

Др Урош Новаковић*

ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА У СЛУЧАЈУ ОСПОРАВАЊА/УТВРЂИВАЊА ОЧИНСТВА ДЕТЕТА – ТРИ ПРИСТУПА НЕМАЧКОГ, ЕНГЛЕСКОГ И СРПСКОГ ПРАВА

Иако је право на сазнање порекла предвиђено, пре свега, као право детета, одлука којом се утврђује односно оспорава порекло детета односи се на све странке у поступку – на дете, мајку детета, оца детета и мушкарца чије се очинство утврђује/оспорава. У већини европских законодавстава постоје прокламовани принципи равноправности брачне и ванбрачне деце. Немачко право је предвиђало, до измена Bürgerliches Gesetzbuch из 2013. године, да, уколико ванбрачна мајка не да сагласност ванбрачном оцу, не постоји могућност да он стекне родитељско право или само право на контакт са дететом. Немачко право је сматрало да би стицање родитељског права ванбрачног оца противно вољи мајке било супротно интересима детета. У Енглеској судови приликом досуђивања мере вршења родитељског права оцењују следеће критеријуме: степен посвећености оца детету, степен повезаности између ванбрачног оца и детета и разлоге услед којих ванбрачни отац тражи меру вршења родитељског права. У српском праву (осим временског рока) нема ограничења биолошког оца да утврди порекло у односу на дете, и тако стекне родитељско право. Решења српског законодавства у потпуности су у складу са Конвенцијом о правима детета, али не уважавају право на поштовање породичног живота детета и његовог правног оца. Аутор предлаже да, у складу са обавезом проширене примене истражног начела у породичним (патернитетским) споровима, коју предвиђа члан 205 Породичног закона, судови у Србији, при постављању захтева мушкарца који је оспорио брачно или признато ванбрачно очинство и има намеру да врши родитељско право, испитују разлоге услед којих он подноси овај захтев. Тиме би се додатно испунила и обавеза да се суд руководи најбољим интересом детета у свим поступцима који се односе на дете (чл. 6 и 266 Породичног закона), те да се омогућавање, односно одбијање вршења родитељског права посматра првенствено из угла и стабилности детета.

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, uros.novakovic@ius.bg.ac.rs

Кључне речи: *Порекло детета. – Најбољи интерес детета. – Родитељско право. – Ванбрачни отац. – Право на поштовање породичног живота.*

1. УВОД

Иако је једно од основних начела (савременог европског, али и српског) права које уређује односе родитеља и деце равноправност брачне и ванбрачне деце, постоји област у којој се овај принцип не примењује апсолутно. Утврђивање очинства, односно порекла детета од стране оца и вршење родитељског права сведочи о претходној тврдњи. Осим нашег законодавства, анализираћемо какав приступ овој области имају енглеско и немачко право. Упркос томе што је право на сазнање порекла прокламовано, пре свега, као право детета, одлука којом се утврђује, односно оспорава порекло детета у односу на родитеље односи се на све странке у поступку – на дете, мајку детета, оца детета и мушкарца чије се очинство утврђује/оспорава.¹ Уз право детета, реч је и о праву ванбрачног оца да успостави породичну везу са својим ванбрачним дететом, као делу права на поштовање породичног живота. Све наведене странке су у патернитетским споровима означене као јединствени и нужни супарничари.² Након утврђивања/оспоревања порекла детета поставља се питање вршења родитељског права ванбрачног оца.

У српском праву не поклања се довољна пажња чињеници да је могуће угрозити већ постојећи породични живот детета услед намере биолошког оца да утврди порекло детета и стекне родитељско право. Факту биолошког порекла тако се даје преширок значај ако се не посматра у садејству са осталим социјалним критеријумима. Насупрот супрематији биолошке везе стоји аргумент да ова веза нема такав значај за дете као нега и љубав које дете добија од социјалних родитеља. Питање се своди на сукоб статусног и функционалног, на сукоб биолошког и социјалног. Биолошка компонента је оличена у праву детета да утврди порекло, док је социјална компонента осликана кроз право на поштовање породичног живота. У нашем

¹ Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 256, ст. 3 и 4: „Странке у спору ради утврђивања очинства јесу: дете, мајка, мушкарац који тврди да је отац детета и мушкарац кога мајка сматра оцем детета (нужни и јединствени супарничари). Странке у спору ради оспоревања очинства јесу: дете, мајка, мушкарац који се по овом закону сматра оцем и мушкарац који тврди да је отац детета (нужни и јединствени супарничари).“

² Вид. Марија Драшкић, „Оспоравање и утврђивање очинства пресудом на основу признања: незаконита пракса београдских судова“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 1/2007, 122.

праву, већини европских законодавстава, као и законодавстава бивше СФРЈ,³ не постоји правна претпоставка ко се сматра оцем детета рођеним у ванбрачној заједници.

Напретком медицинских наука и омогућавањем да се релативно лако, брзо и са чврстом извесношћу утврди порекло детета, правна претпоставка о брачном очинству детета (*Pater is est quem nuptiae demonstrant*) губи некадашњи значај. Ова претпоставка је имала улогу доказног средства у време када утврђивање генетске везе није било поуздано. Посматрано у светлу најбољег интереса детета, утврђивања порекла детета и вршења родитељског права, имамо две колизионе могућности: када ванбрачни отац има намеру да утврди порекло у односу на дете и врши родитељско право и када ванбрачни отац нема те намере.

Намера нам је да у раду утврдимо везу између утврђивања порекла детета и стицања родитељског права, у односу на најбољи интерес детета, тачније, зависност стицања родитељског права само од утврђивања порекла или потребе постојања додатних квалификујућих околности. Неспорна је узрочно-последична веза између утврђивања порекла детета и стицања родитељског права. Утврђивањем порекла детета стиче се и родитељско право – утврђивањем биолошке везе између родитеља и детета остварује се интерес детета.⁴ Брак указује на већи степен (међусобне) посвећености између родитеља

³ Да у области утврђивања статуса детета постоји неједнакост брачне и ванбрачне деце: Јелена Видић, „Правно регулисање дејстава ванбрачних заједница у Србији, Словенији, Хрватској и Македонији“, *Ново породично законодавство* (ур. Зоран Поњавић), Крагујевац 2006, 178. Од свих законодавстава бивше СФРЈ, македонско је најприближније принципима Комисије за европско породично право (CEFL), јер у члану 61 Породичног закона (*Закон на семејството*) предвиђа да се оцем детета рођеног у ванбрачној заједници сматра лице које је имало полне односе са мајком детета у време од најмање 180 до 300 дана пре рођења детета, осим ако се докаже супротно. При утврђивању очинства суд посебно цени заједнички живот и међусобне односе мајке и туженог мушкарца пре и након рођења детета, као и медицинске и друге доказе који указују на очинство ванбрачног партнера мајке. Овакво решење било је предвиђено и у некадашњој СФРЈ. Према Закону о односу родитеља и деце СР Македоније, у члану 12: „Оцем детета који је са мајком детета одржавао полне односе у периоду од најмање 180 до 300 дана пре рођења детета сматра се тај мушкарац, уколико се супротно не докаже.“ О оваквом решењу македонског права: Марина Јањић-Комар, „Начело равноправности деце рођене у браку и деце рођене ван брака у нашем праву“, *Анали ПФБ* 6/77, 803. Таква одредба је реткост у упоредном праву, а јавља се још и у швајцарском праву. Наиме, према члану 262 швајцарског Грађанског законика, у поступку за утврђивање очинства по тужби мајке претпоставља се да је отац тужени мушкарац ако је живео у ванбрачној заједници са мајком детета између 180 и 300 дана пре рођења детета. Претпоставка је оборива ако тужени мушкарац докаже да је његово очинство немогуће или мање вероватноће од очинства другог мушкарца.

⁴ Гордана Ковачек-Станић, „Serbian Family Law: Rights of the Child“, *International Journal of Children's Rights* 4/2009, 591.

у односу на недостатак форме оличене у ванбрачној заједници.⁵ Питање је какав ће се критеријум применити на утврђивање порекла детета и стицање родитељског права када не постоји форма брака. Оспоравање, односно утврђивање порекла детета и вршење родитељског права немогуће је одвојити. За разлику од материнства које се стиче независно од брачног статуса, ванбрачни очеви стичу родитељско право у зависности од брачног статуса, потенцијално од постојања одређених квалитативних околности.

2. РАВНОПРАВНОСТ БРАЧНЕ И ВАНБРАЧНЕ ДЕЦЕ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ

Поштујући чињеницу да у већини европских законодавстава постоје прокламовани принципи равноправности брачне и ванбрачне деце, настоји се утврдити *ius cottune* у овој области. Тежња ка јединственом регулисању европског породичног права спроводи се и радом многих комисија сачињених од еминентних познавалаца ове области. Један од основних принципа у вези са вршењем родитељског права предвиђених у документима Комисије за европско породично право (CEFL)⁶ јесте да, без обзира на то да ли је дошло до развода или поништења брака, престанка ванбрачне заједнице, то не сме имати утицај на вршење родитељског права. Такође, дете има право да одржава личне односе са оба родитеља. Међутим, постојећа правна и фактичка дисонантност између појединих правних система навела нас је да дубље анализирамо ову проблематику, посебно имајући у виду и разматрајући правила нашег правног система, који стреми европској правној породици. Ово није једина област у којој

⁵ Иако се у законским текстовима често прокламује једнакост (равноправност) брачне и ванбрачне деце. Тако, нпр. у македонском праву, приликом развода брака суд доноси одлуку, на основу мишљења центра за социјални рад, ком родитељу ће бити поверено вршење родитељског права, а који родитељ ће одржавати личне односе са дететом, док у случају престанка ванбрачне заједнице, центар за социјални рад самостално доноси одлуку о вршењу родитељског права, без судске одлуке. Овако решење македонског права подложно је утврђивању повреде права на поштовање породичног живота пред ЕСЈП, који је изричито предвидео да у свим поступцима који се односе на родитељско право (додељивање, лишење, ограничење, враћање родитељског права, као и одузимање детета) неопходно је да се донесе судска одлука и да родитељи учествују у поступку и буду саслушани. Наведено према: Ангел Ристов, Катерина Кочковска, „Кратак преглед законодавства у Републици Македонији и Конвенције о правима детета и тренутни правци развоја македонског Породичног закона“, *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног* (ур. Станка Стјепановић *et al.*), Источно Сарајево 2012, 120.

