

UTJECAJ RIMSKO PRAVNE REGULAE MATER SEMPER CERTA EST NA BOSANSKOHERCEGOVAČKO OBITELJSKO ZAKONODAVSTVO KROZ PRAVNU POVIJEST

Sažetak: Europskokontinentalni pravni sustav kojemu pripada i pravni sustav Bosne i Hercegovine, temelji se na recepciji rimskog prava, prirodno pravnoj teoriji, kanonskom pravu i germanskom običajnom pravu. Autorice u ovom radu obrađuju utjecaje rimske regule koja se pripisuje rimskom klasičnom pravniku Paulu Juliu (lat. Paulus Julius) koji je u jednom svojem fragmentu definirao podrijetlo djeteta od majke, pravnom regulom *mater semper certa est*, na bosanskohercegovačko obiteljsko zakonodavstvo. Riječ je o neoborivoj predmnjevi iz rimskog klasičnog prava po kojoj je "majka djeteta uvijek poznata". Autorice temeljem brojne kako domaće tako i strane suvremene i povijesno pravne literature, normativnih rješenja u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu i analiza istih nastoje istražiti utjecaj i značenje navedene regule na obiteljsko zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini od austrougarskog perioda do danas. Razvojem društva a samim time i prava rimska regula *mater semper certa est* doživljava svojevrsnu evoluciju i prilagođava se novim društvenim potrebama. Bez pretenzije da daju prijedloge *de lege ferenda*, autorice daju osvrt na presudu Europskog suda za ljudska prava u slučaju D v. France, u kojoj nekadašnja univerzalnost načela *mater semper certus est* biva upitna.

Ključne riječi: *mater semper certa est* u rimskom pravu, *mater semper certa est* u obiteljskom zakonodavstvu u BiH kroz pravnu povijest, *mater semper certa est* u obiteljskom zakonodavstvu BiH, Presuda Europskog suda za ljudska pravau slučaju D v. France

1. Uvod

Na razvitak obiteljskog prava u Bosni i Hercegovini, a samim time i na prateće zakonodavstvo, utjecale su su različite epohe državnopravnog uređenja i specifičnosti koje su povezane sa njima. Budući da pravni sustav Bosne i Hercegovine pripada obitelji europsko kontinentalnog pravnog sustava koje se temelji na recepciji rimskog prava, zanimalo nas je, kako je jedna *regulae iuris* iz rimskog klasičnog prava utjecala na obiteljsko zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini kroz pravnu povijest do danas. Podrijetlo djeteta od majke određuje se primjenom pravila *mater simper certa*

est i ono se lako dokazuje, budući da je nošenje i rođenje djeteta vidljivo. Rimski klasični pravnik Paul je u jednom svom fragment regulirao podrijetlo djeteta od majke, neoborivom predmnjevom protiv koje protudokaz nije dopušten.¹ S obzirom na utjecaj koje je rimsko pravo imalo na europsko kontinentalni pravni sustav, te činjenicu da pozitivno obiteljsko zakonodavstvo sve više slijedi moderne europske trendove, ovim radom smo nastojali objasniti evoluciju navedenog načela od prve moderne kodifikacije građanskog prava, austrijskog građanskog zakonika koji je bio supsidijaran izvor prava u vrijeme austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini (1878.-1918.). Sve do donošenja Ustava Federative Narodne Republike Jugoslavije 1946. godine u kojem su postavljena temeljna načela za pravno uređenje obiteljskih odnosa, ne možemo govoriti uopće o obiteljskom zakonodavstvu. Donošenjem Osnovnog zakona o braku 1946. godine ukinuta je dotadašnja isključiva nadležnost vjerskih zajednica u bračnim i porodičnim stvarima i ta su pitanja prenesena u nadležnost države.²

Regulae iuris, mater semper certa est je u bosanskohercegovačkom obiteljskom zakonodavstvu bila dugo vremena neoboriva predmnjeva. Još od odredbi austrijskog građanskog zakonika, kao sporednog izvora prava u BiH, odredbi o uređenju obiteljskih odnosa na teritoriju BiH između dva svjetska rata, donošenja Osnovnog zakona o odnosima roditelja i djece iz 1947.³ i Porodičnog zakona Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine iz 1979. navedena regula rimskog prava vrijedila je kao neoboriva predmnjeva. Donošenjem pozitivnopravnih propisa iz oblasti obiteljskog pravau entitetu Federaciji Bosne i Hercegovine (Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine (dalje OBZ FBIH, 2005. godine)⁴ kao i u zakonodavstvu Brčko Distrikta BiH (Obiteljski zakon Brčko Distrikta BiH,⁵ dalje: OBZ BDBIH, 2007. godine)⁶ načelo *mater semper certa est* izgubilo je snagu svoje

1 Iako je porođaj vidljiva činjenica u povijesti prava zabilježene su brojne legende koje se odnose na utvrđivanje majčinstva. Jedna od najpoznatijih je kineska priča o krugu kredom koja potječe iz 13. stoljeća u kojoj se opisuje spor dviju žena oko toga, koja je od njih majka djetetu. Budući da nije bilo nikakvih pravnih pravila o tome kako spor riješiti, sudac je pribjegao lukavstvu nacrtao na na zemlji krug kredom i u sredini stavio dijete. Ženama koje su se sporile rekao je da svaka od njih uhvati dijete za ruku i privuče na svoju stranu kruga. Ona koja uspije dijete privući, sudac će dodijeliti dijete. Dogodilo se upravo ono što je sudac i očekivao, naime stvarna majka nije htjela svom djetetu nanijeti bol, pa je ispustila ruku djeteta i dopustila protivnici da privuče dijete, te je na taj način sudac utvrdio koja žena ima majčinski instink i kojoj treba povjeriti dijete. Navedeno prema: Cepelić, D., *O utvrđivanju i osporavanju materinstva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br.1-2, 1978., str.51.

2 Osnovni zakon o braku („Službeni list FNRJ“ br. 29/46, 36/48, 44/51, 18/55, „Službeni list SFRJ“, 12/65, 28/65).

3 Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece („Službeni list FNRJ“ br.104/1947., 45/1949, 11/1951, 53/1957; „Službeni list SFRJ“ br. 10/1965).

4 Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, broj: 35/05, 41/05, 31/14).

5 Obiteljski zakon Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta“, broj: 23/07).

6 Prema tome je li ili nije dopušteno dokazivati protivno od onoga što zakon (na temelju utvrđenja o postojanju presumpтивne baze) pretpostavlja razlikuju se oborive (njem. *widerlegbare Rechtsvermutungen*; lat. *praesumptiones iuris tantum*) ili relativne predmnjeve, od neoborivih (njem. *unwiderlegbare Rechtsvermutungen*; lat. *praesumptiones iuris et de iure*) ili apsolutnih predmnjeva. Dika, M., *Zakonske predmnjeve - prilog učenju o virtualnosti pravne stvarnosti*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 35, br. 1, 1-60 (2014), str.17.

neoborivosti. Za razliku od navedenih zakona, Porodični zakon Republike Srpske⁷ (dalje PZ RS) slijedi neoborivost *regulae iuris* iz rimskog prava budući da člankom 136. dopušta da se djeci začetoj uz pomoć potpomognute oplodnje, osporava samo očinstvo, bez dozvoljavanja prava osporavanja majčinstva.

Obiteljsko zakonodavstvo entiteta FBiH kao i Brčko Distrikta BiH jasno ukazuju na europsku tendenciju uređenja pojedinih instituta. Općeniti trendovi u Europi u oblasti obiteljskog prava, a samim time i njime pratećeg zakonodavstva jeste njegova modernizacija. Promjene koje se unose u nacionalna prava usmjerene su na to da se patrijarhalni pristup i na njemu zasnovana rješenja zamijene modernim te da se pravo koje ograničava, zabranjuje i sankcionira određena ponašanja članova obitelji transformira u pravo koje štiti interese članova obitelji kojima je potrebna pomoć i zaštita društva i države.⁸ Na izmjenu nacionalnih propisa utjecali su i utječu akti doneseni od institucija Europske unije i Vijeća Europe te praksa Europskog suda pravde i Europskog suda za ljudska prava.⁹ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje, EK)¹⁰ svoju izravnu i prioritetnu primjenu ima i na tlu Bosne i Hercegovine od 1995. godine (posredstvom Aneksa 4 i 6 Daytonskog mirovnog sporazuma), iako je Bosna i Hercegovina EK ratificirana tek u srpnju 2002. godine. Od tada spektar i načini zaštite ljudskih prava konstantno rastu, a ogroman značaj u tome ima Europski sud za ljudska prava (dalje, ESLJP).¹¹ Ratifikacijom EK omogućeno je građanima Bosne i Hercegovine da se obraćaju ESLJP, ukoliko smatraju da su im prava i slobode garantirane EK povrijeđena ili

7 Porodični zakon Republike Srpske (*"Službeni glasnik RS"*, broj: 54/02, 41/08, 63/14)

8 Bubić, S., *Utjecaj evropskog prava na porodično pravo u Bosni i Hercegovini*, Razvoj porodičnog prava, od nacionalnog do evropskog, zbornik radova, Pravni fakultet "Univerzitet Džemal Bijedić", Mostar, 2013., str.26.

9 *Ibid.*, str.27.

10 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koja se obično naziva Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava, potpisana je u Rimu pod okriljem Vijeća Europe 4. studenog 1950. godine, a na snagu je stupila 3. rujna 1953. Temeljem Konvencije uspostavljen je sustav zaštite ljudskih prava na međunarodnoj razini te Europski sud za ljudska prava, koji omogućava pojedincima ili skupini pojedinaca da traže zaštitu svojih prava. Bosna i Hercegovina ratificirala je Konvenciju 12. 7. 2002. godine, a Ustav BiH (članak 2.) proglašava je izravno primjenjivom u Bosni i Hercegovini. (<http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=5894&langTag=bs-BA>, 02.09.2020.).

