

јављају правне установе у којима се и правнотехнички меша апсолутно и релативно право, својина и потраживање, својина и имовина, као што и грађанскоправна својина увлачи у себе извесне јавно-правне, политичке елементе, (који у нашем социјалистичком праву прелазе у нов квалитет код социјалистичке друштвене својине). Тако, на пример, у хартијама од вредности, у присвајању од стране правних лица, а нарочито банака, концерна итд. путем акција, у правној установи концесија, поново се почињу мешати појмови својине и имовине, апсолутних и релативних права, као што је то био случај у једном примитивном облику у примитивном праву.

Др. Андрија Гамс

УТВРЂИВАЊЕ ОЧИНСТВА ПРЕМА ЧЛАНУ 26 ЗАКОНА О ОДНОСИМА РОДИТЕЉА И ДЕЦЕ

Сва деца без обзира да ли су брачног или ванбрачног порекла стављена су по нашем праву под заштиту државе. Држава пружа исту помоћ и подршку ванбрачном детету као и брачном. Родитељи са своје стране имају исте обавезе и дужности према ванбрачној деци као и према брачној деци. Интерес детета стављен је у први ред. За обезбеђење тих интереса дужни су да се старају и родитељи и државни органи. Исто тако заштићена је у довољној мери и ванбрачна мајка. Терет издржавања и старања о детету не пада само на њу него и на ванбрачног оца који се може путем суда истраживати. Ванбрачни отац је дужан да сразмерно својим могућностима учествује у трошковима изазваним трудноћом и порођајем и у „трошковима издржавања мајке за време од три месеца пре и три месеца после порођаја” (чл. 27 Закона о односима родитеља и деце од 1 децембра 1947). Мајка која роди ван брака ужива исту социјалну заштиту као и мајка која роди у браку. Ове корисне и хумане мере допринеће свакако да се уклоне штетне последице које су до недавно код нас пратиле као заоудес ванбрачну мајку и њено дете (1).

Родитељи су дужни, како је већ истакнуто, да се старају о својој ванбрачној као и о својој брачној деци. Да би се остварило ово начело потребно је утврдити ко су дечији родитељи. Лако је утврдити ко је мајка дечија, то је жена која га је родила. Потреба утврђивања мајке јавља се само у случајевима кад она одбаци дете. Ти су случајеви данас врло ретка појава. Међутим, није тако једноставно и лако утврдити ко је отац детињи. Утврђивање ванбрачног очинства може се извршити на два начина: 1) признањем и 2) истраживањем.

(1) Неповољни положај ванбрачне мајке и детета по праву старе Југославије лепо је оцртао др. Д. Аранђеловић (Ванбрачна мати и дете, Београд, 1925).

Признање очинства остварује се изјавом воље којом пословно способно лице на начин прописан законом призна да је отац извесног детета које је рођено ван брака. Признање се може извршити пред матичарем, у јавној исправи и у тестаменту, а важи под условом да се са тим сагласи ванбрачна мајка или старалац детета ако ванбрачна мајка није жива или је нестала. Признање очинства није честа појава, мало је савесних људи који од своје добре воље признају своје ванбрачно дете и тако преузму на себе дужности и обавезе које за собом очинство повлачи.

Само признање не би, дакле, могло довести до решења проблема о утврђивању очинства, јер би отац стварно у већини случајева остао непознат. Ова незгодна појава исправља се на основу установе о истраживању очинства. Истраживање очинства није лака и једноставна ствар. То је тежак, сложен и осетљив проблем. Овај је проблем сложен и тежак због тога што у науци још нема сигурног и непосредног средства да би се тачно могло утврдити ко је отац детета. Овај је проблем осетљив, јер дубоко засеца у најинтимнији живот странака.

И поред ових тешкоћа и незгода, наше право дозвољава да се судским путем истражује очинство (2). То дозвољава у интересу детета, како би оно могло остварити права која му закон према оцу признаје. Ванбрачно дете има интерес да утврди свој лични статус, да утврди своје порекло, да утврди ко му је отац, који би се, заједно са мајком, о њему старао.