⁶ Више о оснивању овог удружења: Walter Pintens, „Europeanisation of Family Law“, у: Katharina Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen 2003, 29.

не постоји јединствена политика, тзв. *common core* европског породичног права.⁷

Намера нам је да уочимо како чињеница биолошке везе родитеља (оца) детета и статус родитељске заједнице (ванбрачни) утиче на могућност стицања родитељског права. Иако постоје прокламовани принципи равноправности ванбрачне и брачне деце и равноправности (ван)брачних родитеља у вршењу родитељског права, у пракси то није случај. Чак, као што ћемо видети, немачки законски оквир и судска пракса стоје на равни да постоји фаворизовање брачних у односу на ванбрачне очеве. И ЕСЉП је неретко санкционисао овакав приступ немачког законодавца и судова, што је условило недавне измене законодавства. Правни системи које анализирамо у раду, консултујући и међународне документе и праксу ЕСЉП, налазе се на супротним половима. Могуће је потпуно дати предност биолошкој компоненти, примат дати социјалним чиниоцима и, на крају, комбиновати социјалне и генетске критеријуме уз давање извесне предности социјалним чиниоцима. Имајући у виду конкретне околности и проблеме који се јављају у пракси, покушаћемо да предочимо предности и мане ових система и пружимо потенцијално најбољи модел и путоказ за наше судове који одлучују о датој проблематици. Полазимо од најбољег интереса детета, али у светлу овог принципа, посматрамо га и кроз права његових родитеља – најбољи интерес детета кроз призму интереса и права родитеља.

Разматраћемо, пре свега, случај када мушкарац који сматра да је биолошки отац детета има намеру да успостави правни однос са својим дететом и стекне родитељско право, али услед несагласности мајке или већ формираног породичног живота детета са правним оцем или партнером мајке, то постаје спорно из угла детета и његових права и интереса. Уколико дете или мајка детета имају намеру да се утврди порекло у односу на оца, без резерве сматрамо да је то у интересу детета и да је стицање родитељског права неспорно.

3. РЕШЕЊА НЕМАЧКОГ ПРАВА

Посебан случај који је изазвао значајне научне контроверзе у породичноправној литератури, али и судској пракси, јавља(о) се у

⁷ Поводом јединственог европског породичног права и проблема (не) постојања заједничких културолошких вредности: Masha Antokolskaya, „Family Values and the Harmonization of Family Law“, *Family Law and Family Values* (eds. Mavis Maclean, John Eekelaar), Oxford 2005, 300. Област која претходи родитељском праву, правном односу родитеља и деце, брачно право, доскоро је било поље непостојања консензуса, будући да право Малте до 2011. године није допуштало развод брака. Након референдума 2011. године дозвољен је развод брака, али под знатним ограничењима.

немачком праву које, иако предвиђа да постоји могућност да ванбрачни отац утврди порекло у односу на дете⁸ (а самим тим и стекне родитељско право и(ли) право на контакт са дететом), уколико му ванбрачна мајка не да сагласност, он не може да врши родитељско право. У неким ставовима иде се толико далеко да чак ни немачки судови не могу у случају противљења мајке дозволити утврђивање порекла детета.⁹ Међутим, и кад се утврди порекло детета, ванбрачна мајка самостално врши родитељско право.¹⁰ Овакво решење је не само у супротности са ЕКЉП, већ и са одредбама немачког Устава.¹¹ Немачко уставно право ставља акценат на правно, а не биолошко родитељство.¹² Оваква парадоксална ситуација додатно се усложњава ако мајка заснује нову брачну или ванбрачну заједницу, када применом претпоставке *Pater est...* или признањем детета за своје од новог партнера мајке, ванбрачни (биолошки) отац детета остаје без могућности да стекне родитељско право према своме детету.

Према реформи немачког права из 1997. године предвиђено је да родитељи, независно од тога да ли су у браку или ванбрачној заједници, након престанка такве форме заједничког живота настављају да заједнички врше родитељско право.¹³ Међутим, спорна одредба немачког права је садржана у члану 1626.а, став 2 немачког Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), према којој ванбрачни родитељи на основу споразума који се подноси у писаној форми могу заједнички да врше родитељско право.¹⁴ У пракси је ситуација таква да мајка има овлашћење да одлучи да ли ће дати сагласност ванбрачном оцу те њеним ускраћивањем онемогућити да он врши родитељско право.¹⁵ Међутим, најновијим изменама *BGB* из

⁸ Према чл. 172, ст. 1 *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, странке у поступку оспоравања очинства јесу: дете, мајка и отац детета.

⁹ Jens M. Scherpe, „Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View“, *Responsible Parents and Parental Responsibility* (eds. Rebecca Probert, Stephen Gilmore, Jonathan Herring), Oxford 2009, 49.

¹⁰ K. Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen 2007, 107.

¹¹ Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge 2011, 53.

¹² Gabriele Britz, „Biological and Social Parenthood“, *Family Law and Culture in Europe Developments, Challenges and Opportunities* (eds. K. Boele-Woelki, Nina Dethloff, Werner Gephart), Cambridge 2014, 165.

¹³ *Gesetz zur Reform des Kindschaftrechtes*, ступио на снагу 1. јула 1998. године.

¹⁴ О томе и: K. Boele-Woelki et al., 101.

¹⁵ Аргументација Уставног суда Немачке у пресуди, *Unconscionable Marriage Contracts I BvR 12/92 of 6 February 2001, I BvR 1766/92 of 29 March 2001*, поводом овако широких овлашћења ванбрачне мајке може се наћи и у ставу да се

2013. године донекле је ослабљена оваква власт мајке. Додат је нов став 2 у оквиру члана 1626.а – уколико мајка не докаже да није у најбољем интересу детета да ванбрачни отац врши родитељско право, суд може да додели вршење родитељског права ванбрачном оцу.¹⁶ Стога, у немачко право је уведена могућност да суд додели вршење родитељског права ванбрачном оцу упркос противљењу мајке. Ова велика новина у немачком законодавству уведена је под утицајем одлука ЕСЈП.

Иако немачки Грађански законик не предвиђа да брачни родитељи рођењем детета аутоматски стичу родитељско право, имплицитно се подразумева да у том случају они заједнички врше родитељско право (*gemeinsame elterliche Sorge*).¹⁷ Отац детета је муж мајке у време рођења детета, мушкарац који је признао дете и мушкарац чије је очинство утврђено судском одлуком. Ако родитељи нису у браку, а накнадно не закључе брак, нити заједнички дају изјаву, мајка самостално врши родитељско право. Иако родитељи нису у браку у време рођења детета, они могу накнадно закључити брак и на основу тога стећи заједничко вршење родитељског права.

Мушкарац који није у браку са мајком детета, као што смо видели, није могао без њене сагласности стећи родитељско право. Резултат законодавних измена није био резултат уверења да се тиме угрожавају права детета и ванбрачног оца, већ константно утврђивање повреде права на поштовање породичног живота пред ЕСЈП. С обзиром на то да су промене извршене тек 2013. године и да нису производ националног, унутрашњег консензуса, задржаћемо се на овом решењу немачког права. Који је био *ratio legis* овакве одредбе? Немачко право је сматрало да би стицање родитељског права ванбрачног оца противно вољи мајке било супротно интересима детета. Ако између родитеља иницијално постоји значајна несавласност о битним питањима која се односе на живот детета (речено терминологијом Породичног закона Србије) – образовање, промена пребивалишта, избор религије, располагање имовином велике вредности, али и свакодневне одлуке у вези са дететом; ако су родитељи међусобно покренули кривичне поступке једно против другог; ако је постојало

ванбрачна мајка, за разлику од брачне, налази у битно неповољнијем економском положају, имајући у виду њену обавезу да (најчешће) самостално издржава дете. О томе: Wolfgang Voegeli, „Basic Values and Family Law in Recent Judgments of the Federal Constitutional Court of Germany“, *Family Law and Family Values*, 36. Да је законодавном реформом из 1998. године побољшан однос између ванбрачних очева и деце: Ilona Ostner, „Cohabitation in Germany – Rules, Reality and Public Discourses“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001, 99. Међутим, и поред ових реформи постоји фаворизовање ванбрачних мајки у односу на ванбрачне очеве.

¹⁶ *BGB*, чл. 1626а, ст. 1, тач. 3 и ст 2.

¹⁷ За разлику од већине упоредноправних система, немачко право је задржало термин „родитељско старање“ или „родитељска нега“ (*elterliche Sorge*).