11 Europski sud za ljudska prava ustanovljen je Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i djeluje u okviru najstarije europske organizacije, Vijeća Europe. Sjedište Europskog suda za ljudska prava je u Strasbourgu, u Francuskoj, a službeni jezici Suda su engleski i francuski jezik. Pravila postupka pred Sudom regulirana su Poslovníkom Suda i Konvencijom. Bosna i Hercegovina je ratificirala Konvenciju dana 12.07.2002. godine i tim činom je prihvatila nadležnost Europskog suda za ljudska prava da odlučuje o aplikacijama/zahtjevima bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije, skupine pojedinaca ili druge države članice koji tvrde da su žrtve povrede prava utvrđenih u Konvenciji što ih je počinila Bosna i Hercegovina. Značajno je istaći da je obveza poštivanja prava i sloboda garantiranih Konvencijom i njenim protokolima u Bosni i Hercegovini nastala već stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine dana 14.12.1995. godine koji u članu II proglašava Konvenciju izravno primjenjivom u Bosni i Hercegovini, dajući joj prioritet nad svim ostalim zakonima. Međutim, tek ratifikiranjem Konvencije kao međunarodnog ugovora poštivanje prava i sloboda iz Konvencije i dodatnih protokola u Bosni i Hercegovini postalo je predmet kontrole od strane Europskog suda za ljudska prava.

(http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/o_uredu/default.aspx?id=171&langTag=bs-BA, 02.09.2020.).

ugrožena, te ukoliko su iscrpili domaća pravna sredstva. Praksa Europskog suda za ljudska prava ima direktan uticaj na bosanskohercegovačko pravo, a isto djelovanje imaju i obavezujući akti Vijeća Evrope.

2. Podrijetlo djeteta u rimskom pravu i značenje *regulae iuris – mater semper certa est*

Rimljani nisu došli do shvaćanja da je obiteljsko pravo posebna grana prava. Za Gaja i Justinijanove kompilatore to je dio prava koji se odnosi na lica (*quod ad personas pertinet*). Iako je značaj obitelji tijekom povijesti opadao, zbog porasta broja propisa koji reguliraju odnose u braku i obitelji, uslijed razgranavanja pravnog sustava, vremenom je obiteljsko pravo postalo posebna grana prava. Obitelj, brak i srodstvo su osnovni instituti obiteljskog prava u rimskom pravu.¹²

Povijesno gledano rimska *familia*,¹³ monogamna obitelj s jako izraženom ulogom kućnog starješine, prošla je kroz tri oblika: konzorcijum (*consortium*) koja odgovara obiteljskim, odnosno patrijahalnim zadrugama; agnatska obitelj (*familia pecuniaque*) koja je karakteristika za razdoblje prve polovice republike; i kognatska obitelj koja je potisnula agnatsko srodstvo. Sve ove promjene oblika rimske obitelji rezultat su razvoja državnopravnog okruženja i svijesti pojedinca, ali ono što je bitno za uočiti jest da unatoč svim promjenama oblika obitelji osnovna pravna načela uređenja ovog odnosa egzistirala su kao temeljna i nepobitna stavka daljnjeg razvoja.

Familia je imala važnu ulogu u uređenju društvenopravnih odnosa, i u tom smislu bila je jedna od temeljnih instituta rimskog pravnog poretka, posebice u staro doba kada je i položaj pojedinca bio određen pripadnošću i položaju unutar određene obitelji.

Po shvaćanju rimskih pravnika, obitelj (*familia*) jest skupina osoba koje su bilo po prirodi (potomci po rođenju), bilo po pravu (na temelju braka, adopcije ili adrogacije) podređene vlasu jednoga. Iz te definicije se vidi da je u obiteljskim odnosima očinska vlast (*patria potestas*)¹⁴ shvaćena kao najbitniji element i da su,

12 Stanojević, O., *Rimsko pravo*, Magistrat, Sarajevo, 2000., str. 151.

13 Izraz *familia* „poprimio je različita značenja, odnosi se i na stvari i na osobe“(D.50.16.195.1.). Već u Zakoniku XII.ploča pojavljuje se u dvojakom smislu: s jedne strane obuhvaća sve osobe koje su pod vlašću istog obiteljskog starješine (uključujući i žene u *manus* braku), u širem smislu i sve osobe povezane srodstvom descendent istog prednika; s druge strane izraz se odnosi i na cjelokupnu imovinu osobe, uključujući sve materijalne stvari i robove. U užem smislu *familia* označava i sve slugu u domaćinstvu, posebno robove i slobodne ljude koji dobronamjerno služe kao robovi. (Berger, A., *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, Philadelphia, 1968., str. 467.).

14 Očinska vlast (*patria potestas*) je doživotna i u najstarije vrijeme neograničena vlast kućnog starješine (*pater familias*) nad osobama i obiteljskom imovinom. Tijekom razdoblja došlo je do diferenciranja ovog pojma tako da se vlast nad robovima označavala kao *dominica potestas* vlast nad slobodnima koje bi pater familias ustupao drugima na određeno vrijeme – *mancipium*, vlast nad ženom – *manus*, a pojam *patria potestas* je ograničen na vlast na djecom (rođenom i usvojenom) i daljim potomcima. *Patria potestas* rimskog prava se ne može uspoređivati sa suvremenim pojmom roditeljskog prava jer je rimska očinska vlast trajala sve do smrti obiteljskog starješine i nije završavala punodobnošću podčinjenih; ovisne osobe su bile imovinskopravno nesposobne i sve što bi stjecale, pripadalo je kućnom starješini; *pater familias* je mogao podčinjene osobe prodati (*ius vendendi*), a u najstarije vrijeme je od-

izuzev *patrem familias*, koji je jedini bio osoba s punim pravnim ovlaštenjem, svi ostali imali nesamostalan položaj (*personae alieni iuris*).¹⁵ Gaj piše da su neka lica svojevlasna, neka su potčinjena tuđoj vlasti. Od onih koji su u tuđoj vlasti potčinjena neka su lica pod vlašću *potestas*, neka su pod rukom *manus*, neka u mancipijumu. (Gaj, Inst. 1, 48., 49.)¹⁶ *Pater familias* bio je jedini vlasnik sve imovine *familiae*, bilo da je naslijeđena ili na drugačiji način stečena. Unutar obitelji, bio je praktički autonoman, imao je *patria potestas*, vlast nad osobama, djecom i descedentima, i u ranom Rimu uglavnom, obično i nad svojom ženom. To je bila vlast koja je uključivala, barem teoretski, ovlast odlučivati o životu i smrti nad onima koji su pod njegovom vlasti.¹⁷ Bilo je pravo *pater familiasa* odlučiti hoće li novorođeno dijete u njegovoj *familiae* biti prihvaćeno, mogao je odraslog potomka usmrtiti, zbog ozbiljnog prijestupa i bez odobrenja države, iako obično tek nakon što bi se posavjetovao s obiteljskim vijećem.¹⁸

Vlast kućnog starješine rimski su pravници smatrali osobitom karakteristikom svoga društva, pa tako Gaj u Institucijama navodi: „Takoder pod našom su vlasti i naša djeca koje smo rodili u zakonitom braku. To je pravo karakteristično za rimske građane, teško da postoje drugih ljudi koji bi imali takvu vlast prema svojoj djeci kao što ju mi imamo.“ (Gaj, Inst. 1, 55).¹⁹ Građani su bili ili osobe *sui iuris* (svojevlasne osobe) koje su bile nezavisne od obiteljske vlasti, ili *alieni iuris* (osobe pod vlašću drugoga) osobe potčinjene vlasti kućnog starješine. I jedni i drugi uživali su i pravo slobode i građanstva, ali razlika je bila velika između osoba *sub patria potestae* (pod vlašću *paterfamiliasa*) i osoba čiji otac je umro ili je osoba bila emancipirana od očinske vlasti.²⁰

2.1. Reguliranje podrijetla djeteta u rimskom pravu

Reguliranje podrijetla djeteta u rimskom pravu najbolje je opisano u fragmentu klasičnog rimskog pravnika Paula (Paulus):²¹

lučivao o njihovom životu i smrti (*ius vitae ac necis*), kao i o njihovom kažnjavanju. Šarac, M., Lučić, Z., *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str. 71.

15 Romac, A., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 2002., str. 113.

16 Danilović, J., Stanojević, O., *Tekstovi iz rimskog prava*, deveto izdanje, Službeni list SCG, Beograd, 2003., str. 51.- 52.

17 Gardner, J.F., *Family and Familia in Roman Law and Life*, Clarendon Press, 1998., Oxford, str. 2.

18 Saller, R., *Patria potestas and the stereotype of the Roman family*, Cambridge University Press, str. 7., (<https://www.cambridge.org/core/journals/continuity-and-change/article/patria-potestas-and-the-stereotype-of-the-roman-family/B4AD07E3BC9D98046015831C455DF3E4>, 21.09.2020.)

19 Stanojević, O., *Gaj – Institucije, Gai Institutionum comentarii*, Nolit, Beograd, 1982., str. 45. – 46.

20 Hadley, J., *Introduction to Roman law in twelve academical lectures*, D. Appleton and company, New York, 1907., str. 107.

21 Paul (Paulus, Iulius), čuveni pravnik čija je plodna književna djelatnost (oko 320 knjiga) dala priliku Justinijanovim kompilatorima da opsežno objavljuju njegova djela u Digestama. Datumi njegovog rođenja i smrti su nepoznati. Bio je član carskog vijeća za vladavine Septimija Severa i Karakle i *praefectus praetorio* za vladavine Aleksandra Severa. Njegova djela su napisana u prvim desetljećima trećeg stoljeća. Autor je opsežnih komentara na pretorske Edikte (u 80 knjiga) i rasprava na *ius civile* (*ad Sabinum*, u 16 knjiga). Među njegovim spisima su i komentari na radove nekih ranijih pravnika i velik broj monografija na različite teme javnog, fiskalnog, privatnog i kaznenog prava. U novijoj literaturi

D.2,4,5 *Paulus libro quatro ad edictom: (Mater semper) certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.* (Majku je uvijek lako utvrditi, čak iako je vanbračno rodila, dok se ocem smatra onaj na koga ukazuje brak).²²

Mater semper certa est, majka je uvijek poznata; u rimskoj pravnoj tradiciji, izreka koja sadržava temeljno pravilo reguliranja podrijetla od majke, prema kojem je djetetova majka za razliku od oca uvijek poznata, odnosno, majka djeteta jest žena koja ga je rodila.²³ Ovo načelo sadrži u sebi neoborivu predmnjevu (*praesumptio iuris et de iure*) prema kojoj protudokaz uopće nije dopušten.