Из истих разлога дозвољено је истраживање очинства не само онда ако је мајка имала односе са једним, него ако је имала односе и са више људи (чл. 25 и 26 Закона о односима родитеља и деце). За решавање ових спорова надлежни су срески судови. Право подизања тужбе по члану 25 Закона о односима родитеља и деце признаје се: 1) мајци у име ванбрачног детета док над њим врши родитељско право, 2) стараоцу детета са одобрењем органа старатељства, 3) детету по навршеном пунолетству. Подношење тужбе везано је за рок од 5 година. Мајка и старалац могу подићи тужбу у року од 5 година по рођењу детета, а дете у року од 5 година по навршеном пунолетству. Протеком тога рока овлашћена лица губе право подизања тужбе, да би се тако што пре окончали ови осетљиви спорови. Из овога излази да се тужба не би могла подићи од 5 до 18 године живота ванбрачног детета. То гледиште углавном за-

(2) Совјетско право дозвољава да извесно лице може признати да је отац ванбрачног детета (Указ од 14. III. 1945), али забрањује да се путем суда истражује ко је отац ванбрачног детета (члан 20 Указа од 8. VII. 1944) Држава се стара заједно са ванбрачном мајком о подизању и издржавању детета чији је отац непознат. На тај се начин, са једне стране, заштићује интерес детета, али се са друге стране, штите и несавесни очеви који своје родитељске дужности пребацују на другог.

ступа и наша судска пракса. Значи да дете за време свог малолетства, а услед пропуштања својих законских заступника, може изгубити право да истражује ко му је отац.

Додуше, ванбрачно дете по навршеном пунолетству може да утврђује ко му је отац и да тако исправи грешке и пропусти својих законских заступника. Овим се не решава основни проблем, тј. заштита малолетног детета. За дете је свакако важније да се утврди ко му је отац док је оно још малолетно и неспособно да се о себи стара, него кад постане пунолетно и способно да то само чини. Важно је за време дечијег малолетства утврдити ко му је отац, да би дете према њему могло остваривати своја права.

Сматрам да би било у духу закона кад би се у оваквој прилици признало право подизања тужбе за утврђивање очинства органу старатељства. Овакво тумачење могло би се извести из чл. 18 Закона о односима родитеља и деце, где се прописује да је „орган старатељства дужан предузети потребне мере које захтева интерес подизања детета или заштита његових имовинских и других права и интереса”. У смислу наведеног прописа органу старатељства требало би изузетно признати право да подиже тужбу за утврђивање очинства у случају кад мајка као дечији законски заступник пропусти да то учини било из страха од ванбрачног оца, било због тога што се она са ванбрачним оцем поравнала на штету детета. Орган старатељства могао би овакву тужбу подићи само до пунолетства дечијег, дакле само дотле док се оно налази под нарочитом заштитом државе (3).

Овлашћена лица могу поднети тужбу против једног или против више људи за које претпостављају да би неко од њих могао бити природни отац. У оваквој прилици ситуација са чисто процесне стране је једноставна. Ту долази до примене акузаторско начело, јер суд отпочиње поступак по тужби а не по службеној дужности.

У животу се ствари не дешавају увек у истом смислу. У пракси се често јављају случајеви да се у току поступка установи да је ванбрачна мајка имала односе не само са туженим него и са другим људима. Да ли суд тада може проширити (протегнути) официјелно поступак против свих лица или се је дужан ограничити само на она која су у тужби назначена или накнадно тужена.

Ова ствар још није коначно рашчишћена у нашој судској пракси. Преовлађује мишљење да се поступак може проширити

(3) По норвешком закону од 1915 године мајка је дужна да означи лице са којим је имала односе да би надлежни органи старатељства по службеној дужности повели поступак за утврђивање очинства. По пољском закону од 22. I. 1948 орган старатељства може да подиже тужбу за утврђивање ко је отац ванбрачног детета. Jerzy Jodlowski, *Le Nouveau droit de la famille en Pologne*, *Revue int. des droits comp.*, 1949, I-II, 77.

официјелно и на лица која тужбом нису обухваћена кад постоји основана сумња да би неко од њих могао бити отац дечији. Међутим, има судова који стоје на становишту да се може утврђивати очинство само у односу на она лица која су у тужби наведена или накнадно тужена.

Које је од ова два гледишта исправно? У овој ствари треба се чувати уопштавања, треба правити разлику према томе ко подноси тужбу. Није истоветан случај кад мајка и старалац као законски заступници подижу тужбу у име малолетног детета, и случај кад то чини дете по навршеном пунолетству.