или постоји насиље у породици, немачки законодавац је сматрао да би досуђивање родитељског права ванбрачном оцу било супротно најбољем интересу детета. Према ставу немачког Савезног уставног суда, ако постоји више од два родитеља (мајка, правни и биолошки отац) са идентичним родитељским овлашћењима, постојаће сукоб између њих око вршења родитељског права, што у крајњој линији негативно утиче на нормалан развој детета.¹⁸ Заиста, донекле се може бранити аргументација да константан и трајни сукоб родитеља може бити настављен и након додељивања родитељског права ванбрачном оцу, те негативно деловати на дете. Међутим, пре сматрамо да би то било противно стабилности детета, него његовом најбољем интересу. Ако се стабилност детета постави као еманација принципа најбољег интереса детета, онда би оваква аргументација могла имати утемељење. Тиме би се посредно дошло до *restitutio in integrum* по питању равноправности брачних и ванбрачних родитеља у немачком праву.¹⁹ Међутим, овакав приступ немачког права онемогућава и следеће фактичко стање: ванбрачни отац не може да утврди порекло у односу на дете – не може да стекне родитељско право уопште – нема ни право на личне односе (контакт) са дететом.²⁰ Додатно, оваква аргументација је у директној супротности са чланом 1628, став 3 *BGB* који предвиђа да је у најбољем интересу детета, као општем принципу, да има контакт са оба родитеља.²¹ Ипак, могуће је и супротно закључивање од оног којим се руководи(о) немачки законодавац, да се додељивањем родитељског права ванбрачном оцу смањују тензије, с обзиром на то да и он постаје саставни део родитељске функције одгајања детета, готово равноправан родитељ.

Поштујући претходну аргументацију, у многим случајевима кад се мајка противи утврђивању порекла детета и стицању родитељског права ванбрачног оца, то би заиста негативно деловало на стабилност детета, које би живело код мајке, а имало право да одржава личне односе са ванбрачним оцем.²² У светлу њеног противљења и

¹⁸ Christine Budzikiewicz, „Contracting on Parentage“, *Family Law and Culture in Europe Developments, Challenges and Opportunities*, 165.

¹⁹ О томе да је и у прошлости правни положај особа које се налазе изван брака у Немачкој био неповољнији у односу на друге европске државе: David Bradley, „Regulation of Unmarried Cohabitation in West-European Jurisdictions – Determinants of Legal Policy“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001, 26.

²⁰ Супротно оваквом ставу, о томе да је реформом *BGB* омогућено да ванбрачно дете стекне правну везу са оцем на исти начин као и брачно: Peter De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London 2010, 70.

²¹ О томе да у поступцима поводом оспоравања и утврђивања очинства врховни принцип суда треба да буде благостање детета: A. S. Epstein, 663.

²² Насупрот правилу да се мајкама у највећем проценту додељује вршење родитељског права, на Тајвану је током друге половине XX века, све до реформе породичног права 1996. године, кад је уведен принцип најбољег интереса детета, владајуће правило било да очеви добијају вршење родитељског права. Чак у 80–90%

поремећених односа са оцем детета, неспорно је да би то негативно деловало на дете, међутим, налазимо да је ово исувише широко овлашћење на страни мајке. На тај начин се, посматрано из аспекта детета и његових најбољих интереса, уводи елемент међусобних односа супружника у односе између родитеља и деце. Наиме, негативан став мајке према оцу детета повлачи да, независно од његове генетске и социјалне везе са дететом и осведочене подобности и посвећености за вршење родитељске функције, он буде неоправдано лишен могућности да врши родитељско право. Ово је потпуно супротан приступ од савремених тенденција европског породичног права и *CEFL* принципа за заједничко вршење родитељског права да родитељи, без обзира на статус њихове заједнице, врше родитељско право, као и да дете након престанка брака или ванбрачне заједнице има право да одржава личне односе са оба родитеља. Оно што је теоријски могуће дешавало се и у пракси немачких судова – да мајка након престанка заједнице живота са ванбрачним оцем ускрати сагласност за признање очинства када је дете рођено. Додатно, да након престанка ванбрачне заједнице наступи једна од две ситуације: да закључи нови брак и роди дете у новом браку, када њен муж постаје социјални отац детета (не и биолошки отац), или да уз њену сагласност нови ванбрачни партнер призна очинство, буде уписан у матичну књигу рођених као отац детета и тако стекне родитељско право.²³ У оба случаја савесни ванбрачни, биолошки отац, остаје без родитељског права у односу на своје дете. Имајући у виду да није било могуће стицање родитељског права без њене сагласности, ванбрачни отац је могао имати родитељско право само ако мајка буде лишена родитељског права. То фактички доводи до парадоксалне ситуације да уколико мајка не да сагласност ванбрачном оцу, а притом није неподобна да буде мајка и злоупотребљава родитељско право (нпр. физички, сексуално, емотивно злоставља дете), не постоји начин да ванбрачни отац стекне родитељско право иако је остварио породични живот са дететом (или мајком) и потпуно је подобан и савестан као отац.

Према члану 1595 *BGB*, за признање очинства захтева се сагласност мајке или детета, ако мајка не врши родитељско право. Оспоравање очинства у немачком праву могуће је под рестриктив-

случајева отац је био родитељ који добија вршење родитељског права: Hung-En Liu, „Mother or Father: Who Receive Custody? The Best Interest of the Child Standard and Judge’s Custody Decisions in Taiwan“, *International Journal of Law, Policy and Family* 2/2001, 186.

²³ Објашњење тако великих овлашћења ванбрачне мајке састоји се у томе да она, за разлику од некадашњих времена, закључује брак не из економских разлога, већ ради заштите интереса детета. Такође, велики број немачких мајки је након II светског рата самостално вршио родитељско право. Тако је мајка у великом броју случајева постала једини родитељ детета – (најбољи) интерес детета и интерес мајке су тако поистовећени. – I. Ostner, 95.

ним условима.²⁴ На тај начин немачко право стоји на потпуно супротном становишту у односу на наше право које, по правилу, дозвољава оспоравање очинства мушкарца који је у матичну књигу уписан као отац детета, уз обавезан захтев да он истом тужбом тражи утврђивање свог очинства.

Уколико родитељи не живе заједно у периоду који није привремен, а мајка самостално врши родитељско право, отац може захтевати од суда да му се досуди самостално или заједничко вршење родитељског права. Овакав захтев суд ће одобрити ако је у најбољем интересу детета.

До наведених измена, једини начин да ванбрачни отац стекне родитељско право био је на основу члана 1666 *BGB*, и то да захтева самостално вршење родитељског права. Он треба да докаже да је угрожено благостање детета код мајке, а у исто време мајка треба да буде лишена родитељског права, будући да немачко право не дозвољава да постоји заједничко вршење родитељског права оба ванбрачна родитеља у исто време, ако нема сагласности међу њима. Уколико нам је познато да ванбрачни отац без сагласности мајке није могао ни да утврди очинство и тако стекне родитељско право и право на контакт са дететом, утолико пре је он био у тежој позицији кад је захтевао да самостално врши родитељско право.

Постављамо питање да ли то значи да постојање (озбиљних) сукоба између ванбрачних родитеља повлачи последице на пољу стицања родитељског права, то јест да ли то значи да постојање сукоба ванбрачног оца са мајком детета њега аутоматски дискредитује као родитеља, иако је показао интерес за дете, живео са мајком или дететом, фактички издржавао дете. Као што се у српском праву мушкарцу дозвољава да оспори порекло без улажења суда у његове мотиве и социјалне чиниоце, попут оствареног породичног живота са дететом, тако, супротно, немачки судови имају отклон да уважавају ове чињенице. Обавеза је суда да утврди да ли је у најбољем интересу су детета да има личне односе са оба родитеља.²⁵

²⁴ Вид. *BGB* чл 1600. С друге стране, у немачком праву биолошки отац нема право да оспори порекло детета, самим тим утврди своје очинство и стекне родитељско право. – Г. Ковачек-Станић, „Аутономија *versus* материјална истина у компаративном праву о породичном статусу детета“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 210.

²⁵ Решења немачког законодавства поводом утврђивања порекла детета у односу на ванбрачног оца неповољнија су чак и у случају када долази до донације генетског материјала од мушкарца за женски пар који жели да добије дете. Наиме, у аустралијском праву чак и дозор, као биолошки родитељ детета, има (већа) права од ванбрачног оца у Немачкој. Тако је аустралијски суд у познатом случају *Patrick* одлучио да је у најбољем интересу детета које има оба „родитеља“ у лику лезбејског пара да има личне односе са биолошким оцем (донором) из два разлога: да је дете

Прагматички приступ немачког права има превентивно дејство и сматра да је корисније по интересе детета, кад постоје сукоби између родитеља, да само мајка врши родитељско право, чиме се избегавају сукоби, како око свакодневних питања, тако и око битних питања у животу детета него да се касније покрећу поступци за лишење родитељског права.²⁶ Супротно, у већини других законодавстава, као и нашем, налази се да је довољна заштита детета да родитељ који злоупотребљава родитељска права или спречава одржавање личних односа другог родитеља и детета може бити лишен родитељског права.²⁷ Индикатор постојања сукоба је непостојање сагласности мајке да ванбрачни отац буде уписан у матичну књигу рођених. Озбиљна је замерка немачком приступу да право личних односа родитеља и деце, као део породичног права у целини, не треба да има у центру однос између родитеља. Такав приступ би значио обликовање правила о односима родитеља и деце само и искључиво на основу односа између родитеља и њихових сукоба, намера, жеља, осећања, без разматрања и стављања у фокус детета, као главног актера у постојећем односу. О томе води рачуна и наш законодавац кад обавезује суд да приликом споразума супружника о имовинским питањима, уколико немају деце, не испитује њихов постигнут споразум (иако се и оваквом резонувању могу упутити критике, посебно имајући у виду економски незавидан положај жена у нашем друштвено-историјском, па и правном оквиру), док ће било какав споразум родитеља о вршењу родитељског права итекако испитивати и унети га у изреку пресуде само ако је у најбољем интересу детета. Јер, ако немачки законодавац штити интересе детета тиме што одсуство сагласности мајке тумачи као накнадну реалну могућност за даље продуковање сукоба између родитеља приликом вршења родитељског права, како онда објаснити да се не испитује дата сагласност мајке за вршење родитељског права ванбрачног оца, чак и када је то у супротности са интересима детета (претходно насилно понашање оца према мајци или детету, злоупотреба родитељског права ванбрачног оца). Према неким ставовима, аргументација о другачијем регулисању, различитим правилима за третирање ванбрачних и брачних очева има утемељење у

остварило личне односе са дономором и да је изузетно важно за развој детета да зна ко му је отац. О томе: Deborah Dempsey, „Donor, Father or Parent? Conceiving Paternity in the Australian Family Court“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2004, 89. На основу ове одлуке раздвојено је социјално родитељство од социјалног оцинства.

