

Др Ана Желчевић Диамел *

ПОРОДИЧНО ПРАВО У ФРАНЦУСКОЈ – ПРАВО У ПРЕОБРАЖАЈУ

Породично право у Француској одраз је промена које се дешавају у француском друштву. Француско законодавство и судска пракса, под утицајем права Савета Европе и Европског суда са људска права, унели су нова решења у ту област, која се тичу и односа у брачној заједници и односа између родитеља и деце. Могу се запазити већи значај брачне слободe и нови, вансудски, споразумни развод. Право на поштовање приватног и породичног живота, предвиђено чланом 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, доводи до нових врста породичних веза. Мада француско право не признаје сурогат материнство, дете које је рођено на основу споразума са сурогат мајком, под одређеним условима, може имати правне везе са родитељима и може бити усвојено.

Кључне речи: *Брачна слобода. – Право на приватни и породични живот. – Вансудски споразумни развод. – Сурогат материнство. – Усвојење.*

Породично право је грана права у којој се кристалишу фундаменталне промене у друштву. Недавни догађаји у тој области француског права управо то показују. Те промене понекад имају симболичну вредност и превазилазе обичну нормативну промену¹. Еволуција

* Ауторка је доцент (*maître de conférences*) Правног факултета Универзитета *Paris Descartes Sorbonne Cité*, ana.zelcevic-duhamel@parisdescartes.fr.

¹ Закон бр. 2016–1547 од 18. новембра 2016. године о модернизацији правосуђа XXI века увео је нови члан 61–5 Грађанског законика, према којем, „свака пунолетна или еманципована малолетна особа која докаже да податак о њеном полу у матичним књигама не одговара оном у ком се појављује или по ком је позната, тај пол може променити“. Француска судска пракса, пре тог закона, захтевала је спровођење хируршке интервенције као услов за стицање новог пола (*Cass. civ. I^e*, од 7. јуна 2013, бр. 10–26.947 и 11–22.490, од 13. фебруара 2012, бр. 11–22.490).

породичног права није само плод деловања француског законодавца већ и судске праксе Касационог суда; такође се примећује све већи утицај права Савета Европе и одлука Европског суда за људска права. Промене које су се догодиле односе се и на брачни живот и на односе између родитеља и деце.

1. НОВИ ПАРОВИ, НОВИ РАЗВОДИ

Однос између двоје људи одраз је деликатне равнотеже између општих и личних интереса. Општи интерес, посебно као појам јавног поретка, дуго је имао примат над личним интересима. У последње време може се приметити да воља појединца, ојачана правом на поштовање приватног и породичног живота, које је загарантовано чланом 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, добија све важнију улогу и у формирању правних заједница и у њиховом престанку.

1.1. Стварање правне заједнице двоје људи – „*liberté, liberté chérie*“

Породично право пролази кроз еволуцију која фаворизује индивидуалну слободу. Правне реформе у тој области² омогућиле су већу контрактуализацију живота у двоје, што је одраз менталитета многих људи нашег времена. Банализовање брачног односа и признавање различитих видова приватног и породичног живота довели су до слабљења услова за пуноважност правних облика заједничког живота. Истовремено, може се приметити и већа флексибилност у погледу њиховог престанка. Таква тенденција може се запазити када је реч о склапању брака јер се смањује број услова који су потребни за његову пуноважност³.

Брачна слобода, предвиђена Декларацијом о правима човека и грађана из 1789. године и Универзалном декларацијом о људским правима из 1948. године, такође је резултат члана 12 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, који гласи:

и 10–26.947). Промена пола сада се заснива на елементима социјалне и личне природе.

² Вид. Законе бр. 99–944 од 15. новембра 1999, бр. 2006–728 од 23. јуна 2006. и бр. 2009–1436 од 24. новембра 2009, у вези са француским Грађанским пактом солидарности (*le PACS*), Закон бр. 2013–404 од 17. маја 2013. о склапању брака између истополних особа и Закон бр. 2004–439 од 26. маја 2004. о реформи развода.

³ Законом о разводу брака од 26. маја 2004. удовицама и разведеним женама укинута је период чекања од 300 дана пре склапања новог брака. Такође, Законом бр. 2007–1787 од 20. децембра 2007. о упрошћавању права укинута је обавеза лекарског прегледа будућих супружника.

„Мушкарци и жене имају право да се венчају и оснују породицу према националним законима који регулишу остваривање овог права.“⁴ Уставни савет је признао уставну вредност брачне слободе.⁵ Слично томе, Касациони суд је закључио да је брачна слобода од фундаменталног значаја.⁶ Та слобода је, међутим, ограничена брачним сметњама.