У првом случају треба дозволити да суд по службеној дужности прошири поступак и на лица која нису у тужби наведена, ако то захтева интерес детета и ако постоји основана сумња да би неко од њих могао бити отац дечији. У прилог тога гледишта говоре ови разлози. Основни закон о односима родитеља и деце усваја, додуше, у чл. 25 акузаторско начело да поступак за утврђивање очинства отпочиње по тужби овлашћених лица а не по службеној дужности. Законодавац није овим усвојио круто правило без изузетка и отступања. У чл. 26 отступљено је заиста од овог начела. То јасно произилази из текста који гласи: „Кад се по тужби ради утврђивања очинства детета рођеног ван брака појави сумња ко је од више лица отац детета, суд ће спровести поступак против свих тих лица ради установљења ко је од њих отац детета“. Ово отступање није учињено случајно, нити се ту ради о граматички незгодно израженој мисли. Ово отступање је учињено свесно, законодавац је овде одмерио речи и јасно изразио мисао да суд треба да официјелно прошири поступак и одлуку и на лица која у тужби нису наведена, ако се установи да су имала односе са мајком дећином. Суд не би, додуше, могао покренути поступак за истраживање очинства по службеној дужности, али може проширити поступак по службеној дужности кад је већ поступак стављен у покрет од стране овлашћених лица. Дакле, овде су комбинована два начела, начело акузаторско са начелом официјелног проширења поступка. Ово је комбиновање учињено у циљу што боље заштите интереса детета. Ево зашто. Ванбрачна мајка док врши родитељско право једино је овлашћена да покрене поступак за утврђивање очинства детета. То практично значи да од ње зависи хоће ли уопште и против кога ће подићи тужбу у време малолетства дечијег, дакле, у време када је детету најпотребније да се утврди ко му је отац како би тако могло остваривати права која му закон према родитељима признаје. Ванбрачне мајке, међутим, нерадо подижу тужбу против више лица, јер би то било на уштрб њихова угледа и доброг гласа, значило би да оне јавно признају свој разблудан и разуздан живот.

Кад би се усвојило чисто акузаторско начело, значило би да мајка бира кога ће од својих сажојника тужити суду и означити оцем. Улога би се суда сводила уствари на то да утврди да ли је то тужено лице отац детињи или није. Суд у таквој прилици не би могао да утврђује материјалну истину у правом смислу, да утврђује ко је заиста природни отац. Интерес детета био би на тај начин осетно запостављен. Усвајање оваквог тумачења не би било у складу са нашим позитивним правом које ставља интерес детета у први ред. То начело заштите деце провлачи се као црвена нит, као мисао водиља кроз цело наше позитивно право. Та мисао коју је законодавац поставио у Уставу доследно је спроведена кроз савезне законе и законе народних република.

Без обзира на своје брачно или ванбрачно порекло, деца су под заштитом државе. Судови, јавни тужиоци, старатељски органи и други државни органи дужни су по службеној дужности пазити на заштиту деце и њихових интереса. Штавише друштвене организације и установе, па и грађани дужни су да у том послу буду од помоћи државним органима и да им скрену пажњу на мере које би требало предузети за заштиту деце. У прилог тога довољно је навести ово неколико законских прописа: по чл. 68 Закона о браку суд је дужан одлучити о чувању и васпитању деце по разводу брака њихових родитеља онако како то захтевају интереси дечији; по чл. 21 Закона о усвојењу усвојење може престати кад се утврди да то захтевају оправдани интереси малолетног усвојеника; по чл. 15, 18 и 19 Закона о односима родитеља и деце може се ограничити и изгубити родитељско право ако се не врши у интересу детета; по чл. 31, 32, 33 Закона о старатељству органу старатељства пружаће помоћ државни органи, друштвене организације и грађани да би се што боље заштитили интереси детета; по чл. 10 ст. 2 Закона о Јавном тужиоштву јавни тужилац може поднети тужбу „кад у поступку учествује странка која се налази под нарочитом заштитом државе”. Према томе, и тумачење и мишљење да чл. 26 Закона о односима родитеља и деце комбинује начело акузаторско и начело официјелног проширења поступка потпуно је у складу са оном мисли водиљом нашег позитивног права о стављању детета под заштиту државе.