²⁶ О томе да није правило да се интереси детета и мајке увек поклапају: J. M. Scherre, 56.

²⁷ О томе да је право на одржавање личних односа детета са родитељем са којим не живи једно од најважнијих права детета: М. Драшкић, „Право детета на одржавање личних односа са блиским особама“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. Стеван Лилић), Београд 2011b, 87.

различитом третирању брака и ванбрачне заједнице, с обзиром на то да појединци закључењем брака показују намеру да ступе у права и обавезе које су предвиђене законом,²⁸ намеру не само у односу на свог супружника и однос са њим, већ и у односу на своју (будућу) децу. Тако, разликовање између ванбрачних и брачних очева налази се у њиховој намери за вршењем родитељске функције – вршењу родитељског права.²⁹

4. РЕШЕЊА ЕНГЛЕСКОГ ПРАВА

Према енглеском праву, родитељи који се налазе у браку стичу родитељско право аутоматски рођењем детета. Ако отац и мајка нису у браку у време рођења детета, отац може стећи родитељско право на један од три начина: ако буде уписан (регистрован) као отац детета; ако он и мајка детета постигну посебан споразум – споразум о родитељском праву, којим ванбрачни отац стиче родитељско право; ако суд на захтев ванбрачног оца досуди да он врши родитељско право. Оставља се могућност да родитељ који није у браку (пре свега ванбрачни отац) стекне родитељско право тако што родитељи изврше заједничку регистрацију детета, тачније изврше заједничку пријаву рођења детета.³⁰ То је чињеница која повлачи да оба ванбрачна родитеља заједнички врше родитељско право. На тај начин се и ванбрачни отац уписује у матичну књигу рођених детета и стиче родитељско право. Уколико отац није уписан у матичну књигу рођених, он може захтевати меру вршења родитељског права (*parental responsibility order*)³¹ или меру одређивања пребивалишта детета (*residence order*). Претпоставка је да ванбрачни очеви на основу биолошке везе, уз постојање додатних социјалних критеријума, могу и уз противљење мајке да стекну меру вршења родитељског права.

²⁸ I. Ostner, 94 – објашњава донекле овакав примат социјалног над биолошким родитељством у немачком праву. Наиме, налази се да је материнство и очинство у савремено доба постало питање избора (социјалних чињеница), а не статуса (биолошке чињенице).

²⁹ Sally Sheldon, „Unmarried Fathers and Parental Responsibility: A Case for Reform?“, *Feminist Legal Studies* 2/2001, 106.

³⁰ У процени да ли постоји ванбрачна заједница, судови у Енглеској процењују следеће околности: да ли пар живи заједно у истом породичном дому; да ли деле свакодневне породичне дужности; да ли је њихов однос стабилан и трајан; да ли постоје заједнички финансијски послови; да ли постоје сексуални односи између њих; да ли имају заједничку децу и какав је њихов однос према деци; да ли ванбрачна заједница постоји према стандарду разумне (трпеће) особе. О томе: Penny Booth, „English Law and Cohabitation – Property and Other Issues in Cohabiting Situations“, *Правни живот* 10/2009, 938.

³¹ О начину на који се може захтевати ова мера: R. Probert, *Cretney and Probert's Family Law*, London 2009, 250.

Ванбрачни отац треба да докаже постојање повезаности са дететом и посвећености детету да би могао стећи меру вршења родитељског права. Стога, иако енглеско право не признаје биолошку везу као искључиви и једини услов за стицање родитељског права ванбрачног оца (као што је то случај са нашим правом), оно даје могућност да се на основу биолошке везе уз постојање додатних околности поднесе захтев за неку од наведених мера, које ће суд оценити у складу са стандардом најбољег интереса детета.³² Када судови досуђују меру вршења родитељског права разматрају се степен посвећености оца детету, степен повезаности између ванбрачног оца и детета и разлози услед којих ванбрачни отац тражи меру вршења родитељског права. На основу мере вршења родитељског права ванбрачни очеви не стичу само родитељски статус, већ и право да се консултују о свакодневном васпитању и подизању детета.

Сажимајући претходно речено, ванбрачни отац у Енглеској, поред постојања генетске везе са дететом, да би стекао родитељско право, треба да докаже постојање додатних социјалних елемената. Биолошки критеријум је полазна основа, која, ако и када постоји, повлачи могућност да се утврђивањем социјалних критеријума омогући стицање родитељског права. Основни разлог за давање родитељског права ванбрачном оцу у Енглеској јесте да му се омогући да доноси одлуке у вези са дететом.³³

Циљ одредаба енглеског Закона о деци (*Children Act*) из 1989. године је да се родитељско право у несмањеном обиму наставља и након развода брака – промовисање „активног очинства“.³⁴ Иако је намера новог законодавства била да се родитељима који непосредно не врше родитељско право (најчешће очевима) омогући да, ако то желе, одржавају личне односе са дететом, истиче се да у пракси нема начина да се ови родитељи приморају да одржавају личне односе.³⁵

Занимљиво је да енглеско право предвиђа претпоставку о томе да је дете брачно, а која се примењује и када је дете зачето у браку, а рођено након што је брак престао, било разводом, било након што је претходни супруг преминуо. Могуће је да мајка детета заједно са својим супругом да изјаву пред надлежним органом да је он отац детета. Међутим, није могуће да се на основу оваквог споразума неки други мушкарац осим мужа мајке упише у матичну књигу као отац детета. И у енглеском праву је предвиђено широко овлашћење мајке

³² Слично и: Shazia Choudhry, Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford 2010, 174.

³³ Helen Reece, „Degradation of Parental Responsibility“, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, 98.

³⁴ Тако: Clare McGlynn, *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge 2006, 89.

³⁵ P. Parkinson, 51.

те ванбрачном оцу није омогућено да пријави рођење детета ако се мајка са тим не слаже. Ипак, за разлику од немачког права које до 2013. године није предвиђало ни то, једина могућност да ванбрачни отац буде уписан у матичну књигу јесте да добије судску одлуку.³⁶ Иако се у већини случајева интереси мајке и детета поклапају, погрешно је увек ставити знак једнакости између ова два интереса. Да ли је оправдано да се сагласност мајке поистовети са најбољим интересом детета чак и кад мајка даје сагласност да ванбрачни отац врши родитељско право, а очигледно је да је отац неподобан и несавестан да врши родитељско право (насиље у породици, злостављање или занемаривање детета)? Судови у Енглеској, у поступцима кад се одлучује о детету и благостању детета (најбољем интересу детета), имају обавезу да узму у обзир седам критеријума,³⁷ што додатно сведочи колики се значај даје детету и његовим интересима. За разлику од немачког права, где однос између супружника има пресудан значај за стицање родитељског права, у енглеском праву однос родитеља и детета, тачније однос ванбрачног оца и детета (однос ванбрачног оца према детету) одлучујући је услов за стицање родитељског права.³⁸

Иницијатива за законодавну реформу у Енглеској којом би и ванбрачни очеви аутоматски добили родитељско право иде логиком мале вероватноће да су сви ванбрачни очеви неодговорни и незаинтересовани за своју децу.³⁹ У пракси се показало да се захтеви ванбрачних очева за вршење родитељског права најчешће усвајају у великој већини, тачније усвајају се по правилу, осим уколико постоје разлози против, међу које се, пре свега, убраја насиље оца према мајци или детету.⁴⁰ За разлику од немачког права, и сасвим оправдано, стицање родитељског права ванбрачног оца не доводи до губитка родитељског права мајке – родитељска права постоје паралелно. Ипак, куриозитет енглеског права (слично као у Данској и у Велсу) јесте да суд не може родитеље лишити родитељског права,⁴¹ већ да правним путем родитељско право престаје само када дете буде усвојено.

³⁶ Суд ће у процени свих околности за уписивање очинства у матичну књигу рођених посебно оцењивати понашање и однос ванбрачних родитеља у време зачећа детета.

³⁷ Критеријуми обухватају: жеље и осећања детета, психичке, емотивне и образовне потребе детета, утицај промене било каквих околности на дете, сваку врсту повреде коју је дете претрпело или постоји ризик да претрпи, узраст, пол и порекло детета, способност родитеља да одговоре на потребе детета, опсег овлашћења која има суд према детету. – P. De Cruz, 56.

³⁸ J. M. Scherpe, 57.

³⁹ S. Sheldon, 102.

⁴⁰ Тако је у 2006. години у Великој Британији одређено чак 7570 мера вршења родитељског права, а само 149 је одбијено. – R. Probert, 250.

⁴¹ K. Boele-Woelki *et al.*, 214.

Занимљиво је да ни у немачком ни у енглеском праву судови не процењују да ли је приликом подношења захтева за заједничким вршењем родитељског права након престанка брака такав споразум родитеља у најбољем интересу детета. У Србији суд усваја споразум родитеља поводом заједничког вршења родитељског права након престанка брака само ако процени да је у најбољем интересу детета.

