

НАЧЕЛО РАВНОПРАВНОСТИ ДЕЦЕ РОБЕНЕ У БРАКУ И ДЕЦЕ РОБЕНЕ ВАН БРАКА У НАШЕМ ПРАВУ

Наше право је став према деци рођеној ван брака и према ванбрачном родитељском односу изразило кроз неколико начела. Прво начело је начело посебне заштите мајке и детета (члан 188. Устава СФРЈ). У члану 190. Устава од 1974. године проширује се друштвена заштита на породицу без обзира на начин њеног настанка, а у члану 190. став 4. прокламује се потпуно изједначење деце рођене у браку и деце рођене ван брака и према родитељима и према свим осталим сродницима.

У складу са начелом друштвене заштите породице и правом и дужношћу родитеља да се старају о својој деци, Устав СФРЈ одређује као уставно право грађанина да слободно одлучује о рођењу деце. Ово право се може ограничити само ради заштите здравља (члан 191).

Ова начела Устава СФРЈ садрже устави република и разрађује породично законодавство.

Појам деце рођене ван брака. — Позитивно одређивање појма деце рођене ван брака разликује се у републикама и покрајинама. Такво дете је у СР Србији и САП Војводини, 1) дете које је родила неударна жена; 2) дете које је родила удата жена после 300 дана по престанку брака; 3) вереничка деца која не испуњавају услове за позакоњење одлуком суда, 4) дете које је родила удата жена у браку или 300 дана по престанку брака а брачно очинство је са успехом оспорено.

Слично је решење усвојено у праву СР Македоније.

Одредбе у ЗОРД САП Косово наводе на закључак да је укинута претпоставка брачног очинства, бар у обиму у којем је постављена ОЗОРД, ЗОРД САП Војводине, ЗОРД СР Србије, и ЗОРД СР Македоније. Деца рођена ван брака и деца која нису позакоњена накнадним браком родитеља или одлуком суда, сматрају се децом родитеља ван брака. За брачно очинство је важан само момент рођења детета¹⁾. Питање је да ли је важан и момент зачећа детета. Чини нам се да јесте. Јер ако је дете зачето у браку а брак престане из било ког разлога (смрт, развод, оглашење брака непостојећим или ништавим) дете је брачно, само што се то мора утврдити у сваком конкретном случају²⁾.

1) ЗОРД СР Србије обавезује покрајине, на основу члана 300 Устава СР Србије, да ово питање регулишу јединствено за целу територију СР Србије (члан 56).

2) Common law, слично континенталним системима, садржи правило да дете не може бити законито ако није зачето у браку. Законитом децом сматрају се деца чији су родитељи у браку у време концепције, чак и када је брак престао пре рођења детета. То важи и за постумуса, као и за дете чији су родитељи разведени пре његовог рођења.

Други случај је да се законитим сматра дете чији су родитељи закључили брак у време рођења детета, а без значаја је да ли је дете зачето пре брака.

Законитим се сматра дете, иако о томе нема изричитих прописа, које је зачето пре брака а родитељи због смрти оца пре рођења детета не закључе брак. У том смислу даље измене чине Legitимасу Act од 1926. и 1959. године.

Предлог Закона о породичним односима СР Хрватске задржао је правило да се брачно очинство претпоставља а очинство деце рођене ван брака утврђује признањем или одлуком суда. Новину у односу на претходне законске текстове представља одредба члана 120. на основу које се брачним дететом сматра и дете чији родитељи закључе брак и после његовог рођења. Објашњење овог решења вероватно лежи у доследном спровођењу момента рођења као одлучујуће чињенице за одређивање статуса детета.

Закон о браку и породичним односима СР Словеније не одређује брачни статус детета већ само претпоставља брачно очинство. Оцем детета рођеном у браку или периоду од 300 дана по престанку брака сматра се муж мајке.

Већина нових законодавстава, осим права СР Македоније и СР Словеније, регулише и случај такозваног „мешања крви“. У СР Србији, САП Војводини, САП Косову и СР Црној Гори дете рођено пре истека рока од 270 дана по престанку претходног брака мајке сматра се брачним дететом мужа из претходног брака, осим ако муж из каснијег брака са пристанком мајке призна дете за своје. Исто решење предвиђа члан 22. ОЗОРД.

Реалније је постављено очинство детета рођеног у каснијем браку мајке у Предлогу Закона о породичним односима СР Хрватске. Оцем детета се сматра муж мајке из другог брака без обзира на време склапања другог брака. Осим тога детету се аутоматски осигурава брачни статус уколико муж мајке из каснијег брака са успехом оспори своје очинство. Оцем детета се сматра муж из претходног брака (чла 190). Уз овај члан предлаже се алтернатива иста као решење из члана 22. ОЗОРД.