Овакво тумачење може довести до извесних тешкоћа. На тај се начин омогућује одуговлачење поступка и избијање јавних скандала. Догађају се стварно случајеви да тужени у току поступка истакне да је ванбрачна мајка имала односе још са извесним лицима, а ова опет са своје стране наведу још и друге особе са којим је она имала односе. Ствар се тако заплиће и компликује. Поставља се питање да ли суд у оваквој прилици треба да прошири поступак на сва означена лица или не. Одговор на ово питање може се извести из чл. 26 Закона о односима родитеља и деце. У смислу

тога прописа суд би могао проширити поступак само на она лица за која постоји сумња да би неко од њих могао бити отац детињи. Та сумња мора бити основана, треба да чињенице и околности говоре да је то лице са ванбрачном мајком могло имати односе у критично време зачећа детињег (4).

Ово официјелно проширење поступка не би се могло применити у случају кад дете по навршеном пунолетству подиже тужбу за утврђивање очинства (5). Овде поступак покреће пунолетно лице које не стоји под нарочитом заштитом државе. За разлику од малолетника пунолетна лица су способна да сама штите и оцењују своје интересе. У оваквој прилици суд ће проширити поступак само на она лица која је тужилац у тужби навео или накнадно тужио. Ту је суд дужан придржавати се акузаторског начела и не може официјелно проширити поступак на она лица за која постоји основана сумња, за које чињенице и околности говоре да би неко од њих могао бити отац детињи.

У пракси се појавило питање да ли суд може наставити започети поступак о утврђивању очинства ако тужилац повуче и одустане од тужбе. И овде треба правити разлику ко повлачи тужбу. Да ли тужбу повлачи мајка и старалац као законски заступници малолетног детета или пак дете по навршеном пунолетству. Није редак случај да ванбрачне мајке у току поступка повуку тужбу. Судови тада обично обустављају поступак. Сматрам да то није увек правилно. Ванбрачној мајци не може се дозволити да буде искључив господар спора по питањима ове врсте јер она не подиже тужбу у своје лично име већ у име детета као његов законски заступник. Не може се дозволити да она својом вољом обустави започети поступак. Ванбрачна мајка обично одустаје од тужбе због околности које је притискују. Она то чини или из бојазни да се не извргне руглу због разузданог живота, или пак из страха од кога љубавника, или у споразуму са којим од љубавника. Такав одустанак иде махом на штету детета. Суд би био дужан у оваквој прилици да предузме мере за заштиту интереса детета, а нарочито у случају кад постоји сумња да је неко од тужених отац детињи. То се може постићи на два начина: 1) тражењем од органа старатељства да детету постави нарочитог староца који ће наставити започети поступак и штитити у спору интерес ванбрачног детета; 2) настављањем поступка по службеној дужности. Први начин био би у складу са основним начелима грађанског поступка и са чл. 47 Основног Закона о старатељству. Други начин могао би се донекле бранити од-

(4) Врховни суд ФНРЈ у своме распису од 10. VI. 1950 стоји на истом гледишту. Народни правник, Београд 1950, бр. 3—4, 168; Збирка одлука врховних судова, Београд 1952, бр. 242, 243, 244.

(5) Супротно мишљење заступа Dr Rudolf Sajović, Тоžбе о ugotavljanju nezakonskega očetovstva, Ljudski pravnik, VII, 10—12, 262.

редбом чл. 26 Основног закона о односима родитеља и деце, по коме суд под извесним условима може протегнути поступак и на она лица која у тужби нису наведена. Кад суд може проширити поступак и на лица која нису тужена, он из истих разлога може официјелно наставити поступак који је већ једном стављен у покрет.

Ово не би важило за случај кад ванбрачно дете по навршеном пунолетству повуче подигнуту тужбу. Тада би суд био дужан да обустави поступак, пошто је тужбу подигло лице које више не стоји под нарочитом заштитом државе и које у оваквој прилици може да оцењује своје интересе. Ту се, дакле, треба држати начела да поступак почиње по тужби и да се прекида повлачењем тужбе.

Свакако је најтеже питање како утврдити ко је отац детета кад је мајка имала односе са више људи. Ова тешкоћа изазвала је у упоредном праву три разна решења: 1) не дозвољава се истраживање очинства кад је мајка имала односе са више лица (*excepio plurium*), 2) сва лица која су имала односе са мајком детињом у критично време зачећа осуђују се да солидарно издржавају дете, 3) оглашује се један од тужених оцем детињим.