5. РЕШЕЊА СРПСКОГ ПРАВА

Према нашем праву, дете, без обзира на узраст, има право да зна ко су му родитељи. Право детета да зна ко су му родитељи може бити ограничено само законом. Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може извршити увид у матичну књигу рођених и у другу документацију која се односи на његово порекло.⁴² Породични закон⁴³ је у складу са одредбама Конвенције о правима детета⁴⁴ дао примат утврђивању истине над заштитом породичног мира брачне породице у случају када мушкарац који себе сматра оцем оспорава брачно очинство.⁴⁵ Додатно, то је учињено укидањем рока да дете до 25. године има право да утврди своје порекло (према претходном Закону о браку и породичним односима)⁴⁶ – рок није предвиђен и у потпуности је признато право детета на утврђивање порекла. Постоје случајеви када мушкарац призна очинство уз сагласност мајке детета а није биолошки отац и тако буде уписан у матичну књигу рођених.⁴⁷ Породични закон тада даје неограничено право биолошком оцу да поднесе тужбу, за разлику од немачког права.

Према одредбама нашег законодавства, најшира могућа заштита пружена је праву детета да сазна порекло, као и праву мушкараца који сматра да је биолошки отац детета да утврди најпре биолошку, а самим тим и правну везу са дететом – стекне вршење

⁴² Породични закон Србије, чл. 59.

⁴³ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

⁴⁴ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/1990 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/1996 и 2/1997 (Конвенција о правима детета).

⁴⁵ М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2011а, 205.

⁴⁶ *Службени гласник Социјалистичке Републике Србије*, бр. 22/80, 24/84 и 11/88; *Службени гласник Савезне Републике Југославије*, бр. 22/93, 25/93, 35/94 и 46/95; *Службени гласник државне заједнице Србија и Црна Гора*, бр. 29/01.

⁴⁷ О томе: Наташа Стевановић, „Оспоравање очинства“, *Ново породично законодавство*, 312.

родитељског права.⁴⁸ Ова позиција је потпуно супротна решењу немачког права. Ако чак и муж мајке зна да дете није његово и уписан је у матичну књигу рођених на основу претпоставке *Pater est...*, формирано право на поштовање породичног живота детета и право на поштовање породичног живота његовог оца имају мању правну снагу над правом мушкарца који је биолошки отац детета да утврди правну везу са дететом и буде уписан у матичну књигу рођених. Даје се предност утврђивању истине о пореклу детета над правом на поштовање породичног живота и очување стабилности породице.⁴⁹ Извесно ограничење ипак постоји, а то је да истом тужбом којом захтева оспоравање очинства мужа мајке или мушкарца који је признао очинство, потенцијални отац тражи и утврђивање сопственог очинства. Прописивање рокова донекле онемогућава неограничено оспоравање и утврђивање порекла од биолошког оца. Тако, мушкарац који сматра да је отац детета може поднети тужбу у року од годину дана од сазнања за чињеницу да је он отац детета, али најкасније у објективном року од 10 година од рођења детета.⁵⁰ Ипак, непостојање рока у коме дете може поднети тужбу посредно омогућава оспоравање очинства и након 10. године детета. Уколико се утврди да је у интересу детета да се утврди његово порекло, детету се поставља колизијски старатељ који у име детета и након истека објективног рока од 10 година од рођења може поднети тужбу за оспоравање очинства.

Оспоравањем једног и утврђивањем другог очинства настаје читав низ правних последица: ствара се облигација издржавања између биолошког оца и детета,⁵¹ престаје облигација издржавања између мушкарца који је био уписан као отац детета и детета, настаје родитељско право биолошког оца, гаси се родитељско право мушкарца коме је успешно оспорено очинство, биолошки отац има право на одржавање личних односа са дететом, право да дâ или ускрати сагласност за битна питања која се тичу живота детета. Читав низ ових права рађа једно додатно питање: који је интерес детета да се утврди биолошка веза ако то утврђивање не прати и намера биолош-

⁴⁸ М. Драшкић (2011а), 269 – о праву детета да зна ко су му родитељи.

⁴⁹ Тако и: М. Драшкић (2007), 127.

⁵⁰ У савезној држави САД, Кентаки, мушкарац уписан у матичну књигу рођених као отац детета може поднети тужбу за оспоравање свог очинства до 18. године детета: Andrew S. Epstein, „The Parent Trap: Should a Man Be Allowed to Recoup Child Support Payments if He Discovers He Is Not the Biological Father of the Child“, *Brandeis Law Journal* 3/2004, 657.

⁵¹ Jane Lewis, „Debates and Issues Regarding Marriage and Cohabitation in the British and American Literature“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001, 176, поводом конституисања облигације издржавања између биолошког оца и детета и проблема наплате већ досуђеног издржавања.

ког оца да, пре свега, издржава дете, а потом и да фактички врши родитељско право – одржава личне односе са дететом?⁵² Сматрамо да никако не би требало дозволити стицање родитељског права биолошког оца уколико је његова намера била да само утврди биолошку везу без додатних квалитативних елемената, пре свега, намере да одржава личне односе.⁵³ Чак, у одређеним случајевима, иако постоји таква намера биолошког оца, постојећа формирана стабилност породичног живота детета треба да однесе превагу над чињеницом просте биолошке везе. Изузетно, у случајевима када је биолошки отац имао намеру да утврди порекло или да одржава личне односе са дететом, а немогућност остваривања ових циљева је резултат противљења или преварног понашања мајке детета, њему треба дозволити стицање одређених права, али искључиво примењујући доктрину најбољег интереса детета. У овом случају најбољи интерес детета, иако дете већ има правног оца и стабилност породичног живота, управо се налази у чињеници утврђивања биолошке везе. Посебно код деце младог узраста која би одржавањем личних односа са биолошким оцем могла, када стекну извесну зрелост, самостално одлучити о томе да ли желе и на који начин да одржавају личне односе са биолошким оцем. Овакву аргументацију о примату стабилности породичног живота налазимо само у случају када дете има формиран породични живот са социјалним оцем који не укључује негативне ефекте по дете (насиље у породици, злостављање или занемаривање детета), а биолошки отац има намеру да утврди правну везу и врши родитељско право.

Уколико би се дозволило да мушкарац који сматра да је отац детета, кад оспори очинство мужа мајке, стекне родитељско право (пре свега право на контакт са дететом) без испитивања корисности његовог вршења родитељског права по интересе детета, сматрамо да постојање формираног породичног живота детета има јачу правну снагу над правом биолошког оца да врши родитељско право. Јер, с друге стране, кад биолошки отац утврди порекло детета кад очинство детета није утврђено, дозвољавање вршења родитељског права је оправдано с обзиром на то да се конституишу сва права која су у

⁵² Међутим, исто тако се истиче да је намера као правни критеријум за утврђивање родитељства веома непоуздана, да варира и да се може мењати, што не доприноси стабилности. – Angela Campbell, „Conceiving Parents Through Law“, *International Journal of Law, Policy and Family* 2/2007, 261. Намера је, насупрот биолошком објективном критеријуму, субјективног карактера.

⁵³ Тако и у случају *G. v Netherlands*, пред. бр. 16944/90, одлука Комисије од 8. фебруара 1993. године. Комисија је нашла да сама биолошка веза не рађа право на поштовање породичног живота. О овом случају: David Harris *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009, 373; Ursula Kilkelly, *The Right to respect for private and family life*, Strasbourg 2003, 18. За супротан став Европског суда за људска права вид. *Keegan v. Ireland*, пред. бр. 16969/90, пресуда од 26. маја 1994. године.

интересу детета, као и облигација издржавања,⁵⁴ која до тада није постојала. Додатно, дете нема оца и већ формиран породични живот са својим оцем, као у претходном случају, те се претпоставља као интерес детета вршење родитељског права (осим у случају неподобности тог родитеља, или већ постојећег насиља према мајци или детету). Такође, применом теста корисности по интересе детета, не налазимо да би утврђивањем порекла детета постављање захтева за вршењем родитељског права било у супротности са интересима детета с обзиром на то да дете нема формиран породични живот са другим, правним оцем. Као што ћемо видети касније, и ЕСЉП примењује тест корисности по интересе детета у процени да ли је одбијање захтева за утврђивање порекла детета (и накнадно вршење родитељског права) повредило право на поштовање породичног живота. То је битно другачија ситуација у односу на ону када дете има утврђено очинство, правног оца који га издржава и формиран породични живот са њим.

Оваква решења српског законодавства потпуно су у складу са правом детета да сазна своје порекло из Конвенције о правима детета, али не уважавају у пуној мери интересе детета оличене у стабилности породичног живота. На тај начин, омогућавањем ванбрачном оцу да оспоравањем порекла детета, по правилу, има предност вршења родитељског права у односу на дотаташњег правног, социјалног оца, могуће је угрозити стабилност детета, која се неретко истиче као врховни принцип код заштите детета идентичан принципу најбољег интереса детета.⁵⁵

6. КОНВЕНЦИЈА О ПРАВИМА ДЕТЕТА

Два међународна документа која имају пресудан утицај за права детета на међународном, односно европском правном подручју су: Конвенција о правима детета и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (о којој ће бити речи у следећем делу рада).

Конвенција о правима детета усвојена је 20. новембра 1989. године у Уједињеним нацијама, а ступила је на снагу 2. септембра

⁵⁴ Тако: Wendy M. Schrama, „Family Function over Family Form in the Law on Parentage? The Legal Position of Children born in informal relationships“, *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century* (ed. K. Boele-Woelki), Antwerpen 2009, 126.

⁵⁵ О томе да принцип најбољег интереса детета у српском праву нема карактер уставног принципа, а треба да постане: Олга Цвејић-Јанчић, „Шта је потребно мењати у Уставу Србије у области породично-правних односа“, *Правни живот* 10/2014, 13.

