нађе да су се околности промениле тако да оправдавају промену мишљења и да опозив уговора неће нашкодити добробити детета (чл. 13). У Грчкој је 2002. године донет Закон о медицински асистираној репродукцији, који је постао део Грађанског законика. Овај закон регулише, између осталог, и сурогат материнства. Закон садржи одредбу о томе која се жена сматра мајком у слу-

чају сурогат материнства. Претпоставља се да је мајка детета жена која жели дете, а која је тражила и добила судско одобрење. Ова презумпција је оборива, ако се докаже да дете биолошки потиче од жене која га је родила (рок је шест месеци од рођења). Дакле, материнство се утврђује на основу законске претпоставке, али само ако постоји судски одобрен споразум о сурогацији.

Један број закона експлицитно забрањује сурогат материнство. Тако је према Закону о заштити ембриона Немачке из 1990. године забрањено и кажњиво спровођење вештачке оплодње сурогат мајке и трансфер ембриона у тело сурогат мајке. Закон о прокреативној медицини Аустрије из 1992. године предвиђа да ће се жена која је родила дете увек сматрати правном мајком. Правило је унето упркос забрани донације јајних ћелија и ембриона, која је предвиђена истим законом. Сврха овог правила је да илегално спроведене трансфере ембриона и оне који су спроведени у иностранству подведе под одговарајућу породичноправну регулативу. Правна забрана сурогат материнства је у томе што закон забрањује хетерологни трансфер ембриона или донацију ембриона. Осим тога, јајна ћелија се може користити само за жену од које је узета. Тзв. Био-етичким законима Француске из 1994. године сурогација је стриктно забрањена, без обзира да ли је на комерцијалној бази или не. Дете рођено на овај начин не би могло бити усвојено од пара наручилаца. Законом се сматрају ништавим сви уговори чији је предмет прокреација или гестација за друго лице. Прописи Швајцарске забрањују сурогат материнство, донацију јајне ћелије и донацију ембриона, тако да се питање материнства везано за асистирану репродукцију не поставља. Законом о лечењу неплодности и поступцима оплодње уз биомедицинску помоћ Словеније из 2000. године сурогат материнство (*надомесїно маїтеринсїво*) је забрањено. Предвиђено је да нема право на поступак оплодње уз биомедицинску помоћ жена која намерава да дете по рођењу препусти трећем лицу, било уз новчану накнаду, или без накнаде (чл 7). По Закону о техникама асистираних репродукција Шпаније из 1988. године предвиђено је да је правна мајка жена која је родила дете. У литератури се истиче да би се уговор о сурогацији сматрао неважећим. Сурогат материнство у Шведској није дозвољено, а по мишљењу Медицинско-етичког савета израженом 1995. године тако треба да остане и надаље.

5.2. Очинсїво и зачеће уз биомедицинску помоћ

Различите технике зачећа и рођења детета уз помоћ медицине, а првенствено оне у којима се користи генетски материјал трећег лица – даваоца семених ћелија, од посебног значаја су у контексту утврђивања и оспоравања очинства. Већина закона се опредељује за правно очинство мужа

мајке (или ванбрачног партнера), уз услов да је то лице дало сагласност на оплодњу.

Породични закон Србије установљава правило по коме се оцем детета које је зачето уз биомедицинску помоћ сматра муж мајке, или ванбрачни партнер мајке, под условом да је за поступак биомедицински потпомогнутог оплођења дао писмени пристанак. ПЗС први пут уводи претпоставку очинства када се ради о ванбрачном партнеру мајке, сугеришући да су поступци зачећа уз биомедицинску помоћ дозвољени и за хетеросексуалне ванбрачне partnере. Када се ради о хомологној оплодњи, муж, односно ванбрачни партнер и јесте биолошки отац детета. Када се ради о хетерологној оплодњи (семеном даваоца), међутим, законско правило представља фикцију, јер је сигурно да муж мајке, или ванбрачни партнер мајке, није биолошки отац. Ако је муж или ванбрачни партнер мајке дао пристанак на оплодњу нема право да оспорава своје очинство. Једини случај када он има право на оспоравање очинства, а дао је пристанак на оплодњу, је ако дете није зачето поступком биомедицински потпомогнутог оплођења (чл. 58 ПЗС). Ово право постоји и у случају хомологне и хетерологне оплодње. У том случају муж, односно ванбрачни партнер, може поднети тужбу ради оспоравања свог очинства у року од годину дана од дана сазнања да дете није зачето поступком биомедицински потпомогнутог оплођења, а најкасније у року од 10 година од рођења детета (чл. 252/5 ПЗС). Рок је, како се види, постављен уједначено са роковима за оспоравање очинства у општим ситуацијама.

