

Dr. sc. Boris Krešić, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Mr. sc. Agnesa Jaganjac,
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

UTVRĐIVANJE BRAČNOG I VANBRAČNOG OČINSTVA/ MATERINSTVA I PRAVO DJETETA DA ZNA SVOJE PORIJEKLO

U Bosni i Hercegovini bračno i vanbračno očinstvo se može utvrditi sudskim i vansudskim putem. Vansudski put podrazumijeva primjenu pravne pretpostavke kod bračnog očinstva i priznanje u slučajevima kada se radi o vanbračnom očinstvu. Sudskim putem može utvrđivati vanbračno očinstvo onda kada otac ne želi priznati dijete ili kada se radi o osporavanju bračnog očinstva utvrđenog primjenom pravne pretpostavke ili priznanjem. Postupak za utvrđivanje očinstva pred sudom mogu pokrenuti samo aktivno legitimisana lica, koja su taksativno navedena u zakonu. Neka od ovih lica su ograničena zakonskim rokovima na podnošenje tužbe.

Pravo djeteta da zna roditelje i uživa njihovu zaštitu zagarantovano je Konvencijom o pravima djeteta, tačnije u članu 7 Konvencije. Evropski sud za ljudska prava, je zauzeo stav da je pravo na saznanje porijekla u direktnoj vezi sa članom 8 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim je zagarantovano pravo na privatni i porodični život. Bosna i Hercegovina je, kao potpisnica mnogih konvencija, između ostalih i Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i Konvencije o pravima djeteta, obavezna iste direktno primjenjivati zajedno sa svim njihovim protokolima.

U radu se postavlja pitanje da li se propisivanjem rokova za podnošenje tužbe za utvrđivanje očinstva krši pravo na saznanje porijekla djeteta, kao i da li onemogućavanje primjene pravne pretpostavke na vanbračno očinstvo dovodi do diskriminacije vanbračnog djeteta. U radu će se analizirati usklađenost porodičnih zakona u BiH u pogledu odredaba koje se odnose na utvrđivanje bračnog i vanbračnog očinstva, te usklađenost istih sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i Konvencijom o pravima djeteta.

Ključne riječi: bračno očinstvo, vanbračno očinstvo, porijeklo djeteta, priznanje očinstva.

Uvod

Najznačajniji međunarodni dokument kojim se uređuju prava djeteta je Konvencija o pravima djeteta¹ (u daljem tekstu: Konvencija). Bosna i Hercegovina

¹ Konvencija o pravima djeteta preuzeta sa web stranice: <https://www.unicef.org/bih/media/676/file/Konvencija%20o%20pravima%20djeteta.pdf>, dana 05.06. 2019. godine. Ista je usvojena na Generalnoj

(u daljem tekstu BiH) je Konvenciju preuzela notifikacijom o sukcesiji 23.11.1993. godine, što je prema međunarodnom pravu stvorilo obavezu da se Konvencija implementira u domaće zakonodavstvo. To znači da BiH ima obavezu da uskladi svoje zakonodavstvo i preduzme sve neophodne korake da osigura efikasnu implementaciju ugovornih odredbi iz Konvencije.

Nadležnost za donošenje propisa iz porodično-pravne oblasti u BiH je na nivou entiteta i Brčko distrikta BiH. U tom smislu u BiH oblast utvrđivanja očinstva uređuju tri porodična zakona, i to: Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine² (u daljem tekstu: PZ FBiH), Porodični zakon Republike Srpske³ (u daljem tekstu: PZ RS) i Porodični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine⁴ (u daljem tekstu: PZ BD BiH). Prilikom donošenja navedenih porodičnih zakona u BiH uglavnom su ispoštovana načela Konvencije. Prava djeteta su stavljena u prvi plan u svakom predmetu u kome se djeca pojavljuju kao subjekti, uz poštovanje standarda najboljeg interesa djeteta.⁵ Pored same Konvencije, prilikom donošenja porodičnih zakona u obzir su uzeti i akti koje je donijela Evropska unija i Vijeće Evrope, te dotadašnja praksa Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP).⁶ Postojanje tri porodična zakona u BiH dovelo je do različitih uređenja pojedinih instituta, a što se odnosi i na institut utvrđivanja očinstva. PZ FBiH i PZ BD BiH ustanovu utvrđivanja očinstva uredili su u skladu s tadašnjim važećim propisima uporednog i evropskog prava, dok je PZ RS, za razliku od druga dva zakona, tek neznatno izmijenjen u odnosu na ranija rješenja.⁷

Za predmet analize ovoga rada uzet je član 7 Konvencije u kojem je propisano da djetetu, kao posebnom subjektu međunarodnog prava, pripada pravo da zna svoje porijeklo, odnosno da zna ko su njegovi roditelji i da se isti brinu o njemu. Članom 7 Konvencije garantuje se pravo djeteta na saznanje svog porijekla.⁸ Prema stavu 1. navedenog člana dijete treba da bude registrovano odmah po rođenju te ima pravo da zna ko su mu roditelji „ukoliko je to moguće“. Prema tome, odredbama Konvencije preferira se pravni roditeljski odnos koji je djelomično apstrahirao pravo djeteta na saznanje vlastitoga porijekla. Pravo na saznanje porijekla nije apsolutno. U ostvarivanju ovoga prava mora se poštivati i interes drugih lica. Naime, ovo

skupštini Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989. godine.

2 Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine „Službene novine Federacije“ br. 35/05, 41/05 i 31/14.

3 Porodični zakon Republike Srpske „Službeni glasnik RS“ br. 54/02, 41/08 i 63/14.

4 Porodični zakon Brčko Distrikta BiH „Službeni glasnik BD BiH“ br. 23/07.

5 Bubić, S., *Opšti trendovi u promovisanju najboljeg interesa djeteta – usvojenika*, Zbornik radova - Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog“, Mostar, 2012., str. 72. i 73.

6 Bubić, S., *Uticaj Evropskog prava na porodično pravo u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova – Razvoj porodičnog prava od nacionalnog do evropskog, Mostar, 2013., str. 27.

7 Ibid, str. 29.

8 Član 7 Konvencije glasi:

„1. Dijete će biti registrirano odmah nakon rođenja i imat će od rođenja pravo na ime, pravo na državljanstvo, i, koliko je to moguće, pravo da poznaje svoje roditelje i da se oni brinu za njega.

2. Države potpisnice će osigurati implementaciju tih prava u skladu sa svojim nacionalnim zakonima i svojim obavezama prema relevantnim međunarodnim instrumentima u ovoj oblasti, naročito tamo gdje bi dijete bilo bez državljanstva.“

djetetovo pravo ipak je ovisno o volji njegovih roditelja, jer se „službeni“ roditeljski odnos „pretpostavlja“ pravu djeteta - („...nakon rođenja ...mu se mora garantovati... koliko je to moguće, pravo da zna za svoje roditelje i da uživa dječja prava).⁹ U tom kontekstu potrebno je analizirati u kojoj mjeri pojedinačna prava jednog subjekta – oca, mogu uticati na prava drugog subjekta – djeteta. Odnosno u radu će se fokusirati na dužnosti i prava jednog roditelja u ovom slučaju oca na jednoj strani te prava djeteta da zna svoje roditelje na drugoj strani.