Za razliku od majke koja je, u rimskom pravu, uvijek bila poznata za podrijetlo djeteta od oca vezala se neizvjesnost (*pater semper incertus*), te je za određivanje podrijetla od oca vrijedila *praesumptio iuris* (predmnjeva) očinstva, prema kojoj se ocem djeteta smatrao muž majke (*pater is estquem nuptiae demonstrant*), te bi rođenjem u valjanom rimskom braku djeca dolazila pod očinsku vlast.

2.2. Utjecaj braka i drugih oblika zajedništva rimskog prava na pravni status djece.

U odnosu na status djece glavnu odrednicu činila je razlika između civilnog braka i ostalih oblika zajedništva. Ovi posljednji bili su uređeni po *ius gentium* i po rođenju djeca su slijedila status majke kakav je bio u vrijeme rođenja. Ako se radilo o civilnom braku, očev status u vrijeme začeća je bio taj koji je prevagnuo.²⁴ Rimsko pravo poznavalo je dvije vrste braka: 1) *ex iure civili*, koji je *matrimonium iustum* (Gaj, Inst. 76), *legilimum* (D. I, 5, 24), *iure contractum* (Ulp. V 10), drugim riječima *iustae nuptiae*, koji proizvodi građanske učinke braka. 2) *ex iure gentium*, koji je, *matrimonium iniustum* ili *non legitimum*, sklopljen između osoba koje ne posjeduju *connubium*.²⁵ Neizbježni i nužni odnosi s peregrinima natjerali su Rimljane da reguliraju zajednicu i s drugim osobama. Takav brak nije bio *iustum matrimonium*, ali nije bio ni konkubinatus. Djeca iz takve zajednice imala su priznatog oca u pravnom smislu riječi. Ipak, nisu bili opravdani *liberi* i slijedili su, na osnovu prihvaćenih principa, status majke.²⁶ Djeca rođena u konkubinatu (*concupinatus*), zajednici života dviju osoba različitog spola, bez *affectio maritalis*, s ocem nisu bila niti u kakvoj pravnoj vezi, te su u svom pravnom položaju slijedili položaj majke, a što je

postoji tendencija negiranja Paulovog autorstva za više djela, tendencija koja nije oslobođena preuveličavanja. Paul nije bio nekritičan kompilator, često je samostalno izražavao mišljenja i neke njegove kritičke opaske, posebno na odluke nekih ranijih pravnika, pružaju dokaz bistrine njegovog jurističkog razmišljanja. Berger, A., *op.cit.*, str. 623.

22 Romac, A., *Izvori Rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1973.str. 181.

23 Petrak, M., *Traditio iuridica, Vol. I. regulae iuris*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 81.

24 Prichard, A.M., *Leages Roman Private Law, founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, Third edition, Macmillan& CO LTD, London, 1961., str. 98.

25 Stocquart, E., (1907). Sherman, C.P.(ed.), prevedeno od strane Bierkan, A., *Marriage in Roman Law*, Yale Law Journal. 16 (5): 303–327. doi:10.2307/785389. JSTOR 785389.Retrieved 2020-09-15, str. 304. (<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1887&context=yjlj>, 19.09.2020.)

26 *Ibid*, str. 316.

utjecalo na pravni položaj takve djece u društvu budući da nisu potpadali pod *patria potestas* svoga oca, niti su bili njegovi zakonski nasljednici. Sličan položaj imala su djeca iz kontuberiuma (*contubernium*), zajednici života između robova ili između roba i slobodne osobe.

Iustae nuptiae označavao je valjan brak između dvije osobe koje su imale *connubium*, sposobnost sklapanja rimskog braka.²⁷ Dakle, samo brak između osoba koje su posjedovale *ius connubium* nazivao se *matrimonium iustum*, a to znači da samo djeca iz takvog braka slijede pravni status svoga oca, čime su potpadali i pod njegovu *patria potestas*.

Prevladavajući izvor *patria potestas* doveo je do toga da Rimljani ustanove dva oblika *iustae nuptiae*: brak *cum manu* i brak *sine manu*. Ove dvije vrste bračnih zajednica koegzistirale su tijekom nekolikostoljeća, sve do ranog Carstva. Otuda dvije vrste zakonitih supruga: *materfamilia*, koja postaje članom nove obitelji, ali samo ako prekine sve svoje veze s prijašnjom obitelji, i *matrona*, koja je, ostajući članom svoje obitelji, zadržava svoje bogove, vlastito imanje, samo odlazi od svog oca ili agnata.²⁸

U braku *cum manu* (lat. *manus* – ruka, u prenesenom značenju označava vlast) žena ulazi u muževu obitelj, potpada pod njegovu vlast (*manus*) i svom imenu dodaje ime muža. Da bi osobe uopće mogle sklopiti brak *cum manu* morale su biti ispunjene određene pretpostavke za sklapanje tog braka, odnosno budući supružnici morali su posjedovati *ius connubi*, potrebna je bila suglasnost njihovih obiteljskih starješina, posjedovanje prirodne i djelatne sposobnosti, te ne postojanje bračnih smetnji (apsolutne i relativne bračne smetnje).²⁹ Gaj ističe da, dok se pod *patria potestas* nalaze i muška i ženska lica, pod *manus* dolaze samo žene (Gaj, Instit. 1, 109 – 113).³⁰

27 Buckland, W.W., *A text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge at the University Press, 1921., str. 105.

28 Stocquart, E., *op.cit.*, str. 310.

29 Apsolutne su zapreke: već postojeći brak, jer je rimski brak u povijesno doba bio monogaman, zatim ropstvo, a u kršćansko doba zavjet čistoće i viši redovi. U doba principata postojala je i apsolutna zabrana braka za vojnike u vrijeme vojne službe. Relativne su: krvno srodstvo, tazbina, u carsko doba zabranjen je brak tutora i njegove štićenice, održano vrijeme žalosti za udovice. Vidi: Horvat, M., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 73.

30 Nekada su žene pod *manus* dolazile na tri načina: putem *usus-a*, *farreus-a* i *coempti-a*. *Ususom* (upotrebom) je dolazila pod *manus* ona koja je neprekidno godinu dana živjela s njim kao žena jer je jednogodišnjom posjedovanjem postojala neka vrsta dosjelosti, te je prelazila u obitelj muža i dobivala pravni položaj kćeri. Zakon XII ploča je propisao da žena, koja ne bi željela da ovim putem dođe pod *manus* muža, treba odsustvovati svake godine tri noći (uzastopno) i tako prekine dosjelost od godinu dana. Ali sva ova pravila su dijelom ukinuta zakonima, dijelom su izišla iz upotrebe, jer su izobičajena. Žrtvenim kruhom dolaze žene pod *manus* muža putem jedne vrste prinošenja žrtve Jupiteru Fareusu, kojom prilikom se koristio kruh od fara, stoga se naziva konfareacija. U izvršenju ovih radnji obavlja se više drugih radnji sa utvrđenim i svečanim riječima u prisustvu deset svjedoka. Koempcijom dolazi žena pod *manus* putem mancipacije, putem neke vrste prividne prodaje, jer čovjek kupuje ženu pred najmanje pet svjedoka, punoljetnih rimskih građana i pred službenim mjeracem (*libripens*), kupuje ženu onaj pod čiji *manus* dolazi. (Stanojević, O., *Institucije...*, *op.cit.*, str. 61.)

Brak *cum manu* je uspostavljan radi općih interesa obitelji, a ne radi osobnih interesa supružnika, jer su interesi obitelji stavljeni ispred interesa pojedinaca. Svrha braka bila je da se osigura potomstvo i kontinuitet obitelji, kako bi domaćinstvo imalo što više članova koji će obrađivati zemlju. Brak je po svojoj prirodi bio monogaman, poligamija je zakonom bila zabranjena. Međutim, u kasnijem periodu događalo se da imućniji ljudi, pored zakonite žene, imaju robinje i konkubine, što nije smatrano nezakonitim i nemoralnim. Ukoliko bi brak bio zaključen između lica *alieni iuris* (lica koja žive po tuđem, a ne svom pravu) za njegovo zaključenje tražila se isključivo suglasnost *pater familias*-a, dok je suglasnost volja supružnika (*affectio maritalis*) počela da se zahtjeva tek u kasnijem periodu. Pravo na raskid braka je pripadalo samo mužu ili njegovom *paterfamilias*-u, dok žena nije imala to pravo. Uobičajeni način za prestanak braka bila je smrt jednog od supružnika, ali i gubitkom slobode nekog od njih ili gubitkom *ius connubii*.³¹

Prateći trendove razvoja države, tržišta, poboljšanje prava i položaja žena, potkraj republike dogodile su se i promjene vezane za sklapanje braka. Tako i brak *cum manu* polako gubi svoj značaj i opća praksa polako postaje brak *sine manu*. Brak *sine manu* u prvom redu oslikava veću samostalnost žene u odnosu prema mužu, odnosno muž gubi svoju potpunu vlast (*manus*) nad ženom. Žena je zadržavala vezu sa svojom agnatskom obitelji i zakonsko nasljedno pravo u toj obitelji. Ako je žena bila *sui iuris* u trenutku sklapanja braka to bi i ostavla i nakon sklapanja braka *sine manu* i zadržavala je svoju imovinu, budući da je imovina supružnika bila razdvojena, vrijedilo je načelo razlučene imovine. U slučaju da je žena u trenutku sklapanja braka bila *alieni iuris*, imovinu bi stjecala za svog imatelja. Za zaključivanje braka *sine manu* nisu zahtjevani neki posebni postupci i formalnosti već je bila dovoljno da između budućih supružnika postoji *affectio maritalis* i faktička zajednica života. Ipak, niti u braku *sine manu* ne možemo govoriti o potpunoj samostalnosti žene, jer žena je imala i određene obveze iz takvoga braka koje su je ipak činile zavisnom od muža, ali u puno manjoj mjeri nego u braku *cum manu*.