Чланови 161 до 164 Грађанског законика регулишу сметње за склапање брака, чија је улога да се обезбеди морални аспект породичних односа, који одражавају друштвени морал. Брак је, између осталог, забрањен између крвних сродника у правој линији и између тазбинских сродника у првом степену праве линије. Председник Републике, међутим, има право да, из оправданих разлога, укине забрану склапања брака између тазбинских сродника када лице које је засновало тај однос премине. Те одредбе су део јавног поретка и њихово кршење повлачи за собом апсолутну ништавост брака.

Укидање брачних сметњи не проистиче само из воље француског законодавца већ и из судске праксе Европског суда за људска права. Што се тиче брака између снахе и свекра, Европски суд је донео одлуку да је забрана брака између тазбинских сродника неоправдана препрека брачној слободи.⁷ Та пресуда је принудила француски Касациони суд да усвоји ново тумачење одредаба Грађанског законика о брачним сметњама.

Наиме, у једном случају у којем је судило прво веће Касационог суда⁸, укинута је одлука апелационог суда којом је поништен брак између снахе и свекра на основу члана 161 Грађанског законика. Касација је заснована на праву на поштовање приватног и породичног живота, које је загарантовано чланом 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Проглашење ништавости брака од Апелационог суда, према пресуди Касационог суда, представља неосновано мешање у остваривање права на поштовање

⁴ Pierre Murat, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article* (dir. L. Bourgoigne-Larsen, A. Levade, F. Picod), Bruylant, 2005, 332.

⁵ У Одлуци од 13. августа 1993. (*JO 18 août 1993*) проглашава се да је слобода брака „једна од компоненти личне слободе“.

⁶ Ради се о чувеној афери *Cours Saunte-Marthe*. Одлука Касационог суда од 19. маја 1978, *D.* 1978.541, *concl. Schmelck, note, Ph. Ardent*; *JCP* 1978, II, 19009, *note R. Lindon*. Вид. такође о ограничавајућој клаузули о слободи брака у националном праву неког друштва, *Cass. soc.*, 10. јун 1982, *JCP* 1984, II, 20230.

⁷ *CEDH*, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/Royaume-Uni*; *Dr. fam* 2005, 234, *note A. Gouttenoire et M. Lamarche*; *RTD civ.* 2005, 735, *obs. J.-P. Marguénaud et* 758, *obs. J. Hauser*. Вид. такође, *CEDH*, 12 avr. 2012, n° 43547/08, *Stübing c/Allemagne*, *RTD civ.* 2012, 285, *obs. J.-P. Marguénaud*.

⁸ *Cass. civ. 1^{re}*, 4 déc. 2013, n° 12–26.066, *D.* 2014, 153, *chron. H. Fulchiron*; *JCP* 2014, 93, *note M. Lamarche*.

приватног и породичног живота; брачна заједница, у том случају, трајала је више од двадесет година. Таква одлука представља победу чињеничног стања над правом. Касациони суд у тој пресуди прво подсећа да постоје одредбе које се односе на сметње за склапање брака које су императивне природе, а затим их „одстрањује“ у име права на поштовање приватног и породичног живота и одбија поништење брака.⁹

То решење треба сматрати изузетком у спровођењу одредбе која се односи на забрану склапања брака између тазбинских сродника. Одржавање забране, која и даље остаје правило, међутим, подлеже анализи која се спроводи на основу европског права. Примена правних одредаба о брачним сметњама, кроз призму права на поштовање приватног и породичног живота, може довести до непоштовања императивних законских норми.

Треба, према томе, направити разлику између процене законских одредаба националног права *in abstracto* и процене *in concreto* у односу на европско право. Док се у првом случају утврђује да ли је национални закон у принципу у складу са европским правом, у другом случају се омогућава непримена националног закона, који је у складу са европским правом, уколико његови прописи у једном конкретном случају производе последице које су противне праву на поштовање приватног и породичног живота. Реч је, значи, о конкретном усклађивању националног и европског права. Тест пропорционалности, који обично врши Европски суд, сада спроводе и национални судови.

Пресуда донета 2013. године је изузетак, што је индиректно потврђено још једном одлуком Касационог суда.¹⁰ Суд је, наиме, одбацио захтев за поништење пресуде о ништавости брака између пасторке и њеног бившег очуха, коју је донео један апелациони суд. У том случају, муж се прво оженио мајком његове будуће младе супруге, која је тада имала само девет година; затим, након развода од њене мајке, кћер се удала за свог бившег очуха; тај брак је трајао само осам година. Пресудом од 8. децембра 2016. Касациони суд је одлучио да поништавање брака у конкретном случају не представља неоправдано и претерано мешање у приватност младе жене. Трајање брака, које је знатно краће него у случају из пресуде донете 2013.