Прво решење не води рачуна о интересима мајке и детета и даје могућност изигравању. Несавесни отац може наћи пријатеља или плаћеника који пред судом изјаве да су и они имали односе са ванбрачном мајком. Суд на основу чињенице што више људи изјављује да су имали односе са мајком обуставља поступак. На тај начин се ванбрачна мајка излаже руглу, срамоти и трошковима. Ускраћује јој се да утврђује ко је отац који би заједно са њом издржавао дете и водио о њему бригу и старање. Такво решење усвојено је у француском, швајцарском и немачком праву (6).

Друго решење осигурава, додуше, материјалне интересе детета, али га истовремено излаже потсмеху да има не једног него више очева. Оно је незгодно и због тога што се налаже дужност издржавања и онима који не би могли да буду оглашени за оца када би се поступак спровео до краја и утврдила материјална истина. Овакво решење усвојено је у праву Данске и Норвешке, а било је једно време на снази и у праву старе Црне Горе (7). Такво је решење било предложено и у чл. 28 пројекта Закона о односима родитеља и деце.

По трећем решењу суд је дужан по тужби овлашћених лица, а у смислу начела материјалне истине, утврдити природног оца. За

(6) Француски Г. З., § 340; Швајцарски Г. З., § 315; Немачки Г. З. § 1717.

(7) Heinrich Lehmann, Familienrecht, 251. Наредба Врховног суда у Цетињу од 11. IX. 1884 прописује у тачци IV следеће о горе наведеном питању: „Кад више људи са једном женом учини блудство, и она затрудни, дужни су сви заједно плаћати издржавање дјетету до 12 година, а тада од имаћа свију саставити за очинство дјетета 130 талијера“. Зборник зак. и нар. за Црну Гору, 1910, 140.

оца се оглашава онај за кога чињенице и околности то говоре. Према ово решење у довољној мери заштићује интересе детета и мајке, оно, међутим, доводи до тешкоћа у доказивању и истраживању очинства.

По нашем праву које усваја ово треће решење потребно је утврдити приликом истраживања очинства ове три чињенице: 1) време зачећа, 2) лица која су имала са ванбрачном мајком односе за време зачећа и 3) ко је од тих лица отац детињи.

Време зачећа не може се утврдити непосредним доказима. И данас се та ствар утврђује на основу претпоставке да је отац детета онај човек који је имао односе са мајком детињом у критичном периоду зачећа. На основу претпоставке о најкраћој и најдужој трудноћи утврђује се размак времена, период у коме пада зачеће. Тај период износи 120 дана и иде од 180 до 300 дана пре рођења дечијег (8).

Међутим, и чињеница ко је имао односе са мајком детињом утврђује се обично посредним путем. То се може утврдити и закључити на основу извесних околности као саживљења и понашања као муж и жена. Довољно је доказати да се ванбрачна мајка за дуже или краће време саживела са извесним лицем, па да се претпостави да је оно са њом имало односе.

Најтеже је свакако установити чињеницу ко је од тих људи који су имали односе са мајком природни отац.

Решавање оваквих спорова врло је сложено, захтева брижљиво испитивање и постепено рашчишћавање ствари. У првом реду треба искључити оне за које се докаже да нису имали или нису могли имати односе са ванбрачном мајком у критично време зачећа, које пада, како је речено, између 180-ог и 300-ог дана пре рођења детињег. На тај ће начин бити искључени и ослобођени они туженици за које се утврди да нису могли имати односе са ванбрачном мајком за то време или због болести или због неспособности или због одсуства.

То елиминисање у многим случајевима не доводи до решења спора. И поред тога може остати више саложника за које чињени-

(8) Врховни суд БиХ сматра да основни закон о односима родитеља и деце не усваја пресумпцију ванб. оца на основу полног општења. То своје становиште суд образлаже овако: „По многим грађ. законима вреди законска пресумпција, да је тужени ванб. отац детета, ако се докаже да је с матером детета у време зачећа имао сполни однос, тј. да је од задњег сполног сношаја прошло најмање 180 дана (дакле не 210 дана) а не више од 300 дана (О.Г.З., швајцарски, немачки грађ. законик). Наш закон не предвиђа такве пресумпције.“ (Збирка одл. Врх. судова, бр. 238). Ово тврђење Врх. суда није сасвим основано. Закон изрично предвиђа претпоставку о најдужој трудноћи од 300 дана, али не предвиђа претпоставку о најкраћој трудноћи. И ту би се можда могло поставити питање да ли претпоставка о најкраћој трудноћи треба да износи 180 дана или 210 дана.