Следеће правило се односи на случај када муж није дао сагласност на оплодњу уз биомедицинску помоћ. Он ће се сматрати оцем на основу правне претпоставке *йајтер есиј*. У том случају муж има право да оспорава своје очинство, ако је дете зачето семеним ћелијама трећег лица - даваоца. Ако се ради о хомологној оплодњи, дакле, семеном мужа, он не може да оспорава очинство, без обзира што није дао сагласност, јер он јесте природни отац. Питање је да ли је након оспореног очинства мужа мајке дозвољено утврђивање очинства. Правило је да се очинство мушкарца који је даровао семене ћелије не може утврђивати (чл. 58/5 ПЗС). Правне последице утврђивања очинства даваоца семена биле би супротне самом смислу вештачке оплодње семеном даваоца, која се примењује у циљу формирања родитељскоправних односа између мајке, детета и мужа мајке, односно ванбрачног партнера. Ако би се правним путем утврдило биолошко очинство даваоца семена, он би стекао и сва права и обавезе оца, што би било у супротности са материнством жене која се подвргла оплодњи да би одгајала дете заједно са својим мужем (ванбрачним партнером). Ако се ради о ванбрачној заједници, па ванбрачни партнер није дао сагласност на оплодњу, он се неће сматрати оцем. Његово очинство се може утврдити судским

путем, али и признањем, што ће бити случај ако је његова сагласност изостала омашком, а не његовом вољом.

ЗБМПО предвиђа да је отац детета које је зачето поступком БМПО супружник, односно ванбрачни партнер мајке детета под условом да је дао писмени пристанак за обављање поступка БМПО коришћењем његових семених ћелија, те забрањује утврђивање очинства донора, ако је дете зачето поступком БМПО када је коришћена семена ћелија донора (чл. 66/1,3). Када се ради о забрани оспоравања очинства ЗБМПО предвиђа да се не може оспоравати очинство ако је дете зачето семеним ћелијама тог лица, осим ако постоји основана сумња да он није отац детета, односно да је поступак БМПО обављен без његових семених ћелија (чл. 66/2). ЗБМПО изоставља забрану оспоравања очинства ако су коришћене семене ћелије донора, а што једино има смисла забранити, јер се тада генетско и правно очинство разликују. Овим пропустом, законодавац је створио могућност да дете зачето семеним ћелијама донора остане без оца, јер би се супруг или ванбрачни партнер могао предомислити и тражити, по општим правилима, оспоравање свог очинства, после чега се не би могло утврдити да је донор отац, с обзиром да постоји забрана утврђивања његовог очинства.

Српски законодавац, а који се, чини се, угледао на словеначки закон, унесећи измене у словеначка решења о родитељству, начинио је кардиналне грешке, па српско решење представља неуспелу рецепцију словеначког решења. Наиме, у Закону Словеније пристанак који се тражи је везан уопште за БМПО, чл. 22 обухвата све врсте поступака, па и поступак коришћењем донираног генетског материјала, а не односи се само за поступак коришћењем генетског материјала жене/мушкарца који се сматра мајком/оцем по закону, како је предвиђено у ЗБМПО Србије. По словеначком решењу, дакле, забрана оспоравања матринства/очинства обухвата обе ситуације, и ситуацију када је коришћен генетски материјал донора и када није. Српско решење се експлицитно односи само на поступак коришћењем генетског материјала жене/мушкарца који се сматра мајком/оцем по закону и тако изоставља забрану оспоравања материнства/очинства када је коришћен генетски материјал донора. Српски законодавац је, нажалост, показао потпуно неразумевање породичноправних односа који могу настати коришћењем поступака БМПО. Ситуација би била много једноставнија да је законодавац преузео или само упутио на одговарајуће одредбе Породичног закона, а који садржи одредбе о материнству и очинству, ове одредбе смислено и правилно дају решења за све потенцијалне ситуације. Словеначки законодавац, међутим, био је принуђен да у посебан закон о оплодњи уз биомедицинску помоћ укључи одредбе о материнству и очинству, с обзиром да у закону из области породичних односа нису постојале одредбе о материнству и очинству у случају зачећа уз биомедицинску помоћ.