Pravne posljedice zaključenja ovog braka su imale utjecaj na položaj i žene i djece rođene u ovom braku: oni su dobivali društveni status supruga, odnosno muža, a žena je imala obvezu da bude vjerna, živi u domaćinstvu muža i materijalno ga pomaže.³²

U odnosu na razvod kao jedan od razloga prestanka braka (među ostalim razlozima su i smrt jednog od bračnih drugova, *capitis deminutio maxima*, naknadnu bračnu smetnju), bitno je istaknuti da se razvod razlikovao u odnosu je li brak sklopljen *cum manu* ili *sine manu*. Naime, kod razvoda braka *cum manu*, koji se razvodio po načelima starog rimskog prava, žena nije imala pravo sama odlučivati o razvodu jer je to pravo pripadalo njezinom mužu ili njegovom *pater familias*u. Za razliku od toga u braku *sine manu* pravo na razvod jednako su imali i žena i muž, pa i njihovi *pater familias*, iako je to pravo očeva kasnije bilo zabranjeno.

31 Stefanović, D.N., Zarubica, S., *Koncept braka u rimskom pravu i položaj žene u njemu*, Pravo- teorija i praksa, Novi Sad, broj 2 / 2020, str. 38.

32 *Ibid.*, str. 42.

Za dokazivanje bračnosti³³ djeteta u najstarije doba nije bilo nekih posebnih pravila, sve je zavisilo od toga da li će *pater familias* po svojoj volji priznati dijete. To je simbolično izvodio tako, da mu je novorođeno dijete polagano pred noge, pa ako bi ga *pater familias* podigao na ruke (*tollere liberum*), uzimalo se da ga je time priznao i prihvatio kao člana obitelji. U kasnije su doba uz spomenutu presumpciju, uvedena i neka druga pravila za utvrđivanje bračnosti, pa je tako predviđeno da će se bračnim smatrati dijete rođeno nakon 182. do 300. dana poslije sklapanja braka. Ako je brak prestao razvodom, žena je po jednom senatskom mišljenju (*SC Plancianum*, iz doba Vespazijana) morala najkasnije u roku od mjesec dana obavijestiti muža da je s njim noseća, jer je u protivnom on mogao osporiti očinstvo. Dijete je bilo ovlašteno da i samo traži priznanje zakonitosti rođenja posebnim pravnim sredstvom (*praeiudicium edicto perpetuopropositum*), što ga je uvelo pretorsko pravo. U Justinijanovom pravu to se sredstvo zove *praeiudicium de partu agnoscendo*.³⁴ Djeca rođena u braku bez *connubium*-a, gdje je brak bio priznat samo *iure gentium*, a ne *iure civil*, bila su *fili iusti*, te su prema ocu bili samo u kognatskom odnosu. Djeca iz konkubinata (*liberi naturales*) i druga izvanbračna djeca također nemaju pravne veze prema ocu, već stoje u rodbinskom odnosu (*cognatio*) prema majci i njenim rođacima.³⁵

2.3. Utjecaj pravnog položaja žene u rimskom pravu i obitelji na načelo *mater semper certa est*

D.1,5,9 Papinians libro trigensimo primo quaestionum In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum. ³⁶

Položaj žene u starom Rimu bio daleko nepovoljniji od položaja muškarca. Uz nekolicinu izuzetaka sve žene u Rimu su tijekom cijelog života bile pod određenim stupnjem ograničenja poslovne sposobnosti. Ovlast za djelovanje morala je biti pribavljena, ili dodijeljena, od strane muškarca oca, muža ili tutora.³⁷ Poslovna sposobnost žene tijekom duljeg perioda bila je ograničena, žena u potpunosti isključena iz svih javnih prava, potčinjena *pater familias*-u ili stupanjem u brak potčinjena muževoj vlasti (*manus*), (naprijed je prikazano kako je u braku *cum manu* žena bila u potpunosti potčinjena vlasti muža, dok je veću samostalnost u odnosu na muža imala u *brakusine manu*).³⁸

33 Rođenjem dolazi pod *patria potestate* dijete začeto i rođeno u zakonitom rimskom braku (*matrimonium legitimum*). Kao zakonita i po ocu začeta (*fili iusti, legitimi*) smatrala su se djeca koja su rođena za trajanja takva braka. Horvat, M., *op.cit.*, str.83.

34 Romac, A., *Rimsko...*, *op.cit.*, str. 136.

35 Horvat, M., *op.cit.*, str. 84.

36 Po mnogim propisima našeg prava nepovoljniji je položaj žena nego muškaraca. Romac, A., *Izvo-ri...*, *op.cit.*, str. 151.

37 Sve do vremena Augusta jedini izuzetak bile su šest djevice Vestalki, poslije Augusta slobodne žene koje su rodile troje djece ili oslobođene žene koje su rodile četvero djece i koje su bile *sui iuris* (neovisne, u smislu subjekta pod kontrolom nit oca niti muža), bile su u mogućnosti osloboditi se tutora. Gardner, J. F., *Women in Roman Law and Society*, Indiana University Press, 1991., str. 5.

38 „*Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sin, propter animi levitatem in tutela esse.*“ (Gaj, Inst., I.144 „Naši stari su željeli da žene, i one dorasle dobi zbog svojevrzne im lakomisle-

Ovaj prvobitno izuzetno nepovoljan i ponižavajući status koji je imala žena vremenom će se mijenjati, te će žena vremenom dobivati sve značajniju ulogu u društvu i obitelji, kao jezgri zajednice.³⁹

Ipak, uz činjenicu da su žene bile u znatno nepovoljnijem položaju u odnosu na muški rod, vidimo kako, sukladno pravnoj reguli *mater semper certa est*, niti u jednom trenutku nije dovedeno u pitanje njezino majčinstvo prema djeci koje je rodila, bez obzira radi li se o djeci rođenoj u zakonitom rimskom braku, braku bez *connubium*-a, djeci iz konkubinata i drugoj izvanbračnoj djeci. U starom Rimu, patrijahalno uređenom u oblasti obiteljskih odnosa, Paulovom regulom možda se htjelo ukazati naznačaj koji u životu djeteta ima njegova biološka majka, te se time osigurati pravo djeteta na sigurnost svog podrijetla.

3. Austrijski opći građanski zakonik iz 1811. u Bosni i Hercegovini i *regulae iuris mater semper certa est*

Bosna i Hercegovina je stoljećima pripadala nemalom europskom krugu zemalja čiji je pravni sustav bio baziran na recepciji rimskog prava.⁴⁰ Europsko kontinentalni sustav prava se naziva još i civilnim sustavom prava. Zemlje civilnog prava svoj naziv duguju Rimljanima, pošto se zbog shvaćanja ovog sustava polazi od značenja riječi *civilis*.⁴¹ Justinijanova kodifikacija koju je prvi put priredio i odtiskao Gotofredus sredinom XVI. stoljeća, naziva se *Corpus iuris civilis*, a što označava zbornik rimskog prava.⁴² Dakle, kada koristimo terminologiju „zemlje civilnog prava“, mislimo na one pravne sustave koji su nastali na tradiciji rimskog građanskog prava, jer je vremenom riječ *civilis* dobila značenje privatnog-građanskog prava. Zbog utjecaja germanskog običajnog prava ovaj pravni sistem se označava i kao rimskogermanski. Najvažniji faktori nastanka ovog pravnog sustav su: rimska pravna tradicija, prirodnopravna teorija, germansko običajno pravo i kanonsko pravo. Nisu rijetki ni oni koji su ovaj pravni sustav skloni nazvati eurokontinentalnim kako bi ukazali na odvojenost ovog sistema u odnosu na one koji su također europski ali nisu

nosti, budu pod tutorstvom“), priopćuje Gaj argumente *veteres*, ali u drugom tekstu *ad limine* odbacuje „uobičajeno mišljenje“ o urođenoj lakomisenosti žena, rezultno konstatira da ne postoji nijedan valjan razlog („... *nulla pretiosa ratio*...“) da žene dorasle dobi budu pod tutorstvom te smatra da je taj nadzor u biti više prividan nego stvaran. U Ulpijanovom traktatu nalazimo tek kratku konstataciju da ženama – i nedoraslim i doraslim, „zbog slabosti spola te zbog nepoznavanja sudskih stvari“, treba postaviti tutore. Apostolova Maršavelski, M., *Rimska Tutela mulierum u opisima klasika*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55 (3-4) 1001 – 1017 (2005.), str. 1002- 1003.

39 Huseinspahić, A., *Tutela mulierum i pravni položaj žene u starom vijeku*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici 4 (08), str. 219.

40 Huseinspahić, *Tragovi velikih pravnih sistema u Bosni i Hercegovini*, Pravna misao, br.3-4, Sarajevo, 2004., str. 8.

41 *Ibid.*, str. 10.

42 Temeljne postavke koje su istaknute u Justinijanovoj kodifikaciji nalaze svoje uporište u najvažnijim pravnim i političkim dokumentima, u procesu formiranja velikih nacionalnih država u američkoj Deklaraciji o nezavisnosti iz 1776. godine i francuskoj Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina iz 1789. (Bandović, S., *Institucije kao dio sistema Justinijanove kodifikacije*, Magistrat, Sarajevo, 2007., str.175.).Usp. *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.(dalje, Pravni leksikon), str.166-167.

civilni poput pravnog sustava Engleske.⁴³ Civilno pravo ima korijene u rimskom pravu koje je kodificirano *Copus iuris civilisom*. Recepcija rimskog prava okončana je u većini europskih zemalja donošenjem građanski zakonika tijekom XIX. i u XX.stoljeća.⁴⁴ Pravne norme ovog sustava su sadržane u građanskim kodifikacijama, poput francuskog *Code civil-a* (1804.), austrijskog *Bürgerliches Gesetzbuch* (1811.), njemačkog *Bürgerliches Gesetzbuch* (1896.), japanskog građanskog zakonika (1896.), švicarskog *Zivilgesetzbuch* (1907.) i talijanskog *Codice civile* (1942.). Među ovim kodeksima postoje značajne razlike koje su često grupirane u dvije porodice, romansku i germansku.⁴⁵ U Bosni i Hercegovini u primjeni je bio austrijski građanski zakonik iz 1811.godine koji je imao specifičnu primjenu, naime on se primjenjivao kao supsidijaran izvor prava, te nije nikada službeno proglašen za Bosnu i Hercegovinu. Primjenjivale su se i to s izmjenama i modifikacijama samo njegove obveznepravne norme dok je bračno i obiteljsko pravo zadržalo skoro isključivu konfesionalnu narav.⁴⁶ Austrijski opći građanski zakonik (u daljnjem tekstu OGZ) bio je jedna od najutjecajnijih građanskih kodifikacija. Proglašen je carskim patentom 1.lipnja 1811. godine. Temeljio se na rimskom pravu, učenju privatnopravne škole i na idejama prosvjetiteljstva. Sastojao se iz 1502 člana, a tekst je podijeljen na uvod i tri dijela (*personae, res, actiones*) vodeći se načelom tripartitne podjele koju donose Gajeve Institucije.⁴⁷ Proces kodifikacije građanskog prava započeo je u Austriji u vrijeme Marije Terezije (1740.-1780.), a 1753. godine formirana je komisija za izradu zakonika koji bi vrijedio za sve podanike habsburških