U radu ćemo dati odgovor na pitanje da li ograničenje rokovima za aktivno legitimisana lica u slučajevima utvrđivanja/osporavanja očinstva ili onemogućavanje muškarcu koji sebe smatra ocem da osporava bračno očinstvo može dovesti do povrede člana 8 Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljem tekstu: EKLJP), i kakve bi to u konačnosti posljedice imalo? Odredbom člana 8 stav 1 EKLJP je propisano da “Svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.”, što na određeni način predstavlja garant, kako djeci za ostvarenjem njihovog prava na saznanje istine o porijeklu, prava na porodični život i sticanje svih pripadajućih im prava po toj osnovi.¹⁰ Evropski sud za ljudska prava ima široku nadležnost nad dječjim pravima.

Pored razmatranja prava na poštovanje porodičnog života u slučajevima utvrđivanja bračnog očinstva u radu će se pokušati dati i odgovor da li moguće izjednačiti bračne i vanbračne partnere u pogledu primjene pravne pretpostavke prema kojoj je majčin muž odnosno njen izvanbračni partner otac djeteta.

1. Nastanak roditeljskog odnosa u Bosni i Hercegovini

Pravo na saznanje vlastitoga porijekla posmatra se kroz dva segmenta ljudskog života: kao specifično pravo djeteta kojem je svrha njegova zaštita u vrijeme odrastanja i razvoja, te kao prirodno pravo čovjeka (i nakon punoljetnosti) u sklopu prava na identitet i pripadnost određenoj srodničkoj i društvenoj skupini.¹¹ U svrhu ovoga rada nama je bitan prvi segment koji se odnosi na pravo djeteta u pogledu njegove zaštite u vrijeme odrastanja i razvoja. Utvrđivanje majčinstva i očinstva dovodi do uspostavljanja roditeljskog odnosa, što u pravilu vodi do ostvarenja principa najboljeg interesa djeteta. Hoće li se biološko i pravno roditeljstvo podudarati zavisi od volje osoba koje mogu učestvovati u postupcima utvrđivanja očinstva/materinstva i životnih okolnosti.

Roditeljski odnos nastaje prirodnim putem i pravnim putem. Prirodni put je rađanje djeteta, a pravni usvojenje. Roditeljski odnos zasniva se u braku ili van braka, zavisno od činjenice da li su roditelji djeteta u vrijeme začeća ili rođenja djeteta bili u braku ili ne. Koncept nuklearne porodice, u kojoj se porodica sastoji od oca (muža), njegove supruge i njihove djece, vuče svoje porijeklo od stare Grčke i

9 Galić, Ž., *Pravo na saznanje podrijetla i najbolji interes djeteta*, str. 117. Rad je preuzet sa web stranice: <https://core.ac.uk/download/pdf/153449529.pdf>, dana 25.05.2019. godine.

10 Jakovac-Lozić D., *Prosudbe Europskog suda za ljudska prava temeljene na dosezima suvremenih dokaznih sredstava u paternitetskim postupcima*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 61 No. 4, 2011., str 1134.

11 Galić, Ž., op. cit., str. 115..

Rima. Pravna pretpostavka *pater is est quem nuptiae demonstrant* (u daljem tekstu - pravilo „*pater est*“) - otac je onaj na koga brak ukazuje, potiče još iz 16. stoljeća,¹² a primjenjuje se, ne samo u porodičnom zakonodavstvu BiH, nego i u većini porodičnih zakonodavstava u Evropi, kao što su švicarsko, grčko, italijansko, rusko, te zakonodavstvo nordijskih zemalja. Ustanovljena je u interesu djeteta, kako bi se lakše utvrdilo porijeklo djeteta od oca, tj. kako bi se osigurala sigurnost porodičnih odnosa. Važnost pravila „*pater est*“ je priznata i od strane Evropskog suda za ljudska prava koji je, u predmetu Berrehabu protiv Holandije,¹³ utvrdio da u slučaju braka, zasnovanog na konceptu porodičnog života utvrđenom u članu 8 EKLJP, dijete rođeno u takvom odnosu je *ipso iure* dio istog; dakle, sama činjenica rođenja djeteta dovodi do zaključka da postoje određene veze između djeteta i roditelja koji čine „porodični život“, čak i kada roditelji ne žive zajedno.¹⁴

Međutim, pravilo „*pater est*“ ne odgovara na sva pitanja koja se pojavljuju u današnjem postmodernom društvu u vezi sa uspostavljanjem roditeljstva, odnosno slučajevima saznanja porijekla. Šta sa svim onim slučajevima kada suprug majke nije biološki otac djeteta; koje lice, u slučaju spora, treba imati prioritet da postane zakonski otac djeteta: suprug/partner majke koji nije biološki otac djeteta, ili biološki otac djeteta? Može se postaviti pitanje da li se vanbračni partner može upisati kao otac djeteta na osnovu pravila „*pater est*“? Porodični zakoni u BiH ne označavaju djecu kao rođenu u braku ili van braka, odnosno kao bračnu i vanbračnu, nego u pretpostavci očinstva koriste sintagmu „dijete rođeno u braku“.¹⁵ Jedina razlika između djece koja su rođena u braku odnosno van braka jeste vrijeme uspostavljanja roditeljskog odnosa. Uprkos načelu izjednačavanja bračne i vanbračne djece, po pravnoj prirodi stvari, postoji razlika u utvrđivanju roditeljstva bračnog i vanbračnog djeteta.¹⁶ Dijete koje potiče iz braka sa svojim roditeljima uspostavlja odnos samim rođenjem, dok dijete rođeno van braka odnos uspostavlja naknadnim utvrđivanjem roditeljstva, tj. očinstva, osim u slučaju da je priznanje očinstva prethodilo rođenju.

U daljem izlaganju u radu će se analizirati samo utvrđivanje bračnog i vanbračnog očinstva. Napominjemo da je u sudskim postupcima utvrđivanja bračnog očinstva prethodno neophodno osporiti bračno očinstvu licu koje je upisano u matičnu knjigu kao otac djeteta na osnovu pravila „*pater est*“.

1.1. Pravna pretpostavka bračnog očinstva

Postojanje braka i vrijeme rođenja djeteta su dva elementa koja su od krucijalnog značaja za određivanje statusa djeteta. Postojanje braka je dovoljno ukoliko je dijete

12 Trimmings K., BeaumontScherpe P., *Parentage and surrogacy in a European perspective*, Family Law, Volume III - Family Law in a European Perspective, Edward Elgar Publishing, 2016., str. 237.

13 Predmet Berrehab protiv Nizozemske, Aplikacija broj: 10730/84, Predmet preuzet sa web stranice: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22SRP%22\],%22appno%22:\[%2210730/84%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-94210%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22SRP%22],%22appno%22:[%2210730/84%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-94210%22]})

14 Para-§ 21. Predmet Berrehab protiv Nizozemske

15 Bubić, S., Traljić, N., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., op. cit., str. 28.

16 I. Panov S., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010., str. 163.

rođeno u toku trajanja braka, a u slučaju rođenja djeteta po prestanku braka je važno i vrijeme rođenja djeteta. Dijete rođeno u vrijeme trajanja braka će se smatrati bračnim bez obzira da li je začeto prije ili poslije sklapanja braka. Djetetu koje je rođeno u braku očinstvo se ne utvrđuje priznanjem ili u postupku pred sudom, jer se primjenjuje pravilo „*pater est*“.¹⁷ Da bi se primijenilo pravilo „*pater est*“ neophodno je da je dijete rođeno u postojećem braku.¹⁸ Ukoliko se ustanovi da je brak bio nepostojeći, smatrat će se da je dijete rođeno van braka obzirom da takav brak ne proizvodi pravno dejstvo, dok u slučaju poništenja braka dijete neće izgubiti bračni status koji je ranije steklo.¹⁹

