

ИСТОРИЈА И БУДУЋНОСТ ИСТРАЖИВАЊА ОЧИНСТВА

На релацији: отац-мајка и дијете неизвјесност није баш рјеткост. Нарочито не када су у питању ванбрачна дјеца. Иначе се манифестује преко проблема оспоравања и утврђивања очинства и материнства. Поступак у коме се ови проблеми разрјешавају посебан је парнични поступак. У теорији га означавају као поступак у патернитетским споровима;¹ у нас у текстовима као поступак утврђивања и оспоравања материнства и очинства.² Наша намјера је да укажемо на историју и будућност овог поступка.

Претходно, проблеми материнства су незнатни и ријетко се јављају. Тако одређује карактер биолошке улоге жене; чињеница порођаја и стање трудноће су безмало увијек евидентни. Стога није случајно да се већ римско право определијелило за правило: *mater semper certa est*. У нашим условима, ако се каткада и јаве, онда је то углавном поводом наочади, или у случају замјене новорођенчади у установама за порођај.

Историја патријархалних средина је знала и за неке друге могућности. У таквим срединама, по народном казивању, забиљежени су случајеви „подметања“ дјетета које роди неудата жена жени која је из куће (дома) а има „право“ на рађање. Додали бисмо да је то уједно био и начин да се кућа (тако се у таквим срединама означавала породица) спаси од „срамоте“ која је долазила са ванбрачном трудноћом.

У историји криминала забиљежени су случајеви који су скоро невјероватни, у којима су садржане могућности за проблематичност материнства, нпр. кад жена нероткиња, у жељи да пошто-пото дође до дјетета (мотиви су ирелевантни), из утробе друге жене, као у хируршком захвату, извуче дијете. Из наше новије праксе у томе смислу случај Шевке Хоџић.³ За утврђивање и оспоравање материнства случај би био од значаја

¹ Тако др С. Трива, *Грађанско процесно право I*, Загреб 1972, стр. 640,

² В.: глава VIII и IX Закона о односима родитеља и дјеце Србије, „Сл. гласник СРС“, бр. 22/74; глава VII и VIII Закона о односима родитеља и дјеце Црне Горе, „Сл. лист СРЦГ“, бр. 54/74, и под. 1. и 2, дијела III Закона о *zakonski zvezi in družinskih razmerjih Slovenije*, (»Uradni list SRSL«, бр. 15/76. Тако и у осталим.

³ В.: наш чланак Проблеми истраживања очинства, обј. у „Никшићким новинама“, од 2. августа 1970. године.

под условом да је дијете остало живо и да злочин није откривен, односно да је гођење застарјело. Друкчије све је извјесно, па и у односу на материнство.

Неизвјесности на плану утврђивања и оспоравања очинства су много чешће. То и због тога што се природа није постарала, као у случају материнства, да везу између оца и дјетета учини евидентнијом. Уз то, изостанак сигурних метода (прије свега у биолошком смислу) у доказивању чини проблем истраживања очинства сложенијим и деликатнијим. Стога је човјек вјероватно још од почетка патернитета преокупиран жељом да несигурне индиције у одређивању очинства замијени сигурним чињеницама. Овом проблематиком данас су заокупљене не само правне већ и биолошке и медицинске науке. Ове двије последње су од поодавно у могућности да дају прецизну, потпуну и доречену дефиницију очинства. По њима отац дјетета је онај мушкарац чији је сперматозоид оплодио мајчину јајну станицу из које се дијете развило. Код ове истине проблем се своди на то да се она учини евидентном, односно да јој се да практични живот. Како у овом тренутку праву још није понуђена тако практична метода, упркос томе што су у биолошким наукама својства гена позната, то проблем и даље остаје актуелан. Даље бисмо додали да због помањкања сигурних доказа, неизвјесност остаје и по правноснажности судске одлуке којом је утврђено очинство. У том случају неизвјесност има и своје психолошке импликације, те је проблем очинства и с аспекта тих наука од значаја.