43 Podrobnije o navedenoj tematici: Huseinspahić, A., *Tragovi velikih pravnih sistema ...op.cit.*, str.7-37.

44 Recepcija je proces postupnog preuzimanja rimskog prava u državama zapadne i srednje Europe kao pozitivnog prava u srednjovjekovnome i ranome modernom razdoblju. Do recepcije je najprije došlo u sjevernoj Italiji i Južnoj Francuskoj početkom XII.stoljeća. Presudan utjecaj na recepciju rimskog prava imali su glosatori i postglosatori koji su prilagođavali pravila rimskog prava sa kanonskim i običajnim pravom, te je na taj način nastao sustav recepcipiranog rimskog prava kao općeg ili *ius commune* prava koji se koristio kao supsidijarno pravo za sve one slučajeve koji nisu bili regulirani partikularnim pravom. Nadalje, bitnu ulogu u procesu recepcije rimskog prava odigrali su njemački carevi koji su se smatrali nasljednicima rimskih imperatora, ali ipak presudan utjecaj pripada kanonskom pravu. (Pravni leksikon, *op.cit.*, str.1389-1390).

45 *Ibid.*

46 Više o tome: Jonjić, T., *Ivo Pilar o recepciji austrijskoga Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, *Pilar- časopis za društvene i humanističke studije*, Zagreb, Institut društvenih znanosti Ivo Pilar, broj 13(1), 2012., str. 122-126.; Usp. Spajić, V., *Naljednopravni običaji u Bosni i Hercegovini nakon Austro-Ugarske okupacije*, Radovi, Sarajevo, Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Knjiga XXXII., Odjeljenje društvenih nauka, 1967., knjiga 11., str. 53-101.

47 Gaius, rimski pravnik koji je za života (110.-180.n.e) bio malo poznat, ali je kasnije zahvaljujući svojim djelima stekao velik ugled. Jedno od njih *Institutiones commentarii quattuor*, sačuvano je u nepromijenjenom obliku kao jedino djelo iz perioda klasičnog prava. (Romic, Ante *Riječnik latinskih pravnih izraza. Vademecum iuridicum*, Zagreb, Informator, 1992., str.656.-657.) Usp. Gajeve Institucije su bile sve do dvadesetih godina prošlog stoljeća poznate samo po malobrojnim odlomcima iz Digesta i preko Justinijanovih Institucija. 1816, njemački historičar Niebuhr otkrio je tekst na jednom palimpsestu kaptolske biblioteke u Veroni, te ga je potom objavio. Sistem izlaganja privatnog prava koji je upotrijebio Gaius u Institucijama, imao je velik utjecaj na pravnu znanost i zakonodavstvo. Osim Justinijanovih Institucija, brojni građanski zakonici preuzeli su triparticiju odnosno način izlaganja materije onako kako je to učinio Gaius (*res, personae, actiones*). Više o tome: Romic, A, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Zagreb, Zagreb, 2007., str. 44.-45.

nasljednih zemalja i koji bi primjenjivali svi državni sudovi.⁴⁸ Rezultat rada ove komisije bio je nacrt zakona poznat kao *Codex Theresianus iuris civilis* međutim zbog nejasnoće i preopširnosti ovaj nacrt je odbijen. Nova je komisija formirana 1722.godine te je izradila jasniji i sažetiji tekst, a narednih godina nastavljen je rad na tekstu koji je konačno za vrijeme vladavine Franje II. (1792.-1835.) završen. U finaliziranju ovoga opsežnog projekta zaslužna je komisija na čelu sa najvećim znanstvenim autoritetom u povijesti austrijskih kodifikacija, profesorom *Franz von Zeiller-om* koji se pri izradi zakona oslanjao na učenje prirodnoga prava i na prosvjetiteljske ideje. U prvome dijelu sadržane su odredbe o osobnome pravu, a u svezi s tim i o obiteljskom pravu (paragrafi 1-308.).⁴⁹

Drugi dio sadrži podjelu na stvarno, (paragrafi 309.-530.), nasljedno (paragrafi 531.-858.) i obvezno pravo (paragrafi 859.-1341.), a nakon općih propisa o obvezama navode se posebne vrste ugovora, dok treći dio sadrži opće norme zajedničke za prethodna dva dijela (paragrafi 1342.-1502.).⁵⁰ OGZ je legalizirao privatno vlasništvo, slobodu ugovaranja i slobodu oporučnog raspolaganja imovinom. Noveliran je u više navrata, 1914., 1915., i 1916. godine.⁵¹ Zakonik je nazvan općim jer se time isticao njegov nestaleški karakter koji je trebao vrijediti za sve stanovnike jednako. OGZ je imao snažan utjecaj na europski pravni sustav.⁵² OGZ jedna je od žarišnih točaka moderne europske pravne kulture kako po svojim obilježjima tako i po utjecaju kojemu u zemljama srednje i istočne Europe teško da ima ravnja. Na tome je području OGZ utjecao na oblikovanje pravnih pojmova kao i na uobličavanje šire pravne svijesti i pravne kulture.⁵³ Odredbama najvažnije kodifikacije građanskog prava, OGZ-a, koja se koristila kao supsidijaran izvor prava u Bosni i Hercegovini u vrijeme austrougarske uprave, o odnosima roditelja i djece vidljivo je kako OGZ pravi značajnu razliku između bračne⁵⁴ i izvanbračne djece⁵⁵, koja ne uživaju jednaka

48 Karčić, F., *Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str.43.

49 Engelsfeld, N., *Povijest hrvatske države i prava. Razdoblje od 18. do 20.stoljeća*, Pravni fakultet Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 2006., str. 98.

50 *Ibid.*

51 Te novele vrijedile su u austrijskom dijelu Monarhije u Istri i Dalmaciji te u slovenskim zemljama, a za Hrvatsku i Slavoniju ostao je neizmjenjeni zakonski tekst. Novelema se pokušao zastarjeli građanski kodeks prilagoditi potrebama i zahtjevima ekonomskog, društvenog i pravnog razvitka srednjoeuropskog kapitalizma na početku 20.stoljeća. (Engelsfeld, N., *op.cit.*, str.99.)

52 Više o primjeni OGZ-a u Europi vidjeti: *Von ABGB zum Europäischen Privatrecht, 200 Jahre Allgemeines Gesetzbuch in Europa*, Rudolf Eelser, Wien, 2012.

53 Čepulo, D., *Tradicijska i modernizacijska: "iritantnost" općeg građanskog zakonika u hrvatskom pravnom sustavu*, *Liber amicorum Nikola Gavella*, u Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavella, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007., str.1.-2.

54 Čl. 137. – 138. OGZ (Austrijski građanski zakonik, Nova štamparija, Beograd 1906., str. 19.): Kad se u braku rode djeca, onda postaju nov pripadnik, odnosno: time se zasnivaju prava i obveze između bračnih roditelja i djece. Pretpostavlja se da su bračna djeca ona: koje je supruga rodila u 7.mjesecu po zaključenju braka ili u 10.mjesecu bilo po smrti muža ili po potpunom razrješenju bračne veze.

55 Čl. 155. – 156. OGZ-a (*Ibid.*, str. 21.) Izvanbračna djeca ne uživaju ista prava koja uživaju bračna. Po pravu se pretpostavlja da su ona djeca izvanbračna, koju je istina rodila supruga, ali prije ili poslije zakonskog roka, gore, obzirom na zaključenje ili razrješenje braka. Ali ova pravna pretpostavka nastupa kod ranijeg rođenja tek onda ako muž koji za trudnoću prije ženidbe nije znao, nadalje, za 3 mjeseca po dobivenom glasu o rođenju djeteta sudskim putem ospori da je on otac djeteta.

prava kao i bračna. Prema odredbama čl. 165. OGZ-a izvanbračna djeca lišena su u općem obiteljskih i srodničkih prava; ona nemaju prava niti na obiteljsko ime očevo, niti na plemstvo, grb i druge oznake roditelja. Ona nose prezime majčino. OGZ ne nudi zakonsku definiciju majke. S obzirom da ne nudi definiciju, time zakonik slijedi *regulae iuris mater semper certa est*, budući da niti ne dovodi u pitanje osobu majke, jer slijedom prirodnih načela, majku vidi samo kao osobu koja je dijete rodila.

4. Obiteljsko uređenje između dva svjetska rata (1918.-1941.)

Prva zajednička južnoslavenska država, Kraljevina Srba Hrvata i Slovenaca koja se formirala prvoprosinačkim aktom 1918. godinenije bila jedinstveno pravno područje, sastojala se od šest pravnih područja a samim time i tradicija. Pravna heterogenost u državi se ogledala u postojanju dva područja prava, prava koje je bilo izjednačeno na državnoj razini i prava koje nije bilo moguće izjednačiti zbog nejednakih naslijeđenih pravnih tradicija pojedinih zemalja iz ranijeg državnopravnog uređenja. Specifične grane prava, imovinsko i bračno bilo je neunificirano jer su se u tim granama primjenjivali propisi koje je stara Jugoslavija, zatekla u pojedinim zemljama. Osnovna karakteristika bosanskohercegovačkog pravnog područja, kao jednog od šest pravnih područja jeste zadržavanje imovinskopravnih odnosa iz austrougarskog perioda.⁵⁶ U pogledu obiteljskih, bračnih i nasljednih odnosa ostaje na snazi vjersko pravo, koje za stanovnike islamske vjeroispovijesti znači primjenu šerijatskog prava, a za kršćansko stanovništvo kanonskog prava. U tom pogledu i Židovi na području BiH su imali svoju vjersku autonomiju. Na području BiH upotrebljavale su se dvije pravne kodifikacije, i to OGZ i Medžella. Bosna i Hercegovina u periodu između dva svjetska rata može se uzeti kao primjer pravnog „dualizma“. ⁵⁷ Što se tiče bračnog prava vrijedilo je isključivo vjersko pravo (konfesionalno-crkveno) što je bila specifičnog bosanskohercegovačkog područja, budući da je u svim drugim pravnim područjima vrijedilo osim vjerskog prava, djelomično barem i civilno bračno pravo.⁵⁸ U odnosu na razvoj osobnog i obiteljskog prava u Jugoslaviji od 1918. do 1941. godine nije u spomenutom razdoblju doneseno mnogo novih propisa osim odredaba u Vidovdanskom i Oktroiranom ustavu i nekih manje značajnih propisa koje međutim, u suštini nisu izmijenili pravno stanje naslijeđeno iz prijašnjih sistema.⁵⁹ Pravna nejednakost građana s obzirom na njihovu vjersku pripadnost se možda najbolje oslikavala na području raskida braka, gdje je građanin muslimanske vjere mogao raskinuti svoju bračnu vezu jednostavno svojom izjavom po šerijatskom pravu, (*talak*), građanin židovske vjere pitanje raskida braka, mogao je okončati “raspusnim pismom”, građanin pravoslavne vjere je mogao dobiti raskid nakon brakorazvodne parnice pred crkvenim sudom, dok se pripadnik katolike crkve primjerice nije mogao uopće osloboditi svojeg sakramentalnog braka.⁶⁰