Dijete rođeno nakon prestanka braka će steći status bračnog djeteta samo ukoliko bude rođeno u periodu do 300 dana od prestanka postojećeg ili ništavog braka.²⁰

Pravilo „*pater est*“ se na specifičan način primjenjuje u slučajevima kada žena neposredno po prestanku braka zaključi novi brak i u njemu, prije isteka roka od 300 dana od dana prestanka prethodnog braka rodi dijete, kao ni u slučaju kada je žena odnosno majka djeteta u vrijeme rođenja djeteta imala sklopljena dva braka, jedan ništav i jedan punovažan. U prvom slučaju radi se o sukobu dvije pretpostavke, a to su pretpostavka o mužu majke iz ranijeg braka kao ocu djeteta (obzirom da je dijete rođeno unutar roka od 300 dana od prestanka tog braka) i pretpostavke o mužu majke iz kasnijeg braka kao ocu djeteta (pošto je dijete rođeno za vrijeme trajanja tog braka). U porodičnom zakonodavstvu u BiH nije na jedinstven način uređeno pitanje sukoba bračnog očinstva. U PZ FBiH propisano je da će se u datom slučaju ocem djeteta smatrati muž majke iz kasnijeg braka.²¹ Ovakvo rješenje odgovara stanju u praksi obzirom da do razvoda ranijeg i sklapanja kasnijeg braka najčešće dolazi iz razloga što dijete nije začeto sa mužem iz ranijeg braka, te iz toga proizilazi da je ovakvo rješenje povoljnije za dijete.²² Prema PZ RS ako je dijete rođeno u kasnijem braku majke, ali prije isteka roka od 270 dana po prestanku njenog prethodnog braka, ocem će se smatrati muž majke iz prethodnog braka, osim ako muž majke iz kasnijeg braka sa njenim pristankom prizna dijete za svoje.²³ Za razliku od rješenja u PZ FBiH i PZ RS u Republici Srbiji primjenjuje se kriterij bračnog statusa u trenutku rođenja djeteta.²⁴ U PZ BD BiH ovo pitanje zakonodavac nije uređio pa ostaje upitno kojoj pravnoj pretpostavci će se u praksi dati prednost. Hrvatski zakonodavac ostavio je mogućnost priznanja djeteta od strane muškarca koji se smatra ocem djeteta rođenog za vrijeme trajanja braka ili u razdoblju do 300 dana od prestanka braka razvodom ili

17 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 30.

18 Bitno je napomenuti da se i djeca iz ništavog braka smatraju bračnom, i to zbog toga što ništav brak proizvodi sve pravne posljedice punovažnog braka do momenta pravosnažnosti presude o poništenju braka. I. Panov S., str. 166.

19 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 31.

20 Član 54 stav 1 PZ FBiH, Član 50 stav 1 PZ BDBiH, Član 109 stav 2 PZ RS.

21 Član 54 stav 2 PZ FBiH,

22 Bubić, S., Traljić, N., str. 36.

23 Član 109 stav 4 PZ RS.

24 Porodični zakon Republike Srbije, "Službeni glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015., Član 45 stav 3: „Ocem deteta koje je rođeno u novom braku smatra se muž majke deteta iz tog braka“.

poništenjem uz pristanak majke i majčina muža.²⁵ Na ovaj način hrvatski zakonodavac daje mogućnost da se pravilo „*pater est*“ pobije pristankom majke i majčina muža na priznanje biološkog oca. Talijanski zakonodavac normira mogućnost da majka, koja je u braku, u trenutku upisa djeteta u matičnu knjigu rođenih može izjaviti da njeno dijete nije bračno, pri čemu se automatski isključuje pretpostavka bračnog očinstva, i muž majke ne može biti upisan kao otac djeteta.²⁶ Možemo reći da se na ovaj način daje prednost biološkoj činjenici u odnosu na pravnu pretpostavku.

Drugi slučaj u kojem se ne može primijeniti pravilo „*pater est*“ jeste onaj u kome je majka u vrijeme rođenja djeteta bila u dva braka, pri čemu je jedan od pomenuta dva braka ništav zbog postojanja bračne smetnje bračnost a drugi je punovažan. Porodični zakoni u BiH ne normiraju koje lice će se u ovom slučaju smatrati ocem djeteta, te s toga ostaje mogućnost različitog rješavanja u praksi. S jedne strane, činjenica da majka djeteta živi u zajednici sa drugim mužem te da se on najčešće upisuje u matičnu knjigu rođenih kao otac djeteta ide u korist stavu da je upravo on biološki otac djeteta. Kada govorimo o pomenutim slučajevima, potrebno je navesti da je „mogući argument za stajalište da je djetetov otac majčin muž iz ranijeg braka doslovna primjena presumpcije o bračnom očinstvu; a argumenti za stajalište da je djetetov otac muž iz kasnijeg braka očituju se u savremenim zahtjevima i trendovima koji ističu da zakonodavna rješenja i prosudbe pravne prakse trebaju davati veću važnost budućem statusu i potrebama članova obitelji, te da se ponajprije vrednuje i uvažava dobrobit i obiteljskopравни status djeteta (roditelji su u braku).“²⁷

Pravilo „*pater est*“ primjenjuje se i u onim slučajevima kada je roditeljstvo muža, u odnosu na okolnosti slučaja, nemoguće ili nevjerovatno. Muž majke djeteta će se i dalje smatrati ocem djeteta, pri čemu se pomenuta nemogućnost može ogledati u fizičkoj razdvojenosti bračnih partnera ili njihovom narušenom odnosu iz kojeg proizlazi da muž majke ne bi mogao biti biološki otac djeteta. Očinstvo koje je upisano na osnovu pravila „*pater est*“ je neovisno od genetskog faktora, te se pitanje očinstva postavlja tek ukoliko se bračno očinstvo utvrđuje i osporava. Da li je opravdana primjena pravila „*pater est*“ i u onim slučajevima kada to očigledno ne odgovara biološkoj stvarnosti? Treba li omogućiti muškarcu koji se smatra ocem djeteta kao i ocu djeteta (upisanog na osnovu pravne pretpostavke) da može uvijek, bez bilo kakvih ograničenja u pogledu rokova, osporavati pravilo „*pater est*“, odnosno osporavati bračno očinstvo?

Pred Apelacionim sudom u Novom Sadu,²⁸ tužitelj je kao otac djeteta bio upisan primjenom pravila „*pater est*“ s obzirom da je u trenutku rođenja djeteta bio u braku sa majkom A.B., koja je u međuvremenu zasnovala životnu zajednicu sa drugim muškarcem, i u toku trajanja iste postala majka. U trenutku rođenja djeteta

25 Obiteljski zakon Narodne novine br. 103/15 na snazi od 01.11.2015., Član 61 stav 3.

26 Giovanna Cubeddu Wiedemanncherpe M., *The changing concept of 'family' and challenges for family law in Italy*, European Family Law, Volume II, Edward Elgar Publishing Limited, 2016., op. cit., str. 174.

27 Galić, Ž., *Srodstvo u obiteljskim odnosima u kontekstu aktualnosti de lege ferenda*, Zbornik radova, Naučni skup, Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do Evropskog, 2012., str. 106.