За нашу тему ваљало би почети са првом одлуком о спорном очинству. Тако је, међутим, почети немогуће, пошто историја института истраживања очинства не биљежи такву одлуку. Томе у прилог: неизвјесности на плану очинства могле су бити одагоњене, са доста вјероватноће се може тврдити, по сличности „од ока“, било да је сличност учачао онај који се носи са неизвјесношћу било да су на њу указивала трећа лица, од много прије писаних права, прецизније: од времена када је човјек био свјестан такве сличности. Истина, то још не значи никакав уређени поступак. Кад је ријеч о сличности „од ока“, треба рећи и то да је у највећем броју случајева (на срећу спокојства!) у тој сличности садржан и квантитет и квалитет родитељских релација и, што је још значајно, та сличност је најчешће јаче изражена од случајне сличности која се јавља међу несродним личностима. Ова тврдња је за биолошке науке већ истина која се може доказивати. Иначе, поређења по сличности „од ока“ се дају доста често срести у древним књижевностима, а посебно у књижевности старе Грчке. Оваква поређења су чињена вјероватно и много прије почетка примјене методе сличности као одређене научне методе, која је, да узгред кажемо, почелима везана за математику као фундаменталну науку, посебно за планиметрију као њену дисциплину, а у овој за име

древног филозофа и математичара Талеса из Милета. На идеју о примјени сличности овај математичар је дошао кад се нашао пред задатком да одгонетне висину Кеопсове пирамиде без да је (висину) физички може мјерити, упоређујући висину пирамиде са њеном сјенком (ову је могао мјерити) у сразмјери са висином и сјенком другог тијела које су могле бити познате.

У систематском истраживању очинства примјена методе сличности (данас је означавају антрополошко-генетском) услиједила је много касније — тек у наше вријеме. Тако је определијелио развој биологије као науке. Истина, појединачне одлуке се могу срести од много прије. Тако је забиљежена једна одлука из 1769. године када је, по захтјеву Дома лордова у Лондону, Archibalde Douglas као ванбрачно дијете по сличности, и то оне „од ока“, проглашен сином умрлог лорда.

У праву систематска рјешења о спорном очинству слиједиле велике буржоаске кодификације. Тако ће потрајати све до издвајања породичног права, па и поступка заштите тог права у посебна права и различито од грађанског права; од тада — у оквиру тих права. Том процесу особито је допринио својом познатом расправом „О положају породице и наслеђства у нас“ наш познати правни писац др В. Богишић.⁴ Иначе, рјешења су се кретала од потпуног омогућавања до потпуне забране. Друга крајност је определијелена чл. 240. Code Napoleon од 20. марта 1804. год. Ево како је одредба тог члана била формулисана: »La recherche de la paternite est interdite« (истраживање очинства је забрањено). Од овог правила поменути текст чини изузетак само у случају отмице, ако њен дан пада у период зачећа, тј. у вријеме од 180 дана. Новелирани текст из 1812. год. тако и за случај завођења, а особито ако је до њега дошло коришћењем долозних средстава.

Према проблему истраживања очинства слично су се односила права која су била под утицајем француског, као што су: румунско (до рата), белгијско и италијанско. Треба додати да су ова права показивала тенденцију пораста броја изузетака.

Утицај француског права се осјећао и на наша предратна права. О томе ће бити ријечи, када будемо излагали о тим правима.

Другу, много већу групу, махом германских права, на челу са аустријским, њемачким и швајцарским, опредјељује рјешење какво је било у параграфу 163. првобитног текста Аустријског грађанског законика, по коме је допуштено утврђивати ко је отац ванбрачног дјетета. При доказивању нема никаквих ограничења. И, што је још важно, по овом тексту приговор више саложника (*exertio plurium concubentium*) није разлог због кога ваља унапријед одбацити тужбу. За такав случај, према тексту, претпоставка патернитета протеже се на све саложнике

⁴ Рад је објављен у часопису „Правник“ за 1893. годину.

и тако све док један од њих судском одлуком не буде означен као отац дјетета. При том је приговор само једно одбрамбено средство којим се тужени служи по отпочињању поступка. Нема значајних разлика, барем према првим текстовима, ни по њемачком и швајцарском праву.

Посебну групу рјешења по којима је допуштено истраживање очинства чине она законодавства у којима се поступак покреће по службеној дужности. За примјер наводимо: данско, шведско, норвешко и чехословачко предратно право. Иначе, ријеч је о рјешењима која су само једна крајност оних рјешења по којима је допуштено истраживање очинства. Према Закону Норвешке из 1915. год., мајка дјетета је дужна означити лице које је ванбрачни отац, јер у противном може бити кажњена. Пошто то мајка учини, орган старатељства обавјештава то лице, остављајући му могућност да оспори истинитост њене тврдње у за то предвиђеном року. Пропуштање рока има за последицу признање очинства.

Помеђу истакнутих рјешења је рјешење које представља комбинацију ова два. Од предратних права, осим новелираног Code Napoleon из 1812. год. поменућемо, пошто ће о њима касније бити више ријечи, Правила о ванбрачној дјечи за Књажевину Црну Гору из 1894. год. и Српски грађански законик од допуна из 1868. год. Комбинована рјешења су карактеристична и за савремене текстове, мада у различитој сразмјери и сада знатно у корист могућности истраживања.