56 Više o tome: Čulinović, F., *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX. i XX. vijeka . Srbija, Crna Gora, Makedonija, stara Jugoslavija (1918.-1941), Nova Jugoslavija*, Školska knjiga, Zagreb, 1959., str.311.

57 Mutapčić, E., *Austrijski građanski zakonik i njegova primjena u BiH poslije 1918, u Austrijski građanski zakonik 1811.-2011- zbornik radova*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli i Pravni fakultet Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Tuzla, 2014., str. 166

58 Čulinović, F., *op.cit.*, str. 311.

59 *Ibid.*, 319.

60 Čulinović, F., *op.cit.*, 319.

4.1. Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece FNRJ

Pravni poredak koji se stvarao u vremenu nakon Drugog svjetskog rata, temeljio se na odlukama i zakonskim aktima AVNOJ-a i Privremene narodne skupštine uz načelni raskid sa prijašnjim pravnim sustavom. U ovom povijesno pravnom razdoblju kreće se sa donošenjem pravnih propisa iz oblasti obiteljskog prava, tako da je u tom smislu donesen Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece 1947. godine (dalje, OZORD)⁶¹ koji je postavio osnovne principe odnosa roditelja i djece te međusobna prava i dužnosti bližih srodnika. OZORD je regulirao prava i dužnosti roditelja i djece, kao i međusobna prava i dužnosti bližih srodnika. Republikama, a samim time i Bosni i Hercegovini je ostavljena mogućnost da neka pitanja iz ove oblasti bliže reguliraju svojim propisima, međutim sve do donošenja Porodičnog zakona Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine 1979. godine, to nije učinjeno.

OZORD je između ostalog, regulirao i podrijetlo djeteta od majke i oca. Navedenim zakonom načelo rimskog prava *mater semper certa est* nije uopće dovedeno u pitanje, već se po prirodnom shvaćanju majkom djeteta uvijek smatrala žena koja je dijete rodila, te se u zakonu definicija majke nije propisivala jer se ta činjenica smatrala potpuno razumljivom. Činjenica rađanja djeteta je po prirodi stvari lako uočljiva pojava, jer je nošenje i rađanje djeteta vidljivo. Otuda i pravilo da je majka uvijek poznata.⁶² Majčinstvo proizlazi iz materijalne činjenice porođaja. Zbog toga majčinstvo nije teško dokazati, te se ono u starim zakonima izričito ne propisuje.⁶³

Za razliku od majke koja je uvijek poznata, za oca je vrijedila oboriva pravna presumpcija. Naime sukladno maksimi rimskog prava *pater est, quem nuptiae demonstrant* ocem djeteta se smatrao muž majke. Pretpostavljeni otac, muž majke djeteta, ima mogućnost dokazivati da nije otac djeteta, može osporavati očinstvo. To pravo također pripada kako majci tako i djetetu.⁶⁴ OZORD je propisivao i da se ocem djeteta koja se rode po prestanku braka u roku od 300 dana od dana prestanka braka ima smatrati muškarac koji je bio muž majke u trenutku prestanka braka, a u slučaju da majka rodi dijete u kasnijem braku, ali prije isteka roka od 270 dana od prestanka prethodnog braka, ocem djeteta smatra muž majke iz prethodnog braka, osim ukoliko muž majke iz kasnijeg braka ne prizna dijete za svoje.

4.2. Porodični zakon Socijalističke Republike Bosne Hercegovine iz 1979.

Porodičnim zakonom Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine iz 1979. (dalje, PZ)⁶⁵ podrijetlo djeteta bilo je zakonom uređeno na gotovo identičan način kao i OZORD-u. Majka djeteta nije bila definirana zakonom iz razloga oslanjanja na prirodnu i ta je činjenica u PZ bila uređena kao neoboriva predmnjeva. Sukladno

61 Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece ("Službeni list FNRJ" br.104/1947., 45/1949, 11/1951, 53/1957; "Službeni list SFRJ" br. 10/1965).

62 Bakić, S., V., *Porodično pravo*, Suvremena administracija, Beograd, 1974., str. 194.

63 *Ibid*, str. 211.

64 *Ibid*, str. 195 – 196,

65 Porodični zakon ("Službeni list SFRJ", br. 21/1979 i 44/1989).

tome majka djeteta je uvijek bila poznata, odnosno temelj tadašnjeg zakonskog uređenja majčinstva bilo je rimskopravno načelo *mater semper certa est* i uređeno kao neoboriva predmnjeva *praesumptio iuris et de iure*. Očinstvo djeteta bilo je uređeno na način da se ocem djeteta rođenog u braku ili u periodu 300 dana po prestanku braka smatrao muž majke djeteta. Ocem djeteta koje je rođeno van braka smatralo se lice koje je dijete prizna za svoje ili čije se očinstvo utvrdi pravomoćnom sudskom odlukom. 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.⁶⁶ Dakle, bračni status djeteta proizilazio je iz ove odredbe i da bi se dijete smatralo bračnim moralo je biti rođeno u braku ili u period od 300 dana od dana prestanka braka. Drugi element za stjecanje bračnog statusa je da dijete potječe od žene koja je u vrijeme njegovog rođenja ili začeća bila u braku. U ranijoj praksi majčinstvo se utvrđivalo u nekim situacijama, kada se ono moralo utvrđivati, npr. u slučaju namjerne ili nenamjerne zamjene djece, ili pogrešnog upisa majčinstva u matičnu knjigu i sl.⁶⁷ Vanbračnim djetetom smatra se: a) dijete koje je rodila žena koja nije u braku, b) dijete koje rodi žena koja je bila u braku, ali je dijete rodila nakon isteka roka od 300 dana od dana prestanka braka, c) dijete koje rodi žena u nepostojećem braku i d) dijete koje je rođenjem steklo bračni status ali mu je bračnost uspješno osporena.⁶⁸ Pošto je rođenje djeteta bila očita činjenica i podrijetlo djeteta od majke u većini slučajeva nesporno, to se kada bi nastala potreba, na priznanje majčinstva analogno primjenjivale odredbe o priznanju očinstva. Sukladno tome žena koja bi priznala svoje majčinstvo i kasnije saznala za okolnosti koje ga isključuju mogla je osporavati svoje majčinstvo. U situacijama kada je majčinstvo djeteta nepoznato člankom 123. PZ propisano je da se odredbe o utvrđivanju očinstva shodno primjenjuju ina utvrđivanje majčinstva. Osporavanje bračnog majčinstva ima svrhu dokazivanja da je žena koja je upisana u matičnu knjigu rođenih kao majka djeteta nije njegoa biološka majka. Upravo zbog toga zakonodavstvo i normira mogućnost osporavanja bračnog majčinstva. U praksi se ova mogućnost koristi za zamjene djece u porodilištu ili upisa u matičnu knjigu kao majke djeteta žene koja nije rodila dijete.⁶⁹ Sve ovo govori u prilog činjenici da se u navedenom zakonu primjenjivalo načelo *mater semper certa est* i to kao neoboriva presumpcija, budući i da odredbe kojima se dopušta utvrđivanje i osporavanje majčinstva teže cilju da se izjednači pravno i faktičko stanje, ta da se kao majka djeteta pojavljuje samo žena koja je dijete rodila. U tom smjeru, zakonom nije bilo dozvoljeno da žena koja je dijete rodila, a koje dijete je začeto umjetnim putem, osporava svoje majčinstvo djetetu, iako je muž mogao osporavati očinstvo djeteta, koje je rodila njegoa žena, ako je do začeća vještačkim putem došlo sjemenom drugog muškarca bez njegoa suglasnosti.⁷⁰

66 Čl. 106, st. 1.,2.,3, PZ.

67 Traljić, N., Bubić, S., *Porodično pravo*, II izdanje, Magistrat, Sarajevo, 2001., str. 103.

68 *Ibid.*, str. 106.

69 *Ibid.*, str. 136. – 137.

70 Čl. 133 st.1.PZ.

5. *De lege lata*

Pravo na brak i obitelj u Bosni i Hercegovini je ustavna kategorija. Ustavom Bosne i Hercegovine (dalje, Ustav BiH), člankom 2. st. 3. toč. (j) zajamčeno je svim osobama na teritoriju Bosne i Hercegovine pravo na brak i zasnivanje obitelji.⁷¹ Obiteljsko pravo jeste shodno ustavnim rješenjima, stavljeno u nadležnost entiteta te je kao takvo uređeno entitetskim propisima Obiteljskim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: ObZ FBIH), Porodičnim zakonom Republike Srpske (dalje u tekstu: PZ RS) i Obiteljskim zakonom Brčko Distrikta BiH (dalje u tekstu: ObZ BDBIH).