28 Presuda Apelacionog suda Novi Sad Gž2.138/16 od 01.03.2016. godine, preuzeto s <https://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/1076-gz2-138-16>.

brak između tužioca i tužene A.B. još nije bio razveden, a u matičnu knjigu rođenih je kao otac djeteta upisan tužilac, za šta je isti saznao krajem 2006. godine kada mu je tužena A.B. pokazala izvod iz matične knjige rođenih. Dakle, bez obzira na postojanje životne zajednice koju je majka djeteta zasnovala s drugim muškarcem, tužitelj je u matičnu knjigu rođenih upisan kao otac djeteta po pravnoj pretpostavci bračnog očinstva iz člana 45 stav 1 Porodičnog zakona Republike Srbije.²⁹ Tužitelj je tražio da se u postupku utvrdi da on nije otac maloljetne djevojčice, pozivajući se na odredbe članova 56 stav 1 i 2,³⁰ i 252 stav 3 Porodičnog zakona Srbije u kojem se normira da „Muž majke može podneti tužbu radi osporavanja svog očinstva u roku od godinu dana od dana saznanja da on nije otac deteta, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta“, zbog čega je Apelacioni sud u Novom Sadu odbio tužbeni zahtjev zbog prekoračenja zakonom propisanog roka. Sud je konstatovao: „pravilan je zaključak prvostepenog suda da tužilac zbog proteka prekluzivnog roka ne uživa sudsku zaštitu, pri čemu nije bilo mesta intervenciji ovog suda iako je doneta meritorna odluka o tužbenom zahtevu, pošto tužilac u drugom postupku ne može ishodovati povoljniju odluku. Po odredbi člana 252 stav 1 Porodičnog zakona neoročeno pravo na tužbu radi osporavanja očinstva pripada samo detetu“. U navedenom slučaju vidimo da je sud dao prednost pravnoj pretpostavci a ne biološkoj stvarnosti. Sud je bez obzira na biološku stvarnost, a samo iz razloga proteka prekluzivnog roka, odlučio da djetetu uskrati pravo na saznanje porijekla.

Prema porodičnom zakonodavstvu u BiH muž majke djeteta može osporavati očinstvo djeteta rođenog u braku ili u periodu do 300 dana od prestanka braka, ako smatra da mu nije otac.³¹ Prema PZ FBiH i PZ BD BiH u pogledu subjektivnog roka ova tužba se može podnijeti u roku od jedne godine od dana saznanja za činjenicu koja dovodi u sumnju očinstvo, dok je u PZ RS subjektivni rok 6 mjeseci od dana saznanja za činjenicu na osnovu koje se može zaključiti da tužilac nije otac djeteta. U pogledu objektivnog roka rješenja su različita u sva tri porodična zakona. Prema PZ FBiH muž majke može osporavati svoje očinstvo do kraja svog života, odnosno zakonodavac nije odredio objektivni rok,³² u PZ BD BiH objektivni rok je do 18 godine života djeteta,³³ a u PZ RS objektivni rok je do 10 godine života djeteta.³⁴ Svako saznanje muža majke djeteta, koje dovodi u sumnju njegovo očinstvo, značajna je samo do isteka objektivnog roka, a svako saznanje nakon isteka objektivnog roka nema nikakav značaj. ESLJP je u zauzeo stav da je propisivanje roka od šest mjeseci, kao objektivnog roka, suviše restriktivno te da se na taj način ne uspostavlja

29 Porodični zakon Republike Srbije. Član 45 stav 1: „Ocem deteta koje je rođeno u braku smatra se muž majke deteta“.

30 Član 56 Porodičnog zakona Republike Srbije: „(1) Očinstvo muškarca koji je upisan u matičnu knjigu rođenih kao otac deteta - može biti osporeno. (2) Pravo na osporavanje očinstva imaju: dete, majka, muž majke i muškarac koji tvrdi da je otac deteta ako istom tužbom traži i utvrđivanje svog očinstva“.

31 Član 82 PZ FBiH, član 127 PZ RS, član 68 PZ BD BiH.

32 U tekstu stava 3 člana 82 Porodičnog zakona iz neobjašnjivih razloga je izostavljen objektivni rok za podnošenje tužbe. Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 74.

33 Član 68 stav 3 PZ BD BiH.

34 Član 128 PZ RS.

ravnoteža između sigurnosti porodičnog odnosa i interesa muža majke djeteta da ne bude otac djeteta.³⁵

U literaturi se navodi da određivanje objektivnog roka štiti najbolji interes djeteta, odnosno da se obezbjeđuje pravna sigurnost u smislu da se njegovo očinstvo više ne može osporavati,³⁶ kao i da je objektivni rok do 10 godine života djeteta kratak i da se isti treba produžiti do 18 godine života djeteta.³⁷ Smatramo da je ipak potrebno postaviti pitanje da li je pravedno određivanje objektivnog roka u slučaju osporavanja bračnog očinstva. U konkretnom slučaju samo dijete ima pravo da pokrene tužbu za osporavanje očinstva, te ukoliko je ono i svjesno činjenice da mu upisani muškarac nije biološki otac, on može, radi ostvarivanja prava na npr. nasljeđivanje, odlučiti da nikada ne pokrene postupak za osporavanje očinstva a sve u cilju ostvarivanja imovinske koristi. Za razliku od rješenja sadržanog u PZ Republike Srbije u porodičnom zakonodavstvu u BiH tužbu za osporavanje očinstva može pokrenuti dijete do svoje 25. godine života.³⁸

Odgovor na pitanje da li je ispravno dati prednost propisanim zakonskim odredbama, a ne biološkoj činjenici koja je na kraju krajeva najispravnija i u najboljem interesu djeteta, dao je ESLJP. Primjer osporavanja bračnog očinstva od strane muškarca koji se smatra ocem djeteta nalazimo u predmetu Kroon i ostali protiv Nizozemske.³⁹ Bračni partneri *Catharina Kroon* i *Omar M'Hallem-Driss* prekinuli su zajednicu života 1980. godine. Suprug je napustio Nizozemsku i njegovo prebivalište nije bilo poznato. U međuvremenu je majka zasnovala životnu zajednicu sa drugim muškarcem *Ali Zerroukom* i u njoj rodila dijete 1987. godine, te je, obzirom da je još uvijek pravno bila u braku, kao otac a na osnovu pravila „*pater est*“ upisan njen muž. Zbog primjene presumpcije je bilo onemogućeno da dijete uspostavi roditeljskopравни odnos sa svojim biološkim ocem. Dakle, kao otac djeteta je upisan muž majke bez obzira na činjenicu što majka nije živjela sa mužem i što je izgubila svaki kontakt sa njim pošto je utvrđeno da je on otišao iz Amsterdama 1986. godine te da se od tada ne zna gdje se nalazi. Prema nizozemskom pravu bračno očinstvo mogao je osporavati samo muž majke, koji to nije učinio, a nije mu se znalo niti prebivalište, dok biološki otac djeteta (majčin partner) nije imao pravnu mogućnost da prizna svoje očinstvo.⁴⁰ Zapravo, on nije ni mogao priznanjem zasnovati roditeljski odnos sve dok bračno očinstvo ne ospori muž majke. Sud je podsjetio da je u ovome predmetu utvrđeno da se odnos između podnositelja zahtjeva kvalificira kao „porodični život“ te stoga postoji pozitivna obveza nadležnih organa da omoguće uspostavu roditeljskog odnosa između gospodina *Zerrouka* i njegovog

35 Predmet Mizzi protiv Malte (Application no. 26111/02), preuzeto sa web stranice dana 20.05.2019 godine: http://www.humanrightsmalta.org/uploads/1/2/3/3/12339284/2002_mizzi26111.pdf

36 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 75.