6. Закључна разматрања

Када се ради о одредбама које регулишу утврђивање и оспоравање материнства и очинства у судском поступку, може се рећи да је аутономија странака лимитрана обавезом да се у судском поступку утврди материјална истина. У домаћем праву, сва лица између којих постоји родитељски однос имају право на покретање матернитетских и патернитетских поступка, али сва лица, осим детета, могу да покрену поступак само у законом одређеном року. Широки круг активно легитимисаних лица омогућује да се оствари њихова аутономија, али рокови ограничавају аутономију, али у исто време ограничавају и утврђивање материјалне истине. Међутим, с обзиром да од доношења Породичног закона 2005. године дете има неорочено право да покрене ове поступке, ова чињеница иде у прилог утврђивања материјалне истине о породичном статусу детета у било ком временском интервалу, а детету омогућава да изрази аутономију без временских ограничења.

Анализа крви као доказно средство, нарочито ДНК анализа, омогућава утврђивање материјалне истине. Међутим, аутономија странке да одбије да се подвргне вештачењу доводи до тога да се материјална истина не може утврдити, а у оваквим случајевима, суд оклева са доношењем пресуде, тако да спорови трају сувише дуго. У пракси Европског суда за људска права, у случају Јевремовић против Србије, донета је одлука да је повређено право странке, због тога што се поступак није окончао у разумном року. У овом случају тужени мушкарац у поступку утврђивања ванбрачног очинства се није одазивао позивима суда и одбијао је да се подвргне вештачењу, те је због тога судски поступак трајао сувише дуго. По мишљењу Европског суда за људска права, у погледу права на поштовање породичног живота Суд је нашао да је постојала продужена неизвесност малолетне подносиољке представке у вези са њеним личним идентитетом. Суд је у својој одлуци рекао:

„...у правним системима као што је српски у којима не постоји средство које би приморало наводног оца са поштује судско решење о обављању ДНК теста, интереси појединца који тражи утврђивање очинства морају се осигурати обезбеђењем алтернативног средства које омогућава независном органу да брзо утврди очинство. Пропуштање српских органа да обезбеде такво алтернативно средство у конкретном случају довело је до повреде права на поштовање породичног живота подносиољке представке.“

Када се ради о утврђивању материнства на основу уписа чињеница у матичне књиге, постоје случајеви у којима се уписују погрешни подаци о мајци детета, због тога што мајка детета из незнања или са намером приказује туђу здравствену легитимацију. Овакви случајеви доводе до покретања судских поступака да би се утврдила материјална истина, а могли би се

избећи ако би се у поступку пријаве рођења матичару идентификовала мајка на основу документа који, за разлику од здравствене легитимације, садржи фотографију. Аутономија странке је апсолутно неприхватљива у овом поступку. У упоредном праву постоји могућност аутономије мајке у области утврђивања материнства која се огледа у дозвољености анонимног порођаја. На тај начин се онемогућава дете да сазна која жена је његова биолошка мајка.

Утврђивање брачног очинства на основу правне претпоставке *pater est*, која се увек примењује код утврђивања брачног очинства, омогућује странкама да и у случајевима када биолошки отац није муж мајке, муж мајке остане правни отац. Мајка и њен муж не морају да покрену поступак оспоравања очинства, па ће тако на основу њихове воље, правно очинство бити различито од биолошког. У таквим случајевима долази до изражаја аутономија странака која преовладава над принципом материјалне истине.