Nabrojani zakoni ostali su dosljedni rimskopravnom načelu *mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant* i to ne dovodeći u pitanje određivanje očinstva kao oborive presumpcije (*praesumptio iuris*) propisujući da se (1) Ocem djeteta rođenog u braku ili periodu do 300 dana od prestanka braka smatra muž majke djeteta. (2) Ako je dijete rođeno u kasnijem braku majke, ali prije isteka 300 dana od prestanka njenog prethodnog braka, ocem će se smatrati muž majke iz kasnijeg braka⁷². PZ RS također određuje očinstvo oborivom presumpcijom ali uz određene razlike u odnosu na ObZ FBIH. Naime, PZ RS skoro pa na identičan način kao i ObZ FBIH utvrđuje da se ocem djeteta rođenog u braku ili u periodu do 300 dana po prestanku braka, smatra muž majke djeteta.⁷³ Razlika između navedenih zakona javlja se u stavku kojim se određuje očinstvo djeteta rođenog u kasnijem braku majke, odnosno, kako je naprijed i navedeno ObZ FBIH ocem djeteta rođenom u kasnijem braku majke, ali prije isteka 300 dana od prestanka njenog prethodnog braka, ocem će se smatrati muž majke iz kasnijeg braka, za razliku PZ RS koji propisuje da 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.⁷⁴ PZ RS kroz odredbu čl. 109. st. 3 određuje i da se ocem djeteta rođenog van braka, smatra lice koje dijete prizna za svoje ili čije je očinstvo utvrđeno pravomoćnom sudskom presudom. ObZ BDBIH u svom čl. 50. određuje da se (1) Ocem djeteta rođenog u braku ili u razdoblju do 300 dana po prestanku braka, smatra muž majke djeteta. (2) Ocem djeteta koje je rođeno izvan braka, smatra osoba koja dijete prizna za svoje ili čije se očinstvo utvrdi pravomoćnom sudskom presudom. (3) Ako je dijete rođeno u izvanbračnoj zajednici, a odluka o razvodu braka majke djeteta nije pravovaljana, ocem djeteta smatra se muškarac koji uz suglasnost s majkom djeteta prizna dijete za svoje. Dakle, ObZ BDBIH nema propisane odredbe u sukobu zakonskih predmnjava o očinstvu u slučaju kasnijeg braka majke, čime se sadržajno priklonio odredbama ObZ FBIH. U sva tri zakona vidi se usklađenost s rimskopravnim načelom *pater est, quem nuptiae demonstrant* budući da sva tri zakona određuju očinstvo djeteta oborivom predmnjevom da se ocem djeteta smatra muž majke, ali razlika između

71 Ustav Bosne i Hercegovine (*Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini- aneks IV*) i Amandman I na Ustav Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH*, br. 25/09.)

72 Čl. 54, st. 1 i 2, ObZ FBIH.

73 Čl. 109. St. 2. PZ RS.

74 Čl. 109. St 4 PZRS.

zakona, kao što je naprijed i izneseno, postoji u određivanju i predmnjevi očinstva u slučaju kasnijeg braka ili izvanbračne zajednice (ObZ BDBIH) majke. U tom pogledu kroz cijelu pravnu tradiciju na području današnje Bosne i Hercegovine nikad nije dovedeno u pitanje određivanje očinstva *praesumptio iuris pater est, quem nuptiae demonstrant*, nego je dosljedno ispoštovano načelo rimskog prava iz kojeg je predmnjeva o očinstvu i izvedena.

Sadržajnim određenjem majčinstva u tri navedena važeća zakona vidljivo je kako je zakonodavac, prilikom definiranja majke djeteta, slijedio primjenu načela *mater semper certa est*, tako ObZ FBIH u čl. 53. određuje da je „Djetetova majka je žena koja ga je rodila“ čime je jasno određeno da je majka djeteta samo ona koja ga je rodila (isto, izvan instituta posvojenja⁷⁵). Na gotovo identičan način pojam majke određen je i u PZRS⁷⁶ i ObZ BDBIH⁷⁷. U situacijama kada se majčinstvo ili očinstvo djeteta ne može utvrditi na temelju navedenih presumpcija utvrđuje se priznanjem roditelja ili sudskom presudom. Odredbe o utvrđivanju i osporavanju majčinstva, sadržane u pozitivnim obiteljskim zakonima na teritoriju BiH, imaju za cilj prikaz pravog stanja stvari, i to na način da teže situaciji u kojoj se majkom djeteta prikazuje žena koja je dijete stvarno i rodila.⁷⁸

Iako, navedeno određenje pojma majčinstva na prvi osvrt ukazuje kako se radi o neoborivoj predmnjevi (*praesumptio iuris et de iure*), jer isto nije određeno situacijom, usporedbe radi, kao što je to kroz izvjesni vremenski period bilo zakonski uređeno u Republici Hrvatskoj,⁷⁹ ipak je potrebno ukazati na odredbu čl. 90. st.1, ObZ FBIH

75 U Bosni i Hercegovini zakonski se razlikuju dvije vrste posvojenja. Potpunim posvojenjem se između posvojitelja i njegovih srodnika, s jedne strane, i posvojčeta i njegovih potomaka, s druge strane, zasniva neraskidiv odnos srodstva jednak krvnom srodstvu. U matičnu knjigu rođenih posvojitelji se upisuju kao roditelji posvojčeta. Potpunim posvojenjem prestaju međusobna prava i dužnosti posvojčeta i njegovih krvnih srodnika, osim ako dijete posvoji maćeha ili očuh. (čl. 113. i 114. OBZ FBIH, na ličan način prava i dužnosti iz potpunog posvojenja su određena u PZ RS čl. 156. i čl. 160., i u OBZ BDBIH čl. 96 i 97). Vidimo kako se potpunim posvojenjem zasniva odnos srodstva jednak krvnom srodstvu i sukladno tome se posvojitelji u matičnu knjigu rođenih upisuju kao roditelji djeteta, odnosno majka i otac djeteta i na taj način majkom djeteta postaje žena, ne ona koja ga je rodila, već žena koja je dijete posvojila. Iz istog razloga navodimo da je institut posvojenja izvan načela *mater semper certa est*. Nepotpunim posvojenjem nastaju između posvojitelja, s jedne strane, te posvojčeta i njegovih potomaka, s druge strane, prava i dužnosti koja po zakonu postoje između roditelja i djece, osim ako zakonom nije drukčije određeno. Nepotpuno posvojenje ne utječe na prava i dužnosti posvojčeta prema njegovim roditeljima i drugim srođnicima. (čl. 117. OBZ FBIH, slično propisano čl. 150 PZ RS i čl. 100. OBZ BDBIH).

76 Čl. 109. toč. 1, PZ RS, „Djetetova majka je žena koja ga je rodila“.

77 Čl. 49. ObZ BDBIH: „Majka djeteta u smislu ovog zakona je žena koja je dijete rodila“.

78 Odredbe čl. 72. – 88. ObZ FBIH; čl. 123. – 134. PZRS; čl. 60. – 73. ObZ BDBIH.

79 Načelo *mater semper certa est* - koje sadrži u sebi neoborivu predmnjevu (*praesumptio iuris et de iure*), u pogledu koje protudokaz uopće ne bi trebao biti dopušten – doživjelo je iznimno burnu pravnu povijest u hrvatskom zakonodavstvu u posljednjih petnaestak godina. Navedeno načelo, premda izravno nije bilo regulirano, predstavljalo je samorazumljivu i neosporivu naravno-pravnu kategoriju sve do osamdesetih godina prošlog stoljeća. Od tada je - uslijed razvoja biomedicinskih znanosti i tzv. reproduktivnih tehnologija - postalo mogućim da dijete koje žena rodi ne mora potjecati od žene čija je jajna stanica poslužila za oplodnju, primjerice, u slučaju oplodnje tuđom darovanom jajnom stanicom. Slijedeći navedene trendove, zakonodavac je 1989. godine usvojio novelu Zakona o braku i porodičnim odnosima, koja je, između ostalog, sadržavala i odredbu da se „majkom djeteta smatra žena koja ga je

i odredbe čl. 75. ObZ BDBIH, koja ukazuje da se ovdje radi o oborivoj zakonskoj predmnjevi (*praesumptio iuris*) jer čl. 90. ObZ FBIH propisuje (na sličan način i ObZ BDBIH⁸⁰): “Izuzetno, žena koja je rodila dijete začeto iz jajne ćelije druge žene može osporavati svoje majčinstvo ako je u postupku medicinski pomognute oplodnje dijete začeto bez njene pisane suglasnosti”.⁸¹

Slijedom iznesenog razumljivo je da se zakonodavac držao rimskog načela *mater semper certa est* prilikom definiranja majke djeteta u zakonu, međutim zakonodavac je slijedeći moderne trendove uređenja obiteljskih odnosa europskih obiteljskih zakonodavstava, izmijenio značaj ovog rimskopravnog regulakada je, iako samo u izuzetno navedenoj situaciji, dopustio oborivosti pravne predmnjeve o majčinstvu, koja je kroz pravnu povijest Bosne i Hercegovine bila neoboriva predmnjeva.

6. Osvrt na presudu Europskog suda za ljudska prava - D v. France (br. 11288/18) od 16.7.2020.

Brojna pitanja koje surogat/zamjensko majčinstvo nosi sa sobom, a posebice vezanih za povredu čl. 8 EK, u zemljama gdje rimska regula *mater semper certa est* ima svoju pravnu snagu, sve češće se nalaze kao predmet odlučivanja pred ESLJP. ESLJP se, odlučujući u slučaju D v. France (br. 11288/18)⁸² od 16.7.2020., držao

rodila” (čl. 122.). Kako vidimo, time je po prvi puta napušteno tisućljećima uvriježeno rimsko načelo *mater semper certa est* te je neoboriva predmnjeva (*praesumptio iuris et de iure*) o podrijetlu djeteta od majke nomotehnički pretvorena u oborivu predmnjevu (*praesumptio iuris*). Navedeno rimsko načelo iznova je vraćeno u hrvatsko zakonodavstvo čl. 52. ObZ-a iz 1998. godine (“Djetetova majka je žena koja ga je rodila”), iz razloga - kako se opravdano isticalo u doktrini, ujedno time kritizirajući prethodno uređenje iz 1989. godine - etičkog opredjeljenja u korist prirodnog te pravne sigurnosti, usmjerene u prvom redu protiv protunaravnih fenomena ugovaranja poroda i predaje djeteta (tzv. surogatno majčinstvo). Ne vodeći ni najmanje računa o navedenim razlozima, zakonodavac je, nasuprot shvaćanju pravne doktrine, prilikom donošenja novog ObZ-a iz 2003. godine ponovo srušio rimsko načelo *mater semper certa est*, regulirajući podrijetlo djeteta od majke u vidu oborive predmnjeve (čl. 53.), ne osvrćući se pri tome i na utemeljene tvrdnje saborskih zastupnika «da je još od rimskih vremena i rimskog prava majka bila žena koja je rodila dijete» te da «zemlje visoke demokratičnosti i prava imaju definiciju pojma majka usklađenu s rimskim pravom». Zahvaljujući ponovnom, upornom i odlučnom zastupanju spomenutih etičkih i pravnih razloga u korist valjanosti navedenog rimskog načela od strane pravne doktrine, uz isticanje vrlo uvjerljivih komparativno-pravnih razloga te važnog sistematskog argumenta da bi pravne odredbe koja reguliraju tzv. reproduktivne tehnologije trebale biti uređene posebnim medicinsko-pravnim propisima umjesto da se navedenim odredbama dovodi u pitanje koherentnost sustava obiteljsko-pravnih odnosa roditelja i djece, zakonodavac je novelom ObZ-a iz 2004. godine iznova formulirao odredbu čl. 53. o podrijetlu djeteta od majke u vidu neoborive predmnjeve, potvrđujući time iznimnu etičku i pravnu vitalnost rimskog načela *mater semper certa est* iz kojeg se navedena predmnjeva izvodi. Petrak, M., Žiha, N., *Zaštita djeteta u rimskoj pravnoj tradiciji*, Dijete i pravo, Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2009., str. 14.-16.