37 Ponjavić Z., *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2005., str. 196.

38 Član 79 stav 2 PZ FBiH, član 131 stav 2 PZ RS, član 66 stav 2 PZ BD BiH.

39 Predmet Kroon i ostali protiv Nizozemske (*aplikacija 18535/91*), Preuzeto sa web stranice dana 15.06.2019. godine : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22695781%22%5D%22i-temid%22:%5B%22001-57904%22%5D%7D>

40 Para-§ 35 Predmet Kroon i ostali protiv Nizozemske.

sina *Samira* što je brže moguće.⁴¹ Po mišljenju suda, “poštovanje” “porodičnog života” zahtijeva da biološka i društvena realnost nadjača pravnu pretpostavku koja je, u datom predmetu, u suprotnosti kako sa ustanovljenom činjenicom tako i sa željama dotičnih lica pri čemu u stvari niko od toga nema koristi.⁴² Biološka činjenica mora imati prednost nad presumpcijom bračnog očinstva, te uz svaku primijenjenu presumpciju mora postojati mogućnost osporavanja iste, te Sud navodi da je došlo do kršenja člana 8 EKLJP.

Kao što je prethodno navedeno ESLJP je zauzeo stav prema kojem poštovanje porodičnog života zahtijeva davanje prednosti biološkoj realnosti pred zakonskom pretpostavkom o očinstvu djeteta. Prema tome, onemogućavanje muškarcu koji sebe smatra ocem djeteta da obara pravnu pretpostavku, odnosno pravilo „*pater est*“ predstavlja kršenje člana 8 EKLJP.⁴³

U porodičnom zakonodavstvu u BiH muškarac koji sebe smatra ocem ima mogućnost osporavanja bračnog očinstva, osim u PZ RS. Prema PZ FBiH i PZ BD BiH muškarac koji sebe smatra ocem djeteta rođenog u braku ili u periodu do 300 dana od prestanka braka, može osporavati očinstvo mužu majke djeteta ako je živio u zajednici sa majkom djeteta u vrijeme začeća djeteta, ili je zajednicu života sa njom osnovao prije rođenja djeteta, pod uvjetom da istom tužbom traži da se utvrdi njegovo očinstvo.⁴⁴ Tužba radi osporavanja bračnog očinstva može se podnijeti u roku od jedne godine od dana rođenja djeteta u FBiH, a u BD BiH u roku od jedne godine od dana saznanja za rođenje djeteta, a najkasnije do navršene 18. godine života djeteta. Vidimo da u PZ FBiH ponovo nije određen objektivni rok za podizanje tužbe za osporavanje bračnog očinstva. Porodični zakon RS ne ovlašćuje muškarca koji sebe smatra ocem djeteta kao aktivno legitimisano lice za pokretanje tužbe za osporavanje bračnog očinstva. Na ovaj način se direktno krši član 8. EKLJP, pa je neophodno omogućiti muškarcu koji se smatra ocem bračnog djeteta da osporava pravilo „*pater est*“.

Određivanje dodatnog uslova, odnosno činjenice da je muškarac koji sebe smatra ocem djeteta živio u zajednici sa majkom djeteta u vrijeme začeća djeteta ili je zajednica života zasnovana prije rođenja djeteta, u PZ FBiH i PZ BD BiH smatramo opravdanom. S ciljem osiguranja pravne sigurnosti i sigurnosti porodičnih odnosa i ESLJP je zauzeo stav da države opravdano primjenjuju pravilo „*pater est*“, te da se pretpostavka može osporavati samo ako postoje posebni razlozi.⁴⁵ Sud je odbio zahtjev biološkog oca djeteta u kojem je tvrdio da finski zakoni zabranjuju, ako nema pristanka majke djeteta, osporavanje bračnog očinstva, te da su mu time prekršena prava prema članovima 8 i 14 EKLJP. Podnosilac predstavke je tvrdio da je apsolutno pravo djetetove majke na odlučivanje o pitanju djetetovog očinstva povrijedilo načelo objektivne nediskriminacije (član 14 Konvencije) u vezi sa

41 Para-§ 36 Predmet Kroon i ostali protiv Nizozemske.

42 Para-§ 40 Predmet Kroon i ostali protiv Nizozemske.

43 Para-§ 39 Predmet Kroon i ostali protiv Nizozemske.

44 Član 84 stav 1 PZ FBiH, član 70 stav 1 PZ BD BiH.

45 Predmet Nylund protiv Finske, preuzet sa web stranice, dana 20.05.2019. godine: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%227110/95%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22ADMISSIBILITY%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-21999%22%5D%7D>

pravom na poštovanje porodičnog života (član 8. Konvencije). Sud nije prihvatio takvo obrazloženje i primijetio je da u ovom predmetu podnositelj zahtjeva i dijete nisu bili povezani bilo kakvim emocionalnim vezama, što je u potpunosti išlo u prilog činjenici da su domaći sudovi dali veću težinu interesima djeteta i porodice u kojoj je živio, nego li interesu podnosioca zahtjeva za utvrđivanje biološke činjenice.⁴⁶ Štaviše, Sud je istakao da uspostavljanje biološkog očinstva, kao takvo, ne bi stvorilo nikakva prava ili obaveze za one koji su u pitanju. Stoga, treba zaključiti da je ESLJP, priznajući važnost društvenog značaja bračnog očinstva, pojačao pravilo da biološki otac djeteta može osporiti očinstvo djeteta rođenog u braku samo kada postoje dovoljni razlozi i samo u slučajevima kada to ima uticaj na pravni odnos između njega i djeteta. Iz gore navedenih okolnosti proizilazi da pretpostavka zasnovana na pravilu „*pater est*“ osigurava pravnu sigurnost i sigurnost u porodičnim odnosima, a pretpostavka se može zanemariti samo u posebnim izuzetnim okolnostima vezanim za osiguranje interesa i dobrobiti djeteta.

1.2. Vanbračni status djeteta

Drugi metod utvrđivanja očinstva koji se koristi u pravnim sistemima je dobrovoljno priznavanje očinstva. Ukoliko dijete rodi žena koja nije u braku, koja je bila u braku, ali je dijete rođeno nakon proteka roka od 300 dana od dana prestanka braka, koja je bila u nepostojećem braku, ili ako je dijete rođeno u braku ali mu je bračnost naknadno osporena, onda ono ima status vanbračnog djeteta. Roditeljsko-pravni odnos između oca i djeteta koje ima vanbračni status⁴⁷ nastaje priznanjem ili sudskom odlukom. Priznanje je jednostrana izjava volje muškarca koji sebe smatra ocem djeteta a koja se daje u zakonom propisanoj formi uz ispunjenje ostalih zakonom propisanih uslova.⁴⁸ Dakle, muškarac koji sebe smatra ocem djeteta dobrovoljno izjavljuje da je otac djeteta, te se očinstvo ne dokazuje u sudskom postupku. Na ovaj način roditelj omogućava svom djetetu da ostvari svoje pravo na saznanje porijekla koje mu je osigurano članom 7 Konvencije. Postupak priznanja je jednostavan, ekonomičan i poželjan, ali i podložan i opasnostima lažnog priznanja.⁴⁹

Muškarcu koji sebe smatra ocem djeteta i koji želi uspostaviti roditeljsko-pravni odnos, daje se mogućnost da to učini ukoliko je majka djeteta s tim saglasna. Svako ograničenje ovog prava u praksi ESLJP nailazi na značajne kritike. U predmetu Krušković protiv Hrvatske,⁵⁰ podnosiocu zahtjeva, kojem je bila oduzeta poslovna sposobnost, uskraćeno je pravo da se upiše kao otac djeteta na osnovu priznanja. Prema činjeničnom stanju u predmetu 30. juna 2007. godine K.S. je rodila kćer K.,

46 Vidi presudu Nylund protiv Finske

47 Moguće je priznati samo dijete koje ima status vanbračnog djeteta, bilo da je rođenjem steklo taj status ili da mu je osporeno bračno očinstvo. Iz ovoga proizilazi da nije moguće priznati dijete koje je rođenjem steklo bračni status dok se isti uspješno ne ospori. Nakon uspješno osporenog bračnog očinstva, dijete gubi taj status i dobija status vanbračnog djeteta, i od tog trenutka postoji mogućnost da ga muškarac koji sebe smatra ocem djeteta prizna kao svoje. Vidi: Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 40.