1990. године.⁵⁶ Она представља најсвеобухватнији међународни правни акт који се односи на права и заштиту деце. Стога, свака озбиљна анализа неког права детета не може да заобиђе овај документ. Конвенција о правима детета представља документ који намеће обавезе државама које су га ратификовале, и то тако што ће предвидети и осигурати права из Конвенције за свако дете у оквиру своје надлежности, предузимањем свих неопходних законодавних, административних и других мера.⁵⁷ Овакав приступ је имао и наш законодавац кад је у Породични закон Србије унео право детета да сазна сопствено порекло.⁵⁸ Ипак, не постоје санкције (осим преко Комитета за заштиту права детета) у буквалном смислу (барем не као у поступку пред ЕСЉП против државе потписнице ЕКЉП), којима би држава која не испуњава стандарде била директно изложена. Право на сазнање порекла, уз право детета на живот и здравље, право да живи са својим родитељима, право на развој и образовање, право на телесни, душевни и емоционални развој, спада у изворна права детета из Конвенције о правима детета.⁵⁹

Наводи се да, иако експлицитно не предвиђа право детета на сазнање порекла, Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године, у члановима 17 и 24, предвиђа право на приватност и право на регистрацију након рођења – права из којих настаје, деривира, право на сазнање порекла.⁶⁰

Према члану 7 Конвенције о правима детета, дете ће бити регистровано одмах након рођења и имаће од рођења право на име, право на стицање држављанства и колико је то могуће, право да зна ко су му родитељи и право на њихово старање. Стране уговорнице ће обезбедити примену ових права у складу са својим националним законом и својим обавезама посредством одговарајућих међународних инструмената из ове области, посебно у случајевима у којима би дете, у супротном, било апатрид.

Конвенција предвиђа да се стране уговорнице обавезују да поштују право детета на очување идентитета, укључујући држав-

⁵⁶ Резолуција Генералне Асамблеје УН бр. А/44/736.

⁵⁷ Laura Lundy, Ursula Kilkelly, Bronagh Byrne, „Incorporation of the United Nations Convention on the Rights of the Child in Law: A Comparative Review“, *International Journal of Children's Rights* 3/2013, 443.

⁵⁸ СФРЈ (касније Србија) једна је од 196 држава које су ратификовале Конвенцију о правима детета. Иако су 16. фебруара 1995. године потписале, САД су једина држава чланица Уједињених нација која још увек није ратификовала ову Конвенцију.

⁵⁹ Мира Алинчић *et al.*, *Обитељско право*, Загреб 2007, 229.

⁶⁰ Samantha Besson, „Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights“, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2/2007, 141.

љанство, име и породичне односе, у складу са законом, без незаконитог мешања.⁶¹ Конвенција о правима детета стоји на становишту да је биолошка веза примарна и да дете има искључиво право да сазна порекло,⁶² без улажења у то да ли би утврђивање новог, односно оспоравање претходног порекла било у интересу детета. Дете има интерес да сазна порекло и са аспекта медицинских импликација, имајући у виду постојање наследних болести.⁶³ Ипак, посматрајући право детета да сазна своје порекло у садејству са правом на стабилност породичног живота, Конвенција не говори посебно о постојању породичног живота детета и већ формиране породичне стабилности. Ипак, наводи се да дете има право да редовно одржава личне односе и непосредне контакте са оба родитеља, осим ако је то у супротности са најбољим интересима детета (члан 9, став 3), као и да оба родитеља имају заједничку одговорност у подизању и развоју детета (члан 18, став 1).

Значај Конвенције о правима детета на европском подручју подвлачи, пре свега, члан 24 Повеље о темељним правима Европске уније, а потом и Агенда о правима детета Европске уније, где се каже да правила која се директно или индиректно односе на децу треба да буду уобличена и да се примењују имајући у виду принцип најбољег интереса детета предвиђеног у Конвенцији о правима детета.

У савремено доба утицај Конвенције о правима детета све више се огледа у поступању судских институција на европском правном подручју. Неспорно је да ЕСЉП под утицајем Конвенције о правима детета настоји да постигне интерпретацију одредаба ЕКЉП које имају у фокусу дете. Конвенција о правима детета има улогу да у тумачењу одредаба ЕКЉП доведе до највишег нивоа заштите права детета имајући у виду оба међународна уговора.⁶⁴ ЕСЉП се у великом броју пресуда у одлучивању о повреди права на поштовање породичног живота позивао на одредбе и стандарде из Конвенције о правима детета (*Sahin* против Немачке – општи стандарди; *K. T.* против Норвешке – члан 9; *Nylund* против Финске; *Keegan* против Ирске – члан 7; *Sahin* против Немачке; *Sommerfeld* против Немачке – члан 12).

⁶¹ Конвенција о правима детета, чл. 8.

⁶² Balázs Somfai, „The Right of the Child to Parentage (Descent)“, *European Challenges in Contemporary Family Law* (eds. K. Boele-Woelki, Tone Sverdrup), Antwerpen 2008, 94.

⁶³ Mhairi Cowden, „No Harm, No Foul: A Child’s Right to Know Their Genetics Parents“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2012, 107.

⁶⁴ Helen Stalford, *Children and the European Union*, Oxford 2012, 39.

7. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Конвенција, ЕКЉП) представља међународни уговор, акт Савета Европе, који је потписан у Риму 4. новембра 1950. године. На снагу је ступио након три године, 3. септембра 1953. године, у тренутку кад га је потписало 15 држава чланица Савета Европе. Потписнице Конвенције су све државе чланице Савета Европе. Конвенцијом се предвиђају материјална и процесна права, која се у случају повреде од држава чланица штите пред Европским судом за људска права, као и механизми надзора над применом одредаба Конвенције. Након Конвенције донето је и 14 протокола уз њу. За породично право значајна су три члана: право на поштовање приватног и породичног живота (члан 8), право на склапање брака (члан 12) и забрана дискриминације (члан 14). Србија (државна заједница Србија и Црна Гора) ратификовала је ЕКЉП у априлу 2003. године.⁶⁵ Пресуде ЕСЉП обавезују државу Србију.⁶⁶ Пракса Суда у Стразбуру, као званичног тумача одредаба ЕКЉП, има већи значај од праксе Комитета за заштиту права детета у оквиру УН, посебно имајући у виду обимну судску праксу ЕСЉП о правима детета.

ЕСЉП се у многим случајевима изјашњавао како о прецедуралним, тако и о материјалним правима поводом утврђивања и оспоравања порекла детета, те стицања родитељског права ванбрачних очева. Временско ограничење оспоравања брачног очинства од ванбрачног оца није у супротности са чланом 8 Конвенције (*Rasmussen* против Данске).⁶⁷ Међутим, ако је муж мајке савестан сопственог очинства, немогућност оспоравања брачног очинства након истека законског рока повлачи повреду члана 8 Конвенције

⁶⁵ *Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори*, бр. 9/2003. Осим Конвенције, Србија и Црна Гора ратификовала је још: Први протокол од 20. марта 1952. године, Протокол број 4 који обезбеђује одређена права и слободе које нису укључене у Конвенцију од 16. септембра 1963. године и Први протокол уз њу, Протокол број 6 о укидању смртне казне од 28. априла 1983. године, Протокол број 7, Протокол број 12 и Протокол број 13 о укидању смртне казне у свим околностима.

⁶⁶ О обавезујућој улози пресуда ЕСЉП на домаће право говори и Уставни суд Немачке, који је поводом случаја *Görgülü*, навео да „у немачком правном систему ЕКЉП има положај федералног закона и мора бити узета у обзир при тумачењу домаћег права. Пресуде ЕСЉП имају обавезујући карактер за све државне органе и намећу обавезу да у оквиру своје надлежности спрече континуирану повреду Конвенције и створе ситуацију која је у складу са Конвенцијом“. Вид. Andreas Hanke, „Custody and Visitation Rights in Germany After the Decisions of the European Court of Human Rights“, *Family Law Quarterly* 3/2001, 359.

⁶⁷ *Rasmussen v Denmark*, пред. бр. 8777/79, пресуда од 28. новембра 1984. године.

(*Shofman* против Русије).⁶⁸ За процену Суда, суштинска чињеница је савесност оца, јер је претходно утврђено да, ако је отац знао да дете није његово и није покренуо поступак у законском року, одбијање оспоравања очинства није противно Конвенцији (*Yildirim* против Аустрије⁶⁹ и *Rasmussen* против Данске).⁷⁰

Наше право потпуно поштује захтев из ЕКЉП да дете, без обзира на рок, може да поднесе тужбу којом захтева утврђивање или оспоравање свог порекла. ЕСЉП је прописивање рока у коме дете може да утврди/оспори порекло нашао противним праву на поштовање приватног живота (*Phinikaradou* против Кипра).⁷¹ Да би се потенцијалном биолошком оцу омогућило обарање претпоставке о брачном очинству, неопходно је да он успостави породични живот са дететом и да захтева вршење родитељског права (*M. B.* против Уједињеног Краљевства).⁷² Одбијање контакта биолошког оца и детета у случају када његово очинство није утврђено, без разматрања да ли би контакт био у интересу детета, али и интересу биолошког оца, представља повреду права на поштовање породичног живота (*Schneider* против Немачке).⁷³ Идентично је ЕСЉП нашао и у случајевима *Elsholz* против Немачке⁷⁴ и *Anayo* против Немачке.⁷⁵ Међутим, у друга два случаја, *Sahin* против Немачке⁷⁶ и *Sommerfeld* против Немачке,⁷⁷ ЕСЉП налази супротно – у случају противљења мајке контакту детета и ванбрачног оца⁷⁸ и каснијег противљења детета контакту са ванбрачним оцем, одбијање да се досуди контакт позивањем на најбољи интерес детета, као и несаслушање детета

⁶⁸ *Shofman v Russia*, пред. бр. 74826/01, пресуда од 24. новембра 2005. године.