Утврђивање ванбрачног очинства признањем омогућује страначку аутономију, с обзиром да ако мушкарац призна очинство, са којим се сагласи мајка (или друга овлашћена лица), надлежни орган нема овлашћење да утврђује материјалну истину, проверавањем изјава странака.

У случајевима зачећа детета уз биомедицинску помоћ, ако је коришћен генетски материјал донора, биолошко и правно материнство и очинство ће се разликовати. Наиме, мајком детета сматра се жена која је дете родила, без обзира на чињеницу да је коришћена јајна ћелија донора. Тако је и са очинством. Муж мајке или ванбранчни партнер мајке, ако су се сагласили са донацијом сперме, сматраће се оцем детета које зачето туђим генетским материјалом. Када се ради о законодавствима која дозвољавају сурогат материнство, значај аутономије странака је још очигледнији, јер се правном мајком сматра жена која није родила дете, а која не мора имати не генетску везу са дететом, ако није оплођена њена јајна ћелија. У овим случајевима, на основу воље будућих родитеља, пара наручилаца, доноси се одлука којом они постају правни родитељи. Види се да се у случајевима зачећа детета уз биомедицинску помоћ, ако се у поступку користи генетски материјал донора, или ако се ради о сурогат материнству када друга жена рађе дете, примат даје аутономији странака, док принцип материјалне истине потпуно губи на значају.

Може се закључити да развој медицине и биологије, с једне стране омогућује да правно и биолошко очинство у потпуности коинцидирају, јер анализа ДНК то омогућује. Са друге стране, управо развој биомедицине узрокује да правно и биолошко очинство у случајевима зачећа детета уз биомедицинску помоћ, ако је коришћен генетски материјал донора, буду у раскораку. Аутономија странака добија примат, јер се на основу воље

странака одређује правни родитељски однос, док принцип материјалне истине потпуно губи на значају. Право детета да зна своје порекло је у законодавствима која прихватају принцип анонимности донора потпуно неоствариво, док у законодавствима која омогућују детету да сазна идентификационе податке о донору, ово право може бити остварено, али само фактички. Правни родитељи детета остају лица која су била субјекти поступка зачећа уз помоћ биомедицине. У овом моменту није прихватљив став да дете може имати више лица која имају различите родитељске улоге (биолошки односно генетски родитељи, социјални односно правни родитељи), а што одговара стварном стању. На питање да ли ће породично право ићи у правцу прихватања чињенице да у неким случајевима постоји више од два лица која имају родитељске улоге и да ли ће принцип „искреност је најбоља политика“ (*honesty is the best policy*) утицати на промену укореењих схватања о томе да једно лице може имати само једну мајку и једног оца, у овом моменту се не може дати одговор. Ова питања ће сигурно бити врло значајна у даљем развоју породичног права.

*Gordana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Autonomy *versus* Absolute Truth in Comparative Law on Family Status of the Child

Abstract

The development of biology and medicine enables that legal and biological maternity and paternity coincide completely, owing to biomedical analysis, in particular to DNA analysis. On the other hand, development of biology and medicine causes discrepancy in legal and biological maternity and paternity in the situation of biomedically assisted conception if donor genetic material is used. Thus, autonomy of the parties gain in importance, legal parental relations are based on the will of the parties, so principle of biological truth loses importance. Legal parents would be persons who participated in the process of biomedically assisted conception in order to get the child.

Autonomy of the mother could be extended to allow for anonymous birth. Acknowledgement of the paternity depends almost entirely on the will of the parties concerned. If the man acknowledges his paternity and the requisite consent is given, the man is considered to be the father. The biological truth is not examined. On the other hand, in proceedings for establishing and contesting maternity and paternity, the court is obliged to determine the biological truth, which may be based on DNA and other biomedical evidence. It could be said that the autonomy of the parties is limited by the requirement that maternity and paternity in such cases be established based on the biological facts.

Key words: autonomy of the parties, absolute truth, maternity, paternity, establishing, contesting, biomedically assisted conception