це говоре да су имали односе у критично време зачећа, и на основу чега се може претпоставити да је неко од њих детињи отац. Треба сада утврдити ко је од тих лица стварно природни отац. При решавању тога питања у новије време у многим државама се служи судска пракса вештачењем на основу анализе крви. Треба одмах истакнути да се на овај начин не може дати позитивно решење ко је од више љубавника отац, него ко од њих није отац. То не пружа позитиван доказ ко је, него негативан ко није отац детињи. На тај се начин не може утврдити него само оповрћи претпоставка о очинству и тако ослободити извесне саложнике од тужбе.

У чему се састоји вештачење анализом крви? У пракси се примењују два начина вештачења анализом крви: а) упоређивањем крвних група, б) упоређивањем крвних фактора (9).

Постоје у основи четири крвне групе: О, А, В, АВ. По својој крви сваки човек мора припадати једној од ових група. Крвне се групе наслеђују. Тако, ако дете има групу АВ, а мајка групу А, онда је искључено да отац детињи може бити лице чија крв припада групи О.

С обзиром на крвне факторе људи се могу поделити у три врсте: оне које имају крвни фактор М, оне које имају крвни фактор N, и оне које имају фактор M. N. Крвни фактори се наслеђују. Тако, ако дете има крвни фактор М а мајка исто тако крвни фактор М, онда отац тога детета не може бити човек који има крвни фактор N.

Ни првим ни другим начином анализе не може се постићи потпуна тачност, извесност, него само велика вероватноћа, јер се приликом анализе могу десити извесне грешке и отступања. Да би се постигао што већи степен вероватноће потребно је вршити анализу крви путем оба метода. Ако један и други метод доведе до истих резултата, тада се може с правом закључити да извесни човек није отац детета. Изгледи искључења очинства на основу ова два метода пењу се на 60%.

Наша судска пракса служи се овим начином вештачења при оспоравању и истраживању очинства. Дакле, вештачење анализом крви стекло је право грађанства у нашој судској пракси. Овде се, међутим, појављују извесне тешкоће. Вештачење се не може изводити на лицу места него у специјалним заводима којих има мало у нашој земљи. Оно је доста скупо и може дати резултате ако је крв свежа. И поред свих недостатака и незгода вештачење анализом крви треба усвојити као доказ о томе ко није отац детињи, као што је то уосталом учињено и у страниј судској пракси (10).

(9) Др. Дим. Ж. Калић, Патернитет и крвне групе, Медицински гласник, Београд 1946, 1, 13 и сл.

(10) René Savatier, Cours de droit civil, Paris 1947, I, 224; Hallanik Sayn, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Leipzig 1935, IV, 319.

У многим случајевима вештачење анализом крви не доводи до коначног решења спора. Питање ко је отац детета остаје често пута и даље спорно и нерешено. Суд у оваквој прилици треба да утврди материјалну истину и да од више саложника огласи за оца онога за кога чињенице и околности највероватније говоре да је природни отац.

Које би чињенице и околности могле послужити у ту сврху? Ту би могле послужити, на пример, следеће чињенице и околности: 1) фактичко саживљење ванбрачне мајке са извесним човеком за цело време трајања критичног периода зачећа, 2) развијеност детета, 3) сличност детета са једним од саложника, 4) признање једног од саложника и 5) исказ ванбрачне мајке.

Такве би чињенице некад саме за себе а некад у сплету са другим околностима могле довести суд до уверења да је извесни саложник отац детињи. До таквог уверења у првом реду могла би да доведе чињеница што је ванбрачна мајка живела у фактичној трајној заједници са извесним саложником за цело време трајања критичног периода зачећа. На основу тога може се претпоставити да је тај саложник и отац детињи, уколико не успе да обори ту претпоставку доказом о својој неспособности и доказом на основу анализе крви.

Некад и развијеност детета може послужити као чињеница при утврђивању очинства. То нарочито вреди за случај кад је ванбрачна мајка имала односе са једним саложником у почетку критичног периода зачећа а са другим при крају тог периода. Ако развијеност детета говори да је оно на време рођено, да је ношено девет месеци, да није недоношче, онда ће та чињеница говорити за то да дете потиче од оног који је живео са ванбрачном мајком на почетку критичног периода зачећа (11).