⁶⁹ *Yildirim v Austria*, пред. бр. 34308/96, пресуда од 19. октобра 1999. године. Видети и случај *X. and others v Austria*, пред. бр. 19010/07, пресуда од 19. фебруара 2013. године.

⁷⁰ *Rasmussen v Denmark*, пред. бр. 8777/79, пресуда од 28. новембра 1984. године.

⁷¹ *Phinikaridou v Cyprus*, пред. бр. 23890/02, пресуда од 20. децембра 2007. године.

⁷² *M. B. v United Kingdom*, пред. бр. 22920/93, пресуда од 6. априла 1994. године.

⁷³ *Schneider v Germany*, пред. бр. 17080/07, пресуда од 15. септембра 2011. године.

⁷⁴ *Elsholz v Germany*, пред. бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000. године.

⁷⁵ *Anayo v Germany*, пред. бр. 20578/07, пресуда од 21. марта 2011. године.

⁷⁶ *Sahin v Germany*, пред. бр. 30943/96, пресуда од 8. јула 2003. године.

⁷⁷ *Sommerfeld v Germany*, пред. бр. 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године.

⁷⁸ О противљењу мајке контакту детета и оца у Аустралији и проблему тзв. *no contact* мајки, Helen Rhoades, „The ‘No Contact Mother’: Reconstructions of Motherhood in the Era of the ‘New father’“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2002, 80.

пред судом не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.⁷⁹

8. ЗАКЉУЧАК

У складу са стандардима усвојеним у пресудама ЕСЉП, предлажемо да наше право уважи елементе који су у интересу детета и да се у одлучивању о захтеву ванбрачног оца за вршењем родитељског права уваже критеријуми посвећености биолошког (ванбрачног) оца за вршење родитељског права – постојање заједнице живота родитеља пре, током или након рођења детета, постојање личног односа са дететом или мајком детета, интересовање биолошког оца за дете и поред противљења мајке. Најсложенија је ситуација кад дете већ има формиран породични живот са правним оцем или ванбрачним партнером мајке, а биолошки отац је остваривао личне односе са дететом, или је само показивао намеру да оствари личне односе, али се то није догодило због противљења мајке или детета. Сматрамо да дете има право да сазна своје порекло и да мушкарац има право да утврди биолошку везу са дететом, али да би стицање родитељског права биолошког оца, без испитивања свих околности, било супротно интересима детета. Питање је да ли се захтев за вршење родитељског права посматра из аспекта детета или биолошког родитеља. Ако се посматра из угла најбољег интереса детета, а дете има формиран породични живот са правним оцем и снажно и константно се противи одржавању личних односа са биолошким оцем, захтев треба одбити. Стојимо на становишту да тај захтев треба оцењивати пре свега, из угла дететових интереса, што је решење предвиђено у енглеском праву.

Такође, поводом овлашћења енглеских судова да испитују мотиве ванбрачног оца да тражи меру вршења родитељског права, предлажемо, у складу са обавезом из члана 205 Породичног закона о проширеној примени истражног начела у породичним (патернитетским) споровима, да судови у Србији у одлучивању о захтеву мушкараца који жели да врши родитељско право након оспореног брачног или признатог ванбрачног очинства треба да испитају разлоге услед којих он подноси захтев којим би стекао родитељско право.⁸⁰ Додатно би се испунила и обавеза да се суд руководи најбољим интересом

⁷⁹ Супротно, у енглеском праву судови могу и поред противљења детета контакту са ванбрачним оцем наметнути такву обавезу детету. – М. Драшкић (2011b), 93.

⁸⁰ М. Драшкић (2007), 133. „Другим речима, суд увек мора испитати да ли је тврдња једне парничне странке истинита, без обзира на то што је друга страна не оспорава, односно признаје, као што мора испитати и оно што ниједна од странака не предлаже“ (курзив У. Н.).

детета у свим поступцима који се односе на дете (чл. 6 и 266 Породичног закона), те да се омогућавање, односно одбијање вршења родитељског права посматра првенствено из угла детета и његове стабилности.

У судском одлучивању треба додатно конкретизовати правило да се обарањем претпоставке о брачном очинству мужа мајке родитељско право стиче само уз постојање додатних околности, попут социјалних веза мушкарца који то чини и детета. Непостојање могућности да се оспори порекло детета, и према стандардима ЕСЉП, повреда је права детета да сазна порекло и права мушкарца који тврди да је отац детета да успостави правну везу са дететом. Сматрамо да предност у стицању родитељског права треба да има биолошка веза, али само биолошка веза одређеног социјалног квалитета, тачније биолошка веза која повлачи социјалне чињенице. У супротном, у случају колизије биолошке везе и формиране социјалне везе оличене у правном признању детета, превагу треба да односе стабилност породичног живота детета и социјална веза.

Имајући у виду обавезу држава потписница Конвенције о правима детета да омогуће детету да утврди своје порекло у односу на родитеље, то не мора и не треба да повлачи обавезу да се омогући контакт детета и оца и стицање родитељског права уколико то не би било у интересу детета. То се односи на случај кад дете већ има оформљен породични живот са правним оцем.

Наше право недовољним уважавањем чињеница оформљеног породичног живота правног оца и детета, квалитета тог односа, намере мушкарца да врши родитељско право у односу на дете и постојања породичног живота између њих, не води рачуна у довољној мери о интересима детета и даје претежни значај праву на утврђивање биолошке истине над правом на поштовање породичног живота детета. Право на сазнање порекла детета свакако је важан сегмент права детета, али само ако се посматра као шире право на стабилност детета и право на поштовање породичног живота детета.

С друге стране посматрано, правни отац и након сазнања да није биолошки отац може, али не мора да оспори своје порекло. Њему је након сазнања остављена могућност да оспори порекло – ако он то жели, треба да му буде пружена могућност, иако посматрано из аспекта детета и његовог права на поштовање породичног живота, то можда не би било корисно. У супротном, забрана оспоравања порекла на страни мужа или ванбрачног партнера мајке повлачила би повреду његовог права на поштовање приватног живота. Такав став је заузет и у пресуди ЕСЉП *Shofman* против Русије.

У свим случајевима кад се стицање родитељског права (као у немачком праву) условљава(ло) сагласношћу мајке, треба проценити да ли је то у сагласности са интересима детета. У супротном, ако

се не би вршила процена на основу интереса детета, једној страни, мајци, била би неоправдано дата неограничена власт у вршењу родитељског права. Идентично неправичан резултат је и супротно решење (као у српском праву), кад се дозвољава, без процене по интересе детета, да једна страна, мушкарац који тврди да је отац детета, оспоравањем очинства и утврђивањем свог очинства стекне родитељско право. Његови путативни мотиви оличени у намери да разгради постојећи породични живот, како детета, тако и мужа мајке и мајке, били би правно подржани. Тиме се дозвољава да се независно од мотива и намера биолошког оца породични живот детета угрози.

Посматрајући решења немачког права у поређењу са принципима *CEFL*, дозвољавањем да ванбрачни отац утврди очинство и стекне родитељско право, мајка не губи много од својих овлашћења према детету, оно се и даље налази код ње, она га свакодневно негује, непосредно се стара о њему, док, с друге стране, дете и ванбрачни отац добијају извесна права. Дете зна ко му је отац и има право да одржава личне односе са њим, а отац има законска права према детету и право на контакт са њим. Налазимо да је прагматични приступ немачког права умногоме занемарио три битна сегмента: интересе и права детета, правичност и (људска) права ванбрачног оца. На становишту смо да је правичније решење, уколико се покаже да ванбрачни отац не врши родитељско право на адекватан начин или га не врши уопште, да буде лишен родитељског права, него да ниједан ванбрачни отац нема прилику да стекне родитељско право. Немачки систем је опрезан да ли треба дозволити вршење родитељског права ако нема сагласности ванбрачних родитеља, док већина европских законодавстава, укључујући и наше, „лакше“ додељује родитељско право ванбрачном оцу, али оно исто тако може бити одузето ако се не врши правилно.

Право детета на сазнање порекла из члана 7 Конвенције о правима детета (прописано пре готово 30 година), посебно у светлу доступности савремених техника утврђивања порекла (ДНК), треба посматрати уз уважавање друштвене реалности и породичног статуса детета. Занемаривање социјалног аспекта положаја детета у породици, при примени права из Конвенције о правима детета пре би могло довести до угрожавања интереса детета, него до заштите његових права.

Сматрамо да и српско и немачко право у недовољној мери уважавају интересе детета. Српско, пружањем слабе заштите детету и његовом већ формираном породичном животу на рачун права биолошког оца да без ограничења стекне родитељско право, а немачко, придавањем претежног утицаја праву мајке на рачун права детета

и права ванбрачног оца. Немачко и српско право пре свега оцењују интересе и личне односе родитеља (бивших супружника), док је у енглеском праву у фокусу дете.