48 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 40.

49 I. Panov S., str. 178

50 Predmet Krušković protiv Hrvatske, preuzet sa web stranice dana 10.05.2019 godine: <http://sjaj.hr/wp-content/uploads/2012/03/Kruskovic-v-Croatia.pdf>

te je navela podnosioca zahtjeva kao djetetovog oca. Podnositelj zahtjeva je, uz suglasnost majke djeteta, dao izjavu u Matičnom uredu u Rijeci u kojoj je rekao da je on otac djeteta te je nakon toga kao takav upisan u izvodu iz matične knjige rođenih. Ured državne uprave je donio odluku, koju je pokrenuo Matični ured u Rijeci, kojom je naložio da se izmijeni izvod iz matične knjige rođenih na način da se poništi prethodna bilješka u kojoj se navodi da je podnositelj zahtjeva otac djeteta, s osnova da kao osoba lišena poslovne sposobnosti nije imao mogućnost priznanja očinstva, s pravnim učinkom, lica K. kao svoga djeteta. ESLJP u ovome predmetu primjećuje da podnositelj zahtjeva prema mjerodavnom domaćem pravu nema mogućnosti dati bilo kakvu izjavu o svom očinstvu K.-e. Kao osobi lišenoj poslovne sposobnosti nije mu dozvoljeno pokrenuti bilo kakav postupak za utvrđenje svog očinstva. U tom pogledu on u cijelosti ovisi o radnjama nadležnog centra za socijalnu skrb.⁵¹ Prema Obiteljskom zakonu RH Hrvatske postupak za utvrđenje očinstva može pokrenuti centar za socijalnu skrb do osamnaestog rođendana djeteta.⁵² Međutim mjerodavne nacionalne vlasti nadležne za podnosioca zahtjeva nemaju na temelju nacionalnog prava uopće nikakvu pravnu obvezu pokrenuti taj postupak te stoga ne postoje rokovi u kojima bi nadležne vlasti trebale odgovoriti na tvrdnju podnosioca zahtjeva da je on biološki otac K.-e. ESLJP smatra da nije postignuta poštena ravnoteža između javnog interesa da se zaštite osobe lišene poslovne sposobnosti od toga da daju izjave na svoju štetu ili štetu drugih, i interesa podnosioca zahtjeva da pravno bude priznato njegovo očinstvo K.-e.⁵³ Sud je konstatovao da tužena država nije ispunila svoju pozitivnu obvezu da osigura pravo podnosioca zahtjeva na poštovanje njegovog privatnog i porodičnog života. Stoga Sud nalazi da je došlo do povrede člana 8 EKLJP.

Da bi došlo do priznanja očinstva neophodno je da se ispune uslovi na strani lica koje priznaje očinstvo, djeteta koje se priznaje, razlike u godinama, forme izjave i uslova na strani majke djeteta. U daljem izlaganju pažnju ćemo usmjeriti na uslove na strani lica koje priznaje očinstvo.

Priznanje očinstva od strane lica koje nema poslovnu sposobnost nije propisana u porodičnim zakonima u BiH. Tako materinstvo i očinstvo djeteta može priznati maloljetna osoba koja je navršila 16 godina i osoba kojoj je ograničena poslovna sposobnost, ako su sposobne shvatiti značenje izjave o priznanju.⁵⁴ Prema navedenoj odredbi nije moguće priznanje očinstva ukoliko lice nema poslovnu sposobnost što je u suprotnosti sa članom 8 EKLJP. Za razliku od pozitivnog zakonodavstva u BiH prema Obiteljskom zakonu RH očinstvo može priznati osoba neovisno o svojoj poslovnoj sposobnosti, maloljetna osoba koja je navršila šesnaest godina ako je sposobna shvatiti značenje i pravne posljedice priznanja i maloljetna osoba mlađa od šesnaest godina uz suglasnost njezinog zakonskog zastupnika.⁵⁵ Smatramo da bi i u porodičnim zakonima u BiH trebalo normirati da lice može priznati svoje očinstvo

51 Para-§ 33 Krušković protiv Hrvatske.

52 Član 387 Obiteljskog zakona RH.

53 Para-§ 42 Krušković protiv Hrvatske.

54 Član 57 PZ FBiH, Član 53 PZ BD BiH, član 114 PZ RS.

55 Član 63 Obiteljskog zakona RH.

iako mu je oduzeta poslovna sposobnost. Pored činjenice da bi se na ovaj način zaštitio najbolji interes djeteta u pogledu saznanja porijekla, smatramo da ovakvo rješenje ima svoje uporište i u članu 7 Konvencije, a odnosi se na mogućnost da dijete sazna svoje porijeklo.

Izričita odredba o ravnopravnosti djece rođene u braku i van braka nije unesena u porodične zakone u BiH, ali i jedna i druga imaju jednaka prava i dužnosti. Ipak u praksi ravnopravnost nije osigurana od trenutka rođenja, obzirom da bračna i vanbračna djeca ne zasnivaju roditeljsko-pravni odnos istovremeno. Iz ovoga proizlazi da je vanbračno dijete u ravnopravnom položaju tek od trenutka utvrđivanja porijekla priznanjem ili sudskom presudom. EKLJP ne dozvoljava različit tretman djece rođene u braku i van braka, obzirom da u članu 8 nije napravljena razlika između „legitimne“ i „nelegitimne“ djece.⁵⁶ U predmetu *Marckx* protiv Belgije⁵⁷ podnositeljice predstavke (majka i kćerka) su navele da su sporne odredbe belgijskog zakona prema kojem neudana majka može uspostaviti majčinsko srodstvo sa svojim djetetom samo priznanjem, dok uspostavljanje majčinskog srodstva “zakonitog” djeteta nastupa samom činjenicom rođenja, te da je prekršeno njihovo pravo na poštovanje porodičnog života kao i da ove odredbe uključuju diskriminaciju između “zakonite” i “nezakonite” djece, kao i između neudanih i udanih majki, što je u suprotnosti sa članom 14. EKLJP. Zapravo, prema belgijskom zakonu na neudane majke nije se primjenjivalo pravilo „*mater semper certa est*“. Nama bitno pitanje u ovome radu jeste da li postoji diskriminacija u odnosu na nastanak roditeljskog odnosa između djece rođene u braku i van braka. U navedenom predmetu Sud je odlučivao o povredi člana 8 u vezi sa članom 14 EKLJP sa dva aspekta. Jedan je povreda člana 8 u odnosu na majku Paulu a drugi je u odnosu na kćerku Aleksandru.⁵⁸