Даље и сличност једног саложника и детета може послужити као чињеница при утврђивању очинства. То може послужити нарочито у случају ако саложници припадају разним расама, на пример, један белој а други црној раси. Ако је дете црне боје или мелез, онда је највероватније да је црнац отац детета. Тај се пример наводи у страној правној књижевности. У нашим приликама такви се примери вероватно неће догађати. Међутим, доказ по сличности може се применити и у другим приликама. Познато је да се извесне особине и знакови наслеђују. И према томе, ако дете има упадљиво сличне особине са једним од саложника, могло би

(11) Dr. Bertold Eisner, *Porodično pravo*, Zagreb 1950, 182, вели: „да степен развијености дјетета у вријеме рођења оправдава закључак, да је дијете већ било зачето кад је тужени почео са његовом мајком сполни однос“. Ту су чињеницу узимали у обзир и аустриски судови већ одавно при решавању оваквих спорова. Н. Krasnopolski, *Österreichisches Familienrecht*, Wien 1911, 269.

се претпоставити да је тај саложник отац детињи. Код нас има судова који ову чињеницу узимају у обзир при решавању питања о утврђивању очинства ванбрачног детета (12). Такву појаву наилазимо и у страниј судској пракси.

Како решити случај кад један од саложника пред судом призна да је отац детета. Да ли то признање веже суд или је суд слободан да то признање оцењује као и друге доказе. Другим речима, да ли признање очинства учињено у току поступка има исти значај као и признање учињено у смислу чл. 24. Раније је било речи да признање очинства у смислу наведеног прописа важи под условом да је учињено пред матичарем, у јавној исправи или у тестаменту и да се ванбрачна мајка са тим сагласила. Ово признање не треба мешати са оним које се учини пред судом у току расправе. То су две различите ствари, два различита појма, за која у извесним правима постоје и посебни правни изрази (13). Признање које би један од саложника учинио пред судом не веже суд и не сматра се као потпун доказ. Суд је и овде, а у смислу начела материјалне истине, дужан да то признање слободно оцењује и одлучује по своме уверењу. На овај начин се могу избећи случајеви да буде оглашен оцем онај саложник који је извршио признање у договору са другим саложницима, а у циљу да се прикрије истина и оштете интереси детета.

По неким законодавствима исказ мајке сматра се као потпун доказ о очинству на основу начела „*virgini creditur*” (14). Ово начело је чисто формалистичко и може довести до злоупотреба. По нашем праву исказ мајке се цени у вези са другим околностима и чињеницама, и суд према стеченом уверењу доноси одлуку о очинству.

У овој осетљивој и сложеној ствари некад је тешко стећи уверење ко је од више саложника природни отац, јер чињенице и околности поједнако говоре за сваког од њих. Суд, свакако, не може огласити све саложнике за очеве, то наше право не дозвољава. Шта радити у таквом случају. По том питању код нас су

(12) Тако у реферату уз закључак Врховног суда ФНРЈ од 11. IV. 1949, где се истиче потреба да се донесе обавезно тумачење чл. 26 Зак. о односима род. и деце пише: „Ради тачније дискриминације користити она доказна средства која пружа наука, као што је зрелост новорођенчета с обзиром на утврђено време сношаја појединих туженика са мајком затим својство крви детета и презумптивних очева, као и наслеђени телесни биљези...”.

(13) Тако, например, француско право има два израза за ова два појма: *l'aveu, la reconnaissance*.

(14) По норвешком закону од 1915 сматраће се оцем онај човек за кога мајка пред органом старатељства изјави да је отац детињи, ако тај човек у року од четири месеца не подигне тужбу код суда за оспоравање очинства. И у старом француском праву исказ мајке сматрао се као доказ о очинству детета. Colin- Capitant- Morandière, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris 1947, I, 382.

се јавила два мишљења. По једном мишљењу, чл. 26 треба разумети тако да суд не мора донети одлуку о очинству ако му је тешко да стекне уверење који је саложник отац детињи. У таквом случају све саложнике треба ослободити тужбе (15).

По другом мишљењу, при решавању оваквих случајева треба се држати подједнако начела материјалне истине и начела интереса детињих (16). Треба комбиновати ова два начела и огласити оцем онога који ће, с обзиром на своје подобности и способности, најбоље служити заштити интереса детета.

Које мишљење би требало усвојити? Мислим да би усвајање првога мишљења доводило до незгодних решења. На тај би се начин ослобађали саложници на штету детета и мајке само због тога што суд у конкретної ситуацији не може да се определи кога ће огласити оцем. То би истовремено ишло против начела материјалне истине, јер је свакако један од саложника отац детињи и треба према томе неког огласити оцем. Ова ствар се не би могла расправити искључиво применом начела процесног права. Овде треба усвојити предлог заступљен у другом мишљењу и огласити оцем онога саложника који ће најбоље одговарати интересима детета и који ће те интересе најбоље штитити.