Овакво одређење више одговара стварности и проширује круг брачне деце. Коришћене су две претпоставке, за разлику од ОЗОРД, али је решење статуса пребачено са добровољног признања на судско одређивање у оквиру друге претпоставке.

Претпоставка очинства. — Сва законодавства имају претпоставку брачног очинства или претпоставку законитости односно брачности рођења.

Брачно очинство обухвата неколико претпоставки. Прва је претпоставка гестације која значи да је муж имао полне односе са својом женом и да је она оплођена од стране свог супруга. Друга је претпоставка верност а трећа да се дете родило у тренутку који је повољнији за његов статус (*omni meliore momento*), односно претпоставка брачног очинства обухвата и претпоставку да је брачно дете и оно дете које је рођено 300 дана по престанку брака³⁾.

Брачно очинство је законска претпоставка. Закон одређује најдужи и најкраћи рок гестације (180—300 дана) тако да се као критичан период зачећа појављује разлика од 120 дана.

Претпоставка је недељива у погледу својих статусних, алиментационих и наследних дејстава. Ограничено је оборива, јер су одређена лица која имају право на тужбу и рокови. Изузетак је једини закон СР Словеније који омогућава да претпоставку брачног очинства напада свако лице које себе сматра оцем детета, у року од годину дана од уписа очинства у матичну књигу рођених (члан 99). Тиме се знатно нарушава концепција

3) Д. Радоман, Патернитет ванбрачног детета, Гласник АПВ, 1960.5.

претпоставке брачног очинства. Сродство као основ настанка родитељског односа је наглашено. Вероватно се сматрало да нема разлога да се у заштити и даље прави разлика између деце рођене у браку и деце рођене ван брака. По протеку рока она постаје *praesumptio iuris ac de iure*.

Претпоставка ванбрачног очинства значи да се оцем детета сматра онај мушкарац кога мајка означи као оца детета. При томе означавање оца од стране ванбрачне мајке може бити обавезно и мајка се може ослободити своје обавезе само ако докаже оправданост својих разлога пред органом старатељства, као и способност да се сама стара о свом детету⁴). Друго решење би остављало право мајци да слободно одлучи да ли ће означити оца свог детета, што је прихватљивије, јер нема начина да се мајка присили на ову изају. Ова претпоставка је конструисана по аналогiji са претпоставком брачног очинства и ограничено је оборива.

Претпоставка да се ванбрачним оцем сматра оно лице које је са мајком детета имало односе у време зачећа или, аналогно роковима при одређивању брачног очинства, у легалном периоду концепције није претпоставка ванбрачног очинства у већ изнетом смислу⁵). Заостатак је схватања о деликатној природи тужбе за утврђивање очинства. Обарала би се чињеницама које говоре у прилог немогућности зачећа односно мале вероватноће да је дете зачето баш у том односу.

Ако се за основ претпоставке узме време зачећа, онда рок од 180 до 300 дана није потребан. Легални период концепције омогућује да се као могући очеви појаве сви мушкарци који су у периоду од 120 дана долазили у контакт са мајком детета. У ОЗОРД (члан 24) ова претпоставка не постоји.

Изузетак је члан 12. ЗОРД СР Македоније који каже: „Оцем детета који је са мајком детета одржавао полне односе у периоду од најмање 180 до 300 дана пре рођења детета сматра се тај мушкарац, уколико се супротно не докаже.

При утврђивању очинства суд посебно треба да има у виду заједнички живот и међусобне односе мајке детета и туженог пре рођења детета, као и друге доказе који указују да је тужени отац детета.

Ако мајка докаже постојање полних односа у критичном периоду и под претпоставком да се тестови крви покажу неутралним, тај мушкарац ће се сматрати оцем детета.

Судско истраживање очинства је директан законски пропис који онемогућава стварање било какве претпоставке патернитета. Претпоставка је у интересу детета али је питање, докле у савременим условима, бар што се тиче нашег правила, треба ићи против начела материјалне истине. Правне претпоставке су средства правне технике која припадају прошлости кад су у свету у којем се живело биле мање доступне сазнајне могућности. Сада, када праву стоје на располагању егзактне научне методе од великог доказног значаја, није оправдано да се ванбрачно дете, у условима правне једнакости са децом рођеном у браку, лиши правне истине под изговором да је то у интересу детета.