U pogledu povrede člana 8 EKLJP u odnosu na majku Paulu ESLJP je odlučio da ne postoji objektivno i razumno opravdanje u pogledu nastanka roditeljskog odnosa između udatih i neudatih majki.⁵⁹ Postupak koji je majka trebala da izvrši da bi došlo do priznanja teško da sadrži bilo kakve teškoće s obzirom da izjava može biti uzeta u obliku isprave koju ovjerava notar, i ona može biti upisana, u bilo koje vrijeme i bez troškova, u knjigu rođenja u matičnom uredu. Međutim, ESLJP navodi da potreba za bilo kakvim djelovanjem majke potiče iz odbijanja priznanja materinstva od samog rođenja.⁶⁰ Dakle, stav ESLJP jeste da je vanbračno dijete diskriminisano u odnosu na bračno zbog trenutka uspostavljanja roditeljskog odnosa sa majkom. U pogledu odsustva pravila „*mater semper certa est*“ slažemo se sa stavom suda. Smatramo da u svim slučajevima kada je majka poznata, propisivanje

56 Coester-Waltjen D., *The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law*, European Family Law - The Impact of Institutions and Organisations

on European Family Law, Volume I, Edward Elgar Publishing Limited, 2016., op. cit., str. 84.

57 Presuda *Marckx* protiv Belgije, preuzeto sa web stranice dana 10.05.2019. godine: <http://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2896/gjo-echr-marckx-en-pdf.pdf>

58 Ibid.

59 Para-§ 43 *Marckx* protiv Belgije.

60 Para-§ 36 *Marckx* protiv Belgije.

bilo kakve druge pravne radnje u pogledu uspostavljanja roditeljskog odnosa činilo bi povredu člana 8 EKLJP.

Međutim ukoliko bi se radilo o primjeni pravila „*pater est*“ smatramo da ne bi došlo do povrede člana 8 EKLJP. Naime kako se i navodi u izdvojenom mišljenju sudije *Bindschedler-Roberta* „jednostavna radnja, sa stajališta formalnosti, da prizna svoje dijete, i da to učini od momenta rođenja..., ne predstavlja intenciju zakonodavca da obeshrabri priznanje „nezakonitog“ djeteta“. Prema izdvojenom mišljenju sudije *Matschera* „neugodnost formalnosti priznanja je tako mala, naročito s obzirom da izjava o priznanju može biti upisana u sam rodni list, tako da niko to ne može smatrati znatnim problemom za one na koje se odnosi ili kao miješanje usmjerenim da spriječi „razvoj porodičnog odnosa“.

U pogledu povrede člana 8 EKLJP u odnosu na kćerku Aleksandru navedeno je da razlika koja leži u činjenici da jedino djeca rođena izvan braka moraju biti formalno priznata od strane svoje majke, nema objektivno opravdanje s obzirom da, što se tiče djece, nema razloga da budu tretirana drugačije s obzirom na činjenicu da li su rođena u braku ili izvan braka.⁶¹ Dijete je u potpunosti ovisno o želji treće osobe: odluke majke da ga prizna ili odluke staraoca da pokrene postupak za utvrđivanje majčinstva. Zbog ove nesigurnosti se ne može reći da dijete rođeno van braka, u pogledu porodičnog života, uživa zaštitu predviđenu članom 8 EKLJP. U konkretnom slučaju Aleksandra punih 13 dana nije imala uspostavljen roditeljski odnos sa svojom majkom, te se mora priznati da je, makar u tom razdoblju, dijete bilo žrtva povrede člana 8 EKLJP.⁶²

Postavljamo pitanje da li je dijete koje je rođeno u vanbračnoj zajednici, znači u slučajevima kada znamo pretpostavljenog oca (ovdje se ne razmatraju situacije kada je dijete rođeno van braka gdje ne postoji pretpostavljeni otac), zaštićeno u pozitivnom zakonodavstvu s obzirom na činjenicu da takvo dijete može ostati jedan određen dio vremena bez uspostavljenog roditeljskog odnosa sa svojim ocem. U porodičnom zakonodavstvu u BiH roditeljski odnos majke i djeteta rođenog u vanbračnoj zajednici ili van braka (bez uspostavljanja bilo kakvog vida zajednice života) uspostavlja se na osnovu primjene pravila „*mater semper certa est*“, istovjetno kao i kod djece koja su rođena u braku,⁶³ dok se roditeljski odnos između oca i djeteta rođenog u vanbračnoj zajednici uspostavlja priznanjem ili sudskom odlukom.⁶⁴ Prema tome u pozitivnom zakonodavstvu u BiH postoji mogućnost da dijete, koje je rođeno u vanbračnoj zajednici, jedan određen vremenski period bude bez roditeljskog odnosa sa svojim ocem. Prema članu 7 stav 1 Konvencije dijete ima pravo da zna ko su mu roditelji „ukoliko je to moguće“. Neprihvatljivo je braniti tezu da u vanbračnoj zajednici nije moguće omogućiti pravo djetetu da zna ko su mu roditelji, kada su nam poznati vanbračni partneri. Smatramo da djeca koja su rođena u vanbračnoj zajednici u pozitivnom zakonodavstvu nisu zaštićena članom 8 EKLJP, iako se u pozitivnom zakonodavstvu ostavlja mogućnost priznanja očinstva

61 Izuzeto mišljenje sudije *Bindschedler-Roberta* u predmetu *Marckx protiv Belgije*.

62 Ibid.

63 Član 53 PZ FBiH, Član 109 stav 1 PZ RS, Član 49 PZ BD BiH.

64 Član 55 PZ FBiH, član 109 stav 3 PZ RS, Član 50 stav 2 PZ BD BiH.

i prije rođenja djeteta. Sama činjenica da je status djeteta ovisan o želji treće osobe: odluke oca da ga prizna ili odluke majke ili organa starateljstva da pokrene postupak za utvrđivanje očinstva, ne može se reći da dijete rođeno u vanbračnoj zajednici, u pogledu porodičnog života, uživa zaštitu predviđenu članom 8 EKLJP.

Da li je moguće izjednačiti djecu rođenu u braku i u vanbračnoj zajednici u pogledu vremenskog nastanka roditeljskog odnosa između oca i djeteta? Izdvajamo dvije mogućnosti koje bi dolazile u obzir. Jedna mogućnost se odnosi na primjenu pretpostavke „*pater vero is est quem mater demonstrant*“ - otac djeteta je onaj na koga majka ukazuje, a druga mogućnost je da se primjeni pretpostavka „*pater est*“.

Prema prvoj pretpostavci majka bi ukazivala na oca djeteta, te bi se kao otac djeteta u matičnu knjigu upisivao muškarac na koga je ona ukazala. U tom slučaju bi muškarac, ukoliko smatra da nije otac djeteta, imao pravo osporavanja očinstva.⁶⁵ Ovakvoj pretpostavci se približilo naše pravo obzirom da je majci vanbračnog djeteta priznato pravo da označi muškarca koga smatra ocem djeteta. Majka djeteta je, ustvari, obavezna da to učini, nakon čega je organ starateljstva dužan pozvati označenog muškarca da se izjasni o izjavi majke.⁶⁶ Iako se čini da bi pretpostavka prema kojoj je otac djeteta muškarac na koga majka ukazuje mogla biti zloupotrijebljena, i prema važećim normama PZ F BiH, kako je to u prethodnoj rečenici navedeno, majka je ta koja daje izjavu o ocu djeteta te saglasnost na priznanje djeteta od strane muškarca. Smatramo da bi primjenom pretpostavke da je otac djeteta muškarac koga je majka označila moglo doći do situacije u kojoj majka nije označila muškarca koji je biološki otac djeteta, te bi nastao problem zbog činjenice da se očinstvo označenog muškarca ne bi dokazivalo. Međutim, nadamo se da bi majke u svakom slučaju bile vođene najboljim interesom djeteta te da bi nastojale biti savjesne i oprezne.