Совјетско право се у односу на проблем истраживања очинства изузетно понашало. У почетку је забрањивало истраживање очинства, да би га касније Кодексом закона о породици из 1926. год. дозволило. Указом од 8. јуна 1944. год. је поново забрањено. У члану 20. Указа се каже: „Укида се постојеће право матере да се обраћа суду тужбом за истраживање очинства и тражења алиментације ради издржавања дјетета рођеног од лица са којим се она налазила у регистрованом браку“. Основама законодавства СССР-а о браку и породици од 27. јуна 1968. год. поново је успостављена могућност истраживања очинства, сада без обзира на чињеницу да ли дијете потиче из брака или не.

У нашем предратном праву, како се то и из изложеног може наслутити, овај проблем је различито разрјешаван. У једном дијелу је важиле аустријско право, у другом се судило по мађарском, а у трећем по шеријатском. За подручје Србије, касније и Македоније, по Српском грађанском законнику, а за подручје Црне Горе по цитираним Правилима и Правилима из 1886. и 1892. године.

По параграфу 130. Српског грађанског законика (првобитни текст) доказивање очинства је допуштено. Илустрације ради цитирамо ту одредбу: „Ко је отац дјетета, има право мати доказивати и сваки онај кога се тиче истраживати“. Допуном

Законика од 6. маја 1868. год., како је већ речено, поменути параграф је укинут. Према новелираном тексту очинство се може изузетно истраживати: 1) у случају отмице, односно одвођења дјевојке, ако вријеме одвођења односно отмице пада у вријеме зачећа и 2) у случају силовања. Шта се сматра одвођењем, односно отмицом, или силовањем — дефинисано је Казним законом у параграфима 188, 189 и 191. Из тога даље слиједи да је утврђивање очинства у назначеним изузецима претпостављено претходно утврђеним кривичним дјелом. На основу изложеног није тешко закључити да су се рјешења у Српском грађанском закону кретала од оног како је било у Аустријском грађанском закону до оног како је било по новелираном Code Napoleon из 1812. године.

У оним нашим областима гдје се примјењивало шеријатско право истраживање очинства није било дозвољено. По овом праву ванбрачно дијете није имало никаквих права према оцу.

Специфична, а тиме у извјесном смислу и оригинална рјешења предвиђала су Правила о ванбрачној дјечи из 1894. г. Правила је припремио, по налогу Државног савјета, с „највишим одобрењем његовог величанства Књаза и Господара Николе I“, ондашњи министар правде, познати правни писац др В. Богишић. Оцјењујући и сам да је веома тешко регулисати односе и положај ванбрачне дјеце, писац је Правила поставио, како се у заглављу каже, „док се год не постави Нови закон о овоме сложеном и мучном предмету“. Како касније није донесен никакав други текст, Правила су, прије свега због сталне примјене, третирана као закон. Прије осврта на рјешења из ових Правила, треба подсјетити да по онима из 1886. и 1892. год. истраживање очинства није било допуштено. Доста је вјероватно да је ово рјешење предидијељено утицајем француског права. Такав утицај не би било тешко доказивати, тим прије ако се има у виду да је и сам књаз Никола I био ђак француске школе. Умјесто истраживања очинства, Правила су предвиђала рјешење по коме је ваљало обезбиједити издржавање и развој дјетета. По тим рјешењима „преступник“ (тако је називан онај са којим је жена која је ван брака „прегријешила“, односно зачела дијете) био је дужан издвајати, односно издвојити средства у фонд за издржавање дјетета. Ако је у питању више „преступника“, онда је обавеза издвајања у фонд обавеза свих. Иако су назначена Правила експлицитно забрањивала истраживање очинства, ипак се у једном случају оно могло утврдити признањем. Тако је ступањем „преступника“ и „преступнице“ у брак дијете могло бити „узакоњено“. Овдје ваља примјетити да је изразом „узакоњење“ потенцирана за право непотребна подјела на закониту и незакониту дјецу. На жалост, такву подјелу потенцирају и Правила из 1894. године. За савремена права она је већ прошлост; она теже и даље: брисању разлике

између брачне и ванбрачне дјеце. То је посљедица хуманизације права.