Усвајање таквог решења није, уосталом, у супротности са чл. 26 Закона о односима родитеља и деце, ни са духом нашег позитивног права које интересе деце ставља у први ред. Може се приговорити да се на тај начин ствара могућност да се огласи оцем онај који у ствари то није. Те се грешке могу догодити и онда кад се утврђује очинство само по начелу материјалне истине. И тада се може десити да оцем буде оглашен онај који то уствари није. При утврђивању очинства не може се постићи највећи степен истине, извесност, него само мања или већа вероватност, јер очинство се углавном утврђује на основу претпоставака и посредних доказа.

Какве су последице утврђивања очинства? Правоснажном пресудом утврђује се ко је природни отац. Та пресуда има патернитетски, а не само алиментациони карактер. Дете се сматра као рођени син или кћи онога који је оглашен оцем. То лице има иста права и дужности према томе детету као и према својој рођеној деци (чл. 26 Устава ФНРЈ и чл. 3 Закона о односима родитеља и деце). Међутим, Закон о личним именима прави извесну разлику између ванбрачне деце чије је очинство утврђено признањем и оне чије је очинство утврђено судском одлуком. По чл. 5 тога закона

(15) Dr. Milko Gaber, *Pravdni spori za ugotovitev nezakonskoga očetstva*, Ljudski pravnik, Ljubljana 1949, 6—7, 243. Позива се и на одлуку Врховног суда у Љубљани од 29. IV. 1949.

(16) Dr. B. Zlatarić, *Sporovi radi utvrđivanja ili osporavanja očinstva i dokaz pretragom krvi*, Naša zakonitost, Zagreb 1948, 79.

ванбрачно дете може носити име природног оца само ако га је овај признао за своје, под условом да се и мајка са тим сложи. Према томе дете чије је очинство утврђено судском одлуком не би могло носити породично име свога природног оца (17). Оно би то име могло носити само онда ако би тако утврђени отац накнадно признао дете за своје на начин прописан чл. 24 Закона о односима родитеља и деце. Такво решење могло би се извести и из чл. 27 Закона о матичним књигама.

Правоснажна пресуда о утврђивању очинства има повратно дејство. Дете се сматра од рођења као ванбрачни син или кћи човека који је оглашен оцем. Та пресуда као и свака статусна пресуда има апсолутно дејство јер делује према сваком. Статус је недељив, и према томе је за свакога то дете ванбрачни син или ванбрачна кћи онога чије је очинство утврђено.

Пресуда, међутим, није коначна за свакога. Приговор пресуђене ствари могу истицати само она лица која су пресудом обухваћена. Против тих лица не би се могао водити поступак по истом предмету утврђивања очинства. То не важи за друга лица, и она заиста не би могла истицати приговор пресуђене ствари. Тако, например, дете би у року од пет година по свом пунолетству могло подићи тужбу против неког лица које у ранијем поступку није учествовало као парнична странка, и доказивати да је то лице његов отац.

Др. Мехмед Беговић

EXHEREDATIO SUI У ПРВОБИТНОМ РИМСКОМ ПРАВУ

О тестаменту последњих векова републике — тестаменту *per aes et libram* — обавештени смо, захваљујући нарочито Гају, са доста детаља. Познат нам је не само начин на који је *de cuius* могао правити тестамент него и о чему и до које мере је у њему могао чинити наредбе. О првобитном римском тестаменту, међутим, о тестаменту *calatis comitiis*, обавештени смо врло оскудно само преко неколико редова Гаја и Аула Гелија и две одредбе Закона од дванаест таблица. Усто у њима се говори углавном само о форми овога тестамента. О многим другим питањима која су за

(17) На основу ове разлике коју чини закон о личним именима не би се могао извести закључак да одлука суда о утврђивању очинства може да има алиментациони карактер, да дете према тако утврђеном оцу има само право издржавања. Такав би закључак био у супротности са начелима Основног закона о односима родитеља и деце који стоји на становишту да ванбрачна деца без обзира на начин како је утврђено њихово очинство имају иста права и дужности према својим родитељима, према својој мајци (чл. 3, 4, 6, 24, 25 и 26).