Prema drugoj pretpostavci da je otac djeteta vanbračni partner majke isti bi automatski bio upisan kao otac djeteta. Međutim, ovakva mogućnost bi postojala tek ukoliko bi se formirali registri vanbračnih zajednica. U protivnom se pravilo „*pater est*“ ne bi moglo primjenjivati iz razloga što je u sudskoj praksi zauzet stav da se za dokazivanje postojanja vanbračne zajednice ne može podnijeti utvrđujuća (deklaratorna) tužba, niti se ovo pitanje može razmatrati kao prethodno (prejudicijelno),⁶⁷ pa se opravdano može postaviti pitanje na koji način bi se dokazalo postojanje vanbračne zajednice. Samim tim bi bilo nemoguće dokazati i da je otac djeteta upravo vanbračni partner majke.

Pomenuta rješenja se čine teškim za primjenjivanje u pozitivnom zakonodavstvu. Ukoliko bi se u BiH uspostavio registar vanbračnih zajednica, onda bi se moglo primjenjivati pravilo „*pater est*“ i na vanbračnog partnera, te bi se dijete rođeno u vanbračnoj zajednici automatizmom moglo upisati kao potomak partnera koji su u vanbračnoj zajednici, čime bi došlo do uspostavljanja roditeljsko-pravnog odnosa samim rođenjem. Slično rješenje nalazimo u Nizozemskoj gdje postoji mogućnost

⁶⁵ Bubić, S., Traljić, N., op. cit., str. 39.

⁶⁶ Vidi član 66 PZ FBiH.

⁶⁷ Demirović R., *Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu*, Zbornik radova – Naučni skup “Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog”, Mostar, 21. 12. 2012. godine, str. 129.

registrovanja partnerstva. Djeci rođenoj u registrovanom partnerstvu kao roditelji se upisuju partneri po samom rođenju. To prvobitno važi za majku, ali i za oca, bez obzira da li je registrovani partner zaista biološki otac djeteta.⁶⁸

Zaključak

Pravo djeteta da zna svoje porijeklo nije apsolutno pravo, ono zavisi od drugih lica i mogućnosti da se sazna ko su mu roditelji. Primjena pravila „*pater est*“ u onim slučajevima kada je roditeljstvo muža, u odnosu na okolnosti slučaja, nemoguće ili nevjerovatno može dovesti do kršenja člana 8 EKLJP i člana 7 Konvencije o pravima djeteta. Propisivanje kratkih objektivnih rokova za muškarca koji se smatra ocem djeteta dovodi do kršenja člana 8 EKLJP iz razloga što se ne uspostavlja ravnoteža između sigurnosti porodičnog odnosa i interesa muža majke djeteta da ne bude otac djeteta.

Biološka činjenica mora imati prednost nad pravilom „*pater est*“, te uz svaku primijenjenu presumpciju, odnosno pravilo, mora postojati mogućnost osporavanja iste. Zbog toga, onemogućavanje muškarcu koji sebe smatra ocem djeteta da obara pravnu pretpostavku, odnosno pravilo „*pater est*“ predstavlja kršenje člana 8 EKLJP. Ipak prilikom ostavljanja mogućnosti za osporavanje očinstva bračnom djetetu moraju postojati opravdani razlozi te se može dozvoliti samo u onim slučajevima kada to ima uticaj na pravni odnos između muškarca koji se smatra ocem djeteta i djeteta.

Neophodno je u porodičnom zakonodavstvu u BiH omogućiti priznanje očinstva i licima koja nemaju poslovnu sposobnost. Onemogućavanjem osobama lišenim poslovne sposobnosti da priznaju očinstvo ne ostvaruje se poštena ravnoteža između javnog interesa da se zaštite osobe lišene poslovne sposobnosti od toga da daju izjave na svoju štetu ili štetu drugih, i interesa lica da pravno bude priznato njegovo očinstvo.

Smatramo da se pravna pretpostavka „*pater est*“ može primijeniti i na vanbračne partnere ali samo u slučaju omogućavanja registracije vanbračnih zajednica. Uređivanjem obveze registriranja odnosno postojanja registra vanbračnih zajednica stekli bi se preduvjeti za primjenu pretpostavke „*pater est*“ i u vanbračnim zajednicama. Time bi se u širem društvenom kontekstu izjednačila djeca bez obzira na okolnosti u kojima su rođena, a takav jednostavniji način utvrđivanja očinstva doprinio bi ostvarivanju najboljeg interesa djeteta i bio harmoniziran sa praksom ESLJP. Činjenica da je dijete u pogledu saznanja svog porijekla ovisno o želji treće osobe ne može se reći da dijete rođeno u vanbračnoj zajednici, u pogledu porodičnog života, uživa zaštitu predviđenu članom 8 EKLJP.

Nakon analize prakse ESLJP i porodičnih zakona u BiH može se zaključiti da, u pogledu utvrđivanja bračnog i vanbračnog očinstva i prava djeteta da zna svoje porijeklo, isti nisu usklađeni sa EKLJP i Konvencijom o pravima djeteta.

68 What do I need to take into account if I decide to marry or enter into a registered partnership?, preuzeto sa web stranice dana 25.06.2019. godine: <https://www.government.nl/topics/marriage-cohabitation-agreement-registered-partnership/question-and-answer/marriage-or-entering-into-a-registered-partnership>

Dr. sc. Boris Krešić, Associate Profesor
Faculty of Law, University of Tuzla
Mr. sc. Agnesa Jaganjac,
Faculty of Law, University of Tuzla

DETERMINING MARITAL AND EXTRAMARITAL PATERNITY/ MATERNITY AND THE RIGHT OF THE CHILD TO KNOW WHO HIS OR HER PARENTS ARE

In Bosnia and Herzegovina, marital and extramarital paternity may be determined before the courts and out of court. Out of court includes the application of legal presumption for marital paternity and recognition in cases of extramarital paternity. Court procedure applies for determining extramarital paternity when the father does not want to acknowledge his paternity or in cases of disavowal of marital paternity identified by the application of legal presumption or recognition. The procedure for determining paternity before the court may be initiated by actively identified persons listed in the law. Some of these persons have strict time limits to bring legal actions.

The right of a child to know who his/her parents are is guaranteed by Article 7 of the Convention on the Rights of the Child. The European Court of Human Rights has taken the stand that the right of the child to know who his or her parents are is directly linked to Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms which guarantees the right to private and family life. Bosnia and Herzegovina, as a signatory to numerous conventions including the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Convention on the Rights of the Child, is obliged to directly implement them with all their protocols.

The paper examines whether the specification of strict time limits for bringing legal actions for determining paternity is the violation of the right of the child to know who his or her parents are. The paper also investigates whether the prevention of the application of legal presumption of extramarital paternity leads to the discrimination of illegitimate child. The paper analyzes the compliance of family laws in Bosnia and Herzegovina in terms of the provisions related to the determination of marital and extramarital paternity and their compliance with the European Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of the Child.

Key words: marital paternity, extramarital paternity, the right of the child to know who his or her parents are, recognition of paternity.