Занимљив је случај такозваног *pertuberatio sanguinis*. Оцем детета сматра се муж из првог брака ако се дете роди 270-ог дана по престанку

4) А. Михановић, Породничноправна заштита малолетника у социјалистичком државном поретку, дисертација, Загреб, 1965, страна 102.

5) Сличне одредбе постоје у Закону о породици Чехословачке (члан 54), Закону о породици и старатељству Пољске (члан 85 став 1), Швајцарском грађанском закоником (члан 314).

брака, осим у случају да муж мајке из другог брака не призна дете за своје уз пристанак мајке. Уколико би мајка ускратила свој пристанак, муж из другог брака има право да покрене поступак за утврђивање очинства а позитивна судска одлука заменила би сагласност мајке. То је једини случај кад се брачно очинство утврђује а не претпоставља. Како је све то прилично произвољна конструкција, излаз не видимо у омогућавању и мужу из претходног брака да по протеку рока од 270 дана оспорава очинство; већ у радикалном ставу при разрачунавању са претпоставкама овакве врсте.

— *Утврђивање ванбрачног родитељског односа.* — Брачни родитељски однос утврђује се на основу законске претпоставке „Pater vero”. Породично законодавство предвиђа два начина утврђења ванбрачног родитељског односа-признање и утврђивање родитељског односа судским путем:

Признање је формална изјава воље којом се декларише ванбрачни родитељски однос између лица које је дало признање и одређеног детета.

Ново републичко законодавство регулише признање материнства (члан 31. ЗОРД СР Србије, члан 35. ЗОРД САН Војводине, члан 25. ЗОРД САН Косово, члан 6, став 2. ЗОРД СР Македоније, члан 95, Закона о браку и породичним односима СР Словеније, члан 33. СР Црне Горе и члан 150. и 151; Предлога Закона о породичним односима СР Хрватске).

Ново републичко законодавство поред измена које се односе на услове за признање очинства, оспоравање и поништење, унело је једну новину која омогућава брзо утврђивање ванбрачног очинства на принципу добровољности. Реч је о праву мајке да означи оца детета рођеног ван брака приликом пријаве рођења детета. Ово право и дужности мајке предвиђају сви новодонети законски текстови, осим ЗОРД СР Македоније. Осим Предлога Хрватске, друге републике које су предвиделе ово право мајке не траже посебну форму за ту изјаву. С обзиром да није реч о претпоставци ванбрачног очинства, изгледа да је посебно одређивање форме непотребно. Ако означено лице изјави да није отац детета или се не јави, из било ког разлога, у року од 30 дана, очинство се може утврђивати само у поступку пред судом.

У ОЗОРД истраживање материнства није изричито регулисано, али га предвиђа члан 22. и 29. Закона о матичним књигама. У новом породичном законодавству СР Србије (члан 31), САН Косово (члан 25), САН Војводине (члан 35), и СР Словеније (члан 95) материнство се утврђује према одребама које важе за утврђивање очинства. У СР Македонији (члан 6) и СР Хрватске (чланови 150. и 151) посебно се предвиђа само случај истовременог оспоравања и утврђивања материнства, при чему се утврђивање појављује као генусни појам и за признање и за истраживање материнства одлуком суда.

Допуштено је истраживање очинства судским путем у свим републичким прописима, осим ако је дете зачето вештачким путем. Једино ЗОРД СР Македоније (члан 18) предвиђа само забрану оспоравања брачног очинства у случају да је мајка са писменом сагласношћу мужа оплођена вештачким путем.

У погледу легитимације и рокова за судско утврђивање родитељског односа постоје знатне разлике у републикама и покрајинама, а нарочито су битне разлике у односу на права ванбрачне мајке према утврђеном оцу.

Начело равноправности деце рођене у браку и деце рођене ван брака и право на слободно одлучивање о рађању деце — У складу са начелом друштвене заштите породице и правом и дужношћу родитеља да се старају о својој деци, Устав СФРЈ од 1974. године одређује као уставно право грађанина слободно одлучивање о рађању деце, које се може ограничити само ради заштите здравља (члан 191). Право на слободно одлучивање о рађању деце ма колико да је широко постављено, има одређене цивилизацијске оквире и подразумева постојање обавеза и одговорности. Али не улазећи у теоријска разматрања о правној природи права на слободно одлучивање о рађању деце, покушаћемо да одредимо однос овог права и начело равноправности деце рођене ван брака са децом рођеном у браку.