⁸⁰ Čl. 75. St. 1. OBZ BDBIH „Iznimno, žena koja je rodila dijete začeto iz jajne stanice druge žene, može osporavati svoje majčinstvo ako je u postupku medicinski potpomognute oplodnje dijete začeto bez njezine pismene suglasnosti“.

⁸¹ Čl. 90. ObZ FBIH.

⁸² Aplikanti su gospođa D, gospodin D i gospođica D. Treće aplikantica D rođena je u Ukrajini pomoću surogat-majčinstva. Njeno rođenje registrirano je u Kijevu 3. listopada 2012. godine, a lokalna potvrda kaže da je prvoaplikantica njena majka a drugoaplikant njen otac. Aplikanti gospodin i gospođa D prijavili su se 20. rujna 2014. godine francuskoj ambasadi u Kijevu radi prepisa izvoda iz matične

se svoje prethodne prakse (pozivajući se na presude *Mennesson* protiv Francuske i *Labassee* protiv Francuske),⁸³ te na sličan način, ovaj put odlučujući o odnosu djetete – genetska majka, zauzeo stav da postojanje genetske veze ne znači da djetetovo pravo na poštivanje njegovog privatnog života zahtijeva zakonski odnos s majkom koji se planira uspostaviti prijepisom podataka iz inozemnog rodnog lista.

7. Zaključak

Pravna pravila, instituti i pravna rješenja koja su nastala u raznim razdobljima rimske pravne povijesti, pogotovo u razdoblju klasičnog prava, zbog svoje izuzetne kvalitete i univerzalnosti, stoljećima su se koristila kao temelj europskokontinentalnog sustava. Rimskopravna tradicija je važan čimbenik oblikovanja suvremenog europskog identiteta i kao takva ona je zajednički nazivnik europske pravne kulture. Općenito se smatra da tekst zakona odgovara vremenu u kojem zakon nastaje, međutim rimska regula *mater semper certa est* ne odgovara ovom određenju, budući da je spomenuta regula svoju primjenu imala u pravnoj povijesti Bosne i Hercegovine još od austrougarskog razdoblja kada se koristi Austrijski opći građanski zakonik iz 1811. godine, kao supsidijaran izvor prava, preko odredbi OZORD-a i PZ, pa

knjige rođenih u francuski registar, ali zamjenica konzula je zbog specifičnosti situacije odlučila obustaviti postupak kako bi stvar predala javnom tužiocu u Nantesu, koji ih je obavijestio da su, na osnovu naredbe Ministarstva pravde koje se tiču naknadnog postupanja po presudama Suda u predmetima *Mennesson v. France* i *Labassee v. France*, suspendirane sve prijave koje se odnose na surogat rođenja. Par je pokrenuo postupak protiv javnog tužioca pred Tribunalom visoke instance tražeći naredbu da se rođenje djeteta upiše u francuski registar rođenja. Tribunal je usvojio zahtjev 12. siječnja 2017. godine. Apelacijski sud u Rennesu 18. prosinca 2017. godine potvrdio presudu od 12. siječnja 2017. godine u mjeri u kojoj je odobrio transkripciju izvoda iz matične knjige rođenih u odnosu na odnos otac i djetete, ali odbio je u odnosu na odnos majka-dijete. U presudi je posebno navedeno da je “U vezi sa označavanjem majke u rodnom listu, stvarnost u smislu čini činjenica porođaja; naime, dok pravo može transformirati tu stvarnost u smislu [te odredbe], pozitivno pravo dozvoljava odstupanje od principa *mater semper certa* samo u izričito ograničenom broju slučajeva koje je zakonodavac propisao, u kontekstu potpunog usvojenja, omogućavajući na taj način majci usvojiteljici koja nije rodila da bude označena kao majka na važeći način.” Pozivajući se na član 8. Konvencije, samostalno i u vezi s članom 14. Konvencije aplikanti se žale na povredu prava na poštovanje privatnog života djeteta i na diskriminaciju na osnovu „rođenja“ u uživanju ovog prava. Predmet se odnosi na odbijanje zahtjeva za prijepis rodnog lista djeteta koje je rođeno pomoću surogat-majčinstva u inozemstvu, u matičnu knjigu rođenih u Francuskoj uz obrazloženje da je majka naručiteljica označena kao majka u rodnom listu, budući da je genetska majka. Europski sud za ljudska prava je istakao da je i prije presuđivao o pitanju pravnog odnosa roditelj – djetete između djeteta i namjeravanog oca koji je ujedno i biološki otac (presude *Mennesson* protiv Francuske i *Labassee* protiv Francuske). Prema njegovoj sudskoj praksi, postojanje genetske veze ne znači da djetetovo pravo na poštivanje njegovog privatnog života zahtijeva zakonski odnos s ocem koji se planira uspostaviti zapisom podataka iz inozemnog rodnog lista. Sud nije vidio razloga u okolnostima sadašnjeg slučaja da se donese drugačija odluka koja se tiče priznavanja pravnog odnosa s namjeravanom majkom, koja je bila djetetova genetska majka.

83 Sud je utvrdio da nije bilo povrede članka 8. u odnosu na roditelje, ali je bilo povrede dječjeg prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života. Odbijanje da se zakonski prizna obiteljska veza između podnositelja zahtjeva bilo je miješanje u pravo na poštovanje obiteljskog života. Odbijanje je bilo motivirano legitimnim ciljem, a to je zaštita zdravlja, prava i slobode drugih. S obzirom na pravo na poštivanje privatnog života djece, sud je utvrdio povredu članka 8. jer su bili suočeni sa pravnom nesigurnosti. Vidi: *Mennesson v. France* (*application* no. 65192/11) and *Labassee v. France* (no. 65941/11).

sve do donošenja novih entiteskih zakona, (FBIH, RS) i zakona BDBIH u kojima preovladavaju moderni trendovi u europskom obiteljskom pravu. Donošenjem pozitivno pravnih propisa za područje FBIH I BDBIH načelo *mater semper certa est* izgubilo je snagu svoje neoborivost kada se, slijedeći europske trendove u obiteljskom zakonodavstvu, dozvolilo da, iako samo u izuzetno navedenom slučaju, majka djeteta začetog pomoću medicinski pomognute oplodnje, može osporiti svoje majčinstvo, te se tako ostavilo prostora za dovođenje u pitanje pravne sigurnosti djeteta.

U suvremenom pravu načelo *mater semper certa est* našlo se pred novim izazovom. U prilog tome govori i sve veći broj predmeta koje se nalaze na odlučivanju pred ESLJP, među kojim predmetima se našao i spomenuti predmet D v. France. Promatrajući trendove stranih nacionalnih zakonodavstava, postavlja se pitanje hoće li u nacionalnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine rimska *regulae iuris: mater semper certa est*, kao stoljetna regula na kojoj se temeljio naš pravni sustav, preživjeti i oduprijeti se trendovima i problematicisurogat /zamjenskog i ostati dosljedno definiciji majke djeteta kao žene koja je dijete rodila ili će se tražiti novi zakonski okviri za određivanje majčinstva, slično kao i u nacionalnim zakonodavstvima nekih stranih zemalja, na način da će se iznalaziti rješenja za dozvoljavanje ugovora o zamjenskom majčinstvu i tako prirodnu definiciju majke kao žene koja je dijete rodila staviti *ad acta*?

Ivona Šego-Marić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Mostar

Ivana Marušić, LL.M., Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Mostar

THE INFLUENCE OF THE ROMAN LAW REGULATION *MATER SEMPER CERTA EST* ON THE FAMILY LAW LEGISLATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA THROUGH LEGAL HISTORY

Summary: The Continental European legal system, to which Bosnia and Herzegovina's legal system also belongs is based on the reception of Roman law, natural law theory, canon law and German customary law. The authors in this paper deal with the influence of the Roman rule *mater semper certa est* on the Bosnian and Herzegovinian family law legislation. This Roman rule is attributed to the Roman classical jurist Paulus Julius, who in one of his fragments defined the child's origin from the mother. It is an irrefutable premise that "the mother of the child is always known". The authors seek to investigate the impact and significance of this rule on family law legislation in Bosnia and Herzegovina from the Austro-Hungarian period to nowadays, using numerous domestic and foreign contemporary and historical legal literature, normative solutions in Bosnian and Herzegovinian legislation and their analysis. With the development of society, the true Roman rule *mater semper certa est* experiences a kind of evolution and adapts to new social needs. Without pretending to make proposals *de lege ferenda*, the authors review the verdict of the European Court of Human Rights in the case of D v. France, in which the former universality of the *mater semper certus est* principle is questionable.

Keywords: *mater semper certa est* in Roman law, *mater semper certa est* in family law in Bosnia and Herzegovina through legal history, *mater semper certa est* in family law in Bosnia and Herzegovina, Verdict of the European Court of Human Rights in the case of D v. France.