На основу члана 4. лако је закључити да су Правила из 1894. год. на позицијама комбинованих рјешења. Према помехутој одредби, „тражењу оца незакониту (ванбрачну) дјетету вриједи правило: кад се год нађе ко ће на се узети бригу и трошак око затрудњеле по порођају, а позније око дјетињскога издржавања и одгоја отац се неће судом тражити. Кад се напротив не нагоди ко би ту обавезу на се узео отац ће се дјетету тражити. Затрудњелој је слободно у сваком случају захтијевати да се отац законитим путем и начином тражи. Ипак, ако она тај захтјев не буде пријавила у суд течајем прве године од дјететова рођења застараће јој тужба, те јој је суд позније неће више никако примити“. Кад се рјешењу из назначене одредбе приђе историјски и правно логички, онда је лако запазити да је Богишић и овдје, као и у свом животном дјелу Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, настојао модерно и савремено, на научним чињеницама засновано, вјешто укомпоновати са претходним и обичајним, налазећи им тако упоредо мјеста у истој одредби. На тај начин остаје досљедан Савињијевој мисли о непостојању права као усамљене категорије. Упркос томе што су Правила припремљена на брзу руку.

Тражећи суштину проблема и његове дубоке коријене у народном животу, можемо закључити да није нимало случајно што се у поменутом Правилу Богишић определио за троструко рјешење: 1) истраживање очинства по захтјеву овлашћених лица, 2) истраживање очинства по службеној дужности и 3) забрана истраживања у за то предвиђеним случајевима. Посљедња могућност се примјењује кад нијесу испуњени услови из чл. 4. као и за случај „саложника“ из чл. 22.

У тексту Правила није нигдје, како се то обично каже, изричито наглашено истраживање очинства по службеној дужности, али се упркос тога може закључити да је рјешење имало мјеста. Тако слиједи на основу онога што је речено у чл. 2. Тамо се наводи: „најближа власт ће одмах почети своје нагледање њена (затрудњеле) владања“, чим се то сазна и „у исти мах ће извијестити вишу власт“ о том догађају. Надгледа се да не би због саблазни „недозвољеним средствима прекинула трудноћу“, док се „виша власт“ обавјештава ради изналагања благовременог рјешења које би било најповољније не само за дијете и мајку већ и за породице (братства) у ширем смислу, пошто је ванбрачна трудноћа и на том плану доносила велике невоље. Забиљежено је да су и мањи разлози који су се тицали морала могли имати нарочито тешке посљедице. Тако је у једној анегдоти, коју је записао Мићун Павићевић („Зашто су се били и крвили“), констатовано како умало није дошло до крвопролића међу братствима зато што је Стана Ђура Доњокрајца, тврдњом да је дјевојка, довела у заблуду свога вјереника и тиме

нанијела на „образ“ не само њему већ и његову братству, која се увреда, по анегдоти, једино крвљу може спрати.⁵

Наша тврдња да Правила садрже и рјешење по коме се очинство утврђује и по службеној дужности је тим сигурнија ако се има у виду оно што је речено у одредби из чл. 6. По тој одредби затрудњела је била дужна открити човјека с којим је занијела, јер јој у противном „власт“ (не мисли се на судску) може ускратити сваку помоћ. Упркос тако наглашеној обавези, забиљежени су случајеви упорног одбијања.⁶

Савремени текстови, сем за случај вјештачке оплодње жене, дозвољавају истраживање очинства. У нас безмало сви републички и покрајински текстови.⁷

Из досадашњег излагања лако је приметијети како смо склони да цио поступак означимо као истраживање, умјесто, како је то по закону, као „утврђивање“ и „споравање“.⁸ Стога смо дужни оцијенити оправданост такве тежње. Како због мањкања сигурних научних метода цијела истина може ипак да остане у оквирима неизвјесности, упркос томе што је правоснажно одлучено, то онда све прије личи на истраживање у коме је утврђивање његов циљ и резултат. Тако и због тога што истраживање подразумијева и утврђивање. Када буду постојале сигурне методе (што је, вјерујемо, већ питање дана) по основу којих ће се моћи утврдити, и то сасвим извјесно, да ли је лице означено у тужби отац дјетета, односно да није отац за случај оспоравања очинства, биће прикладније означавати поступак као поступак утврђивања и оспоравања очинства и материнства.