Равноправност деце рођене у браку са децом рођеном ван брака остварена је тек у социјалистичким земљама. Принцип моногамије је задржан али се квалитативно мења, јер се може посматрати само ако се има у виду и принцип једнакости мушкарца и жене. Он се институционализује у установи брака у коју мушкарац и жена улазе својом слободном одлуком. Слободу одлуке детерминишу како индивидуални тако и друштвени услови. Социјализам покушава да еманципује брак од економских мотива или било каквих облика присиље, али ова законодавства задржавају као прећутну претпоставку одржавање полних односа унутар брачне заједнице, без обзира да се у браку рађају деца, што је раније под утицајем приватне својине, религије, и других фактора, био императив за брак.

Овакво постављен принцип моногамије мења унутар-брачне односе али ништа ново не доноси у погледу ванбрачних заједница, које су остале ван директног законског регулационог и право их само посредно дотиче путем изједначења деце рођене ван брака са децом рођеном у браку, у установи позаконења и поступку за судско истраживање очинства.

Наше право је том смислу отишло корак даље, па је Закон о браку и породичним односима СР Словеније потпуно изједначио брак и ванбрачну заједницу под одређеним условима (члан 12) а Предлог Закона о породичним односима СР Хрватске признао је ванбрачним заједницама лично-имовинска и имовинска дејства која производи брак под одређеном условима (члан 258. и 346)⁶⁾. Слично решење као Предлог Хрватске заступљено је у Нацрту Закона о породици СР Србије.

Право на слободно одлучивање о рађању деце може се остваривати само у условима потпуније једнакости деце рођене у браку и деце рођене ван брака. Отуда се прво не поставља питање да ли је брак „контраиндикација“ за остваривање права на планирање породице, већ да ли у нашем праву постоје услови за потпуно оживотворење начела равноправности деце без обзира на основ настанка породице. Другачије постављање проблема упростило би садржину брака на *ratio generandi* брака и захтевало би преиспитивање моралног циља брака.

6) Члан 12. Закона о браку и породичним односима гласи. „Животна заједница мушкарца и жене, који нису закључили брак а која траје дуже време, има за њих исте правне последице по овом закону као да су закључили брак, није било разлога због којих би брак био неваљан . . .”

Предлог Закона о породичним односима СР Хрватске предвиђа право на издржавање ванбрачног друга ако је поред општих услова за издржавање подизао заједничку децу (члан 258). Уз овај члан постоји алтернатива, где се право на издржавање даје ванбрачном другу из дугогодишње заједнице ако се код њега на чувању и одгоју налазе заједничка деца. У члану 346. ванбрачном другу из заједнице која је трајала дуже од три године признаје се право на заједничку имовину.

Закључци. — Уставне одредбе омогућују потпуно изједначење деце рођене у браку и деце рођене ван брака. Породично законодавство разрађује уставне принципе али задржава разлику у погледу утврђивања родитељског односа деце рођене у браку и деце рођене ван брака.

— Појам деце рођене ван брака разликује се по републикама и покрајинама, зависно од става законодавца у односу на потребу регулисања статуса деце када мајка по разводу брака закључи нов брак у којем се роди дете и даље задржавање установе позаконења. У свим законодавствима, изузев ЗОРД САП Косово, за статус детета је значајан момент рођења детета.

— Брачни родитељски однос одређује се на основу законске претпоставке „*Pater vero...*” која је ограничено оборљива. Ванбрачни родитељски однос утврђује се признањем или правноснажном судском одлуком. Ново републичко законодавство унело је измене у погледу услова за признање, оспоравање и поништење признатог родитељског односа. Знатне су разлике у односу на легитимацију, и рокове за судско истраживање родитељског односа, као и права ванбрачне мајке према утврђеном оцу у републикама и покрајинама.

— Право на слободно одлучивање о рабању деце може се остваривати само у условима једнакости деце рођене ван брака са децом рођеном у браку. С обзиром да је наше породично законодавство засновано на начелу моногамије и чињеници сродства, то нам изгледа да је прихватљиво ублажавање разлике у утврђењу родитељског односа утврђењем утврђивања очинства деце рођене ван брака по службеној дужности, а не увођењем претпоставке ванбрачности или укидањем претпоставке брачности. Односи родитеља и деце су такве природе да је стабилност односа *sine qua non* за његово правилно и друштвено одговорно остваривање. Свест о организованој друштвеној заштити утицала би да се смањи број неодговорних очева, број насилно умрле деце и тешке психичке и социјалне последице које изазива ванбрачно рабање.

Могуће је предвидети изузетак од утврђивања очинства по службеној дужности уколико родитељ код кога се налази дете наведе оправдане разлоге због којих не жели да се утврди други родитељ. Разлоге би ценио орган старатељства у складу са интересом детета.

мр Марина Јањић-Комар