Имајући у виду праксу ЕСЈП, као контролног органа и главног тумача Европске конвенције о људским правима, гласноговорника европских (породичних) вредности, према немачком приступу овој области, наметнула се једна од две могућности: или ће немачки законодавац приступити реформи законодавства (судови ће поштовати стандарде из пресуда ЕСЈП) и уважити права ванбрачних очева или ће ЕСЈП наставити да утврђује повреду права на поштовање породичног живота у вези са правом на равноправност ванбрачних очева. Немачки законодавац је реформом *BGB* показао да је након бројних пресуда уважио стандарде ЕСЈП и, иако и даље под рестриктивним условима, ослабио правило да без сагласности мајке ванбрачни отац не стиче родитељско право. Тиме су „европски стандарди“ показали колику јачину имају у односу на један тако чврст, конзистентан и конзервативан национални систем по питању вршења родитељског права ванбрачних очева, као што је немачки. На судској пракси је сада да покаже колико ће тежак *onus probandi* бити на страни мајке да је вршење родитељског права противно интересу детета. Тачније, да ли су немачки судови спремни да учине значајан заокрет у односу на доскорашњу праксу, која је и узроковала „санкције из Стразбура“. Енглески законодавац, као и у многим областима, задржао је универзалан приступ – да аутоматски не признаје родитељско право ванбрачног оца, али да, кад то околности намећу, дозволи стицање мере вршења родитељског права. Српски законодавац даје неограничену власт биолошком оцу на рачун интереса детета, те сматрамо да наши судови треба да се држе стандарда постављених у пресудама ЕСЈП и дозволе стицање родитељског права уз постојање додатних околности.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Алинчић, М. *et al.*, *Обитељско право*, Загреб 2007. (Alinčić, M. *et al.*, *Obiteljsko pravo*, Zagreb 2007)
- Antokolskaya, M., „Family Values and the Harmonization of Family Law“, *Family Law and Family Values* (eds. M. Maclean, J. Eekelaar), Oxford 2005.
- Besson, S., „Enforcing the Child’s Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights“, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2/2007.

- Boele-Woelki, K. *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen 2007.
- Booth, P., „English Law and Cohabitation – Property and Other Issues in Cohabiting Situations“, *Pravni život* 10/2009.
- Bradley, D., „Regulation of Unmarried Cohabitation in West-European Jurisdictions – Determinants of Legal Policy“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001.
- Britz, G., „Biological and Social Parenthood“, *Family Law and Culture in Europe Developments, Challenges and Opportunities* (eds. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge 2014.
- Budzikiewicz, Ch., „Contracting on Parentage“, *Family Law and Culture in Europe Developments, Challenges and Opportunities* (eds. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge 2014.
- Campbell, A., „Conceiving Parents Through Law“, *International Journal of Law, Policy and Family* 2/2007.
- Choudhry, Sh., Herring, J., *European Human Rights and Family Law*, Oxford 2010.
- Cowden, M., „No Harm, No Foul: A Child’s Right to Know Their Genetics Parents“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2012.
- Цвејић-Јанчић, О., „Шта је потребно мењати у Уставу Србије у области породично-правних односа“, *Правни живот* 10/2014. (Cvejić-Jančić, O., „Šta je potrebno menjati u Ustavu Srbije u oblasti porodično-pravnih odnosa“, *Pravni život* 10/2014)
- De Cruz, P., *Family Law, Sex and Society*, London 2010.
- Dempsey, D., „Donor, Father or Parent? Conceiving Paternity in the Australian Family Court“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2004.
- Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Београд 2011. (Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd 2011)
- Драшкић, М., „Оспоравање и утврђивање очинства пресудом на основу признања: незаконита пракса београдских судова“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2007. (Draškić, M., „Osporavanje i utvrđivanje očinstva presudom na osnovu priznanja: nezakonita praksa beogradskih sudova“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2007)
- Драшкић, М., „Право детета на одржавање личних односа са блиским особама“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. С. Лилић), Београд 2011. (Draškić, M., „Pravo deteta na održavanje ličnih odnosa sa bliskim osobama“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. S. Lilić), Beograd 2011)

- Epstein, A. S., „The Parent Trap: Should a Man Be Allowed to Recoup Child Support Payments if He Discovers He Is Not the Biological Father of the Child“, *Brandeis Law Journal* 3/2004.
- Hanke, A., „Custody and Visitation Rights in Germany After the Decisions of the European Court of Human Rights“, *Family Law Quarterly* 3/2001.
- Harris, D. *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009.
- Јањић-Комар, М., „Начело равноправности деце рођене у браку и деце рођене ван брака у нашем праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 6/77. (Јанјић-Комар, М., „Načelo ravnopravnosti dece rođene u braku i dece rođene van braka u našem pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 6/77)
- Kilkelly, U., *The Right to respect for private and family life*, Strasbourg 2003.
- Ковачек-Станић, Г., „Аутономија *versus* материјална истина у компаративном праву о породичном статусу детета“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2011. (Коваček-Stanić, G., „Autonomija *versus* materijalna istina u komparativnom pravu o porodičnom statusu deteta“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011)
- Kovaček-Stanić, G., „Serbian Family Law: Rights of the Child“, *International Journal of Children's Rights* 4/2009.
- Lewis, J., „Debates and Issues Regarding Marriage and Cohabitation in the British and American Literature“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001.
- Liu, H.-E., „Mother or Father: Who Receive Custody? The Best Interest of the Child Standard and Judge's Custody Decisions in Taiwan“, *International Journal of Law, Policy and Family* 2/2001.
- Lundy, L., Kilkelly, U., Byrne, B., „Incorporation of the United Nations Convention on the Rights of the Child in Law: A Comparative Review“, *International Journal of Children's Rights* 3/2013.
- McGlynn, C., *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge 2006.
- Ostner, I., „Cohabitation in Germany – Rules, Reality and Public Discourses“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2001.
- Parkinson, P. *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge 2011.

- Pintens, W., „Europeanisation of Family Law“, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Antwerpen 2003.
- Probert, R., *Cretney and Probert's Family Law*, London 2009.
- Reece, H., „Degradation of Parental Responsibility“, *Responsible Parents and Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Oxford 2009.
- Rhoades, H., „The ‘No Contact Mother’: Reconstructions of Motherhood in the Era of the ‘New father’“, *International Journal of Law, Policy and Family* 1/2002.
- Ристов, А., Кочковска, К., „Кратак преглед законодавства у Републици Македонији и Конвенције о правима детета и тренутни правци развоја македонског Породичног закона“, *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног* (ур. С. Стјепановић, et al.), Источно Сарајево 2012. (Ristov, A., Kočkovska, K., „Kratok pregled zakonodavstva u Republici Makedoniji i Konvencije o pravima deteta i trenutni pravci razvoja makedonskog Porodičnog zakona“, *Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog* (ur. S. Stjepanović, et al.), Istočno Sarajevo 2012)
- Scherpe, J. M., „Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View“, *Responsible Parents and Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Oxford 2009.
- Schrama, W. M., „Family Function over Family Form in the Law on Parentage? The Legal Position of Children born in informal relationships“, *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century* (ed. K. Boele-Woelki), Antwerpen 2009.
- Sheldon, S., „Unmarried Fathers and Parental Responsibility: A Case for Reform?“, *Feminist Legal Studies* 2/2001.
- Somfai, B., „The Right of the Child to Parentage (Descent)“, *European Challenges in Contemporary Family Law* (eds. K. Boele-Woelki, T. Sverdrup), Antwerpen 2008.
- Stalford, H., *Children and the European Union*, Oxford 2012.
- Стевановић, Н., „Оспоравање очинства“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006. (N. Stevanović, „Osporavanje očinstva“, *Novo porodično zakonodavstvo* (ur. Z. Ponjavić), Kragujevac 2006)
- Видић, Ј., „Правно регулисање дејстава ванбрачних заједница у Србији, Словенији, Хрватској и Македонији“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006. (J.

Vidić, „Pravno regulisanje dejstava vanbračnih zajednica u Srbiji, Sloveniji, Hrvatskoj i Makedoniji“, *Novo porodično zakonodavstvo* (ur. Z. Ponjavić), Kragujevac 2006)

Voegeli, W., „Basic Values and Family Law in Recent Judgments of the Federal Constitutional Court of Germany“, *Family Law and Family Values* (eds. M. Maclean, J. Eekelaar), Oxford 2005.

Uroš Novaković, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITY IN THE CASE OF ESTABLISHING/CONTESTING PATERNITY– THREE APPROACHES: GERMAN, ENGLISH AND SERBIAN LAW

Summary

Although the right to know his origin is envisaged, primarily, as a right of the child, decision establishing/contesting child's origin applies to all parties in the proceedings – the child, the child's mother, child's father and the man whose paternity is being established. In most European legislations there are principles proclaiming equality of legitimate and illegitimate children. German law predicted, until modifications of the *Bürgerliches Gesetzbuch* in 2013, that if illegitimate mother refuse to give consent to illegitimate father, there is no possibility that he acquires parental rights or a right to contact with the child. German law considers that acquisition of the parental rights of illegitimate father against the will of the mother would be contrary to the best interests of the child. In England, when deciding parental responsibility order, courts consider following criteria: the degree of father commitment to the child, the degree of association between child and the father and the reasons illegitimate father seek parental responsibility order. The Serbian law (except time limit) provides no restrictions of biological father to establish origin in relation to the child and thus acquire parental responsibility. Serbian legislative solutions are completely in the line with the Convention on the Rights of the Child, but do not accept the right to respect for family life of the child and his legal father. The author suggests, in accordance with the obligation in Article 205 of the Serbian Family Act – extended application of investigative principle within the family (paternity) proceedings, that courts in Serbia, questioning request of the man who challenged marital paternity or disputed recognized illegitimate paternity, and intends to

acquire parental responsibility examine the reasons due to which he submitted this request. This would further fulfill an obligation of the court to examine best interest of the child principle in all proceedings concerning child (art. 6 and 266 of the Serbian Family Code), thus to allow or refuse exercise of parental responsibility, primarily from the perspective of the child's stability.

Key words: *Child's origin. – Best interest of the child. – Parental responsibility. – Extramarital father. – Right to respect for family life.*

Article history:

Received: 31. 3. 2017.

Accepted: 12. 6. 2017.