Изузетак по коме је забрањено истраживање очинства за случај вјештачке оплодње, у нашим текстовима дефинисан: „Није допуштено истраживање очинства дјетета рођеног вјештачким путем“,⁹ указује и на једно друго размишљање. Тако ово рјешење (свеједно је да ли је у питању жена из брака или не) показује како и у нашим условима права каткада иду у правцу да извјесност (у нашем случају од давања сперме посредством позваног стручњака до именовања оца све може бити евидентно) учине неизвјесношћу. То је обрнуто циљу права, а посебно процесних. Стога бисмо се ми залагали за обрнуто, упркос томе што је у питању рјешење у коме је садржана могућност чувања неких других вриједности као тајни. Све тим прије ако се зна да су у питању вриједности које су оковане традиционалношћу чији је карактер сумњивог значаја. Томе у прилог и чињеница да је рјешење модус којим се заобилази, рекли бисмо, и природна знатижеља потомака у односу на извјесност преда-

⁵ Објављена у књигама анегдота под бр. LXXIV, Загреб 1929. год.

⁶ В.: Герхард Геземан, *Чојство и јунаштво старих Црногораца*, Цетиње 1968, год. стр. 132.

⁷ Као под 2.

⁸ Поредити главу VII и VIII Закона о односима родитеља и дјеце Црне Горе, обј. као под 2.

⁹ В.: чл. 32. Закона о односима родитеља и дјеце Србије, као под 2.

ка, на што нема нико право, па, вјерујемо, ни сам законодавац. Ако би се такво рјешење и могло разумјети, онда је то само на релацији: мајка-отац, а никако у односу на дијете. Према дјетету не, и због тога што је то начин који од самог рођења води одређеној дискриминацији (дијели дјецу на ону која имају право на оца и ону која то немају), а то је туђе основама нашег друштвеног-политичког уређења. Уз то, чини се, рјешење има призвук привилегованих, па је и то разлог због кога га не треба фаворизовати. Тиме нијесмо против вјештачке оплодње, поготово не ако је она једина могућност да се дијете у утроби жене зачне спермом њеног мужа. У односу на вјештачку оплодњу мимо горње могућности треба нешто друго жртвовати, а не очинство. По нама, то би требало да буде право на издржавање према оцу. Тиме се много мање жртвује. Ово тим прије ако је наша опаска, да је рјешење привилегија богатих, умјесна.

Овдје нећемо указивати на специфичности поступка у коме се очинство утврђује и оспорава; о томе је много писано.¹⁰ Из истог разлога изостаће осврт на: 1) методу претрагом крви и 2) антрополошко-генетску методу. У вези с тим хтјели бисмо само казати да је прву у нас увео Зарник 1924. год. (њен родоначелник је Bernstein, који је 1924. год. открио законитост у наслеђивању крвних група), а да се другом служимо од скоро, те да она потиче од бечког антрополога Rechea. Умјесто тога, с обзиром на открића својства гена¹¹ хтјели бисмо да покушамо одредити како ће овај поступак изгледати, како се то у праву каже, у смислу *de lege ferenda*.

Са сигурношћу се може тврдити да је у науци већ могуће сасвим извјесно утврдити да ли је претпостављени отац и отац у биолошком смислу. Због могућности да се таква открића могу користити и у друге сврхе, она се чувају као тајна и монопол су одређеног круга научника богатих држава. Но, упркос тога, ипак је блиско вријеме када ће та открића наћи своју примјену. Уосталом, зар увијек није тако било. Осмјелили бисмо се чак да тврдимо да ће извјесност његове примјене бити један од фактора стабилизације односа не само на релацији: мајка-дијете и отац већ и у опште у породици, јер, на концу конца, оно нас води ономе што јесмо. То даље указује да ће се поступак одвијати уз примјену вјештачења, али сада не у смислу искључивања, него управо у смислу утврђивања. При том ће се јављати невоље кад лица позвана на вјештачење исто одбију. Но, она ће се разрјешавати као и до сада. Судови ће посебно цијенити чињеницу одбијања као и његове мотиве. Биће

¹⁰ В.: др Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1976, стр. 385.

¹¹ Д. Водстон и Ф. Крик, објашњавајући структуру молекула ДНК, открили су у ствари ген као једини фактор у преношењу наследних особина — в.: „Политика“ од 21. октобра 1977. године на стр. 17, под насловом: Преношење наследних особина.

све једноставније уколико вјештачење буде приступачније и безболније. И још нешто, њеним присуством ће се у значајнијој мјери измијенити однос према материјалној истини у овим поступцима, која је до сада често била под плаштом сумње. У таквим условима поступак ће управо ићи ка утврђивању, односно оспоравању очинства, јер ће се у смислу тражења из тужбе то моћи учинити несумњивим. Тиме истрајавање означавања овог поступка у смислу истраживања губи смисао. Тако, разумије се, неће нестати и сви проблеми који се тичу очинства; нове проблеме ће донијети нови услови и ново вријеме.

Мр Милисав Чизмовић