⁹ Последица одбацивања захтева и, према томе, потврде ништавости брака врло би вероватно било решавање спора пред Европским судом за људска права који, како је констатовано, сматра да забрана брака између тазбинских сродника представља прекомерно ограничавање слободе брака те би таква пресуда довела до осуде Француске од Суда у Стразбуру због кршења права на поштовање приватног и породичног живота и слободу брака.

¹⁰ *Cass. civ. I^{re}, 8 déc. 2016, n° 15–27.201.*

године, као и сама природа односа младе супруге и њеног бившег очуха, оправдавају одбацивање захтева.¹¹

Увођењем закона од 18. новембра 2016. године, воља супружника је такође добила доминантну улогу и у споразумном разводу брака. На тај начин избегава се судско окончање брака.

1.2. Развод без судије – развод више, уз мање контроле?

Закон бр. 2016–1547 од 18. новембра 2016. године у француско право уводи нови облик споразумног развода. Чланом 229–1 Грађанског законика супружницима се дозвољава вансудски развод уколико постоји сагласност о окончању брака и свим правним последицама које из тога произлазе. Тај тип развода је, међутим, искључен у случајевима предвиђеним чланом 229–2: ако супружници имају малолетно дете и уколико дете, које су родитељи обавестили о његовом праву да буде саслушано, затражи да га судија саслуша, као и у случају када је један од родитеља под заштитним надзором. Будући да је члан 229–1 императивне природе, није могуће бирати између судског и вансудског развода. Уколико су испуњени законски услови, супружници обавезно прибегавају вансудском разводу брака.¹² Могућност да се брак разведе вансудски постоји и ако је већ започет судски поступак о разводу брака по неком другом правном основу; започета парница се у том случају прекида.¹³

Одсуство судије не значи да су супружници лишени правне помоћи. Сваки од њих има право на свог адвоката; ангажовање заједничког адвоката није дозвољено. То решење је оправдано бољом заштитом интереса супружника. Када се постигне договор, он се констатује споразумом потписаним од адвоката.¹⁴

Сагласност супружника мора бити јасно изражена у споразуму, будући да је у члану 229–3 наведено да се „сагласност за развод и његове последице не подразумевају“. Истим чланом су предвиђени и подаци који морају бити наведени. Осим идентификационих података супружника и њихових адвоката, споразум мора садржати сагласност супружника о раскиду брака. Треба навести и начин решавања

¹¹ У тој пресуди Касационог суда стоји да је очух представљао фигуру оца, будући да је млада дама имала само девет година када је оженио њену мајку, што није био случај са пресудом из 2013. године.

¹² Patrick Courbe, Adeline Gouttenoire, *Droit de la famille*, Sirey, 2017⁷, 584.

¹³ Француски законодавац остаје веран „мостовима“ између различитих врста развода, установљеним законом од 26. маја 2004. године, чл. 247 и 247–1 Грађанског законика.

¹⁴ Према члану 1374 Грађанског законика, „*акт потписан од адвоката сваке од страна или од адвоката свих страна доказ је писања и потписа странака у вези с њима, као и њихових наследника*“.

последича развода, као што је захтев за издржавање. Такође, мора се навести начин деобе имовине стечене у браку. Коначно, у споразуму мора бити споменуто да су родитељи обавестили дете о праву да буде саслушано од судије и да оно не жели то право да искористи.

Након састављања предлога споразума, сваки адвокат шаље препорученим писмом са повратницом примерак споразума супружнику кога заступа. Да би он био пуноважан, споразум се не сме потписати пре истека рока за размишљање, који траје петнаест дана од пријема (члан 229–3 Грађанског законика).

Тако потписан споразум се затим предаје јавном бележнику (нотару), који контролише сагласност споразума са формалним условима који су предвиђени законом, што подразумева и обавезу обавештавања малолетног детета. Бележник такође води рачуна о поштовању прописаних рокова за потписивање споразума. За разлику од судије, нотар не улази у суштину споразума и не може захтевати његову измену. Он не проверава да ли заиста постоји сагласност о разводу нити утврђује да ли је предлог споразума у интересу супружника и њихове деце. Јавни бележник је, ипак, гарант формалне валидности споразума; другим речима, нотар може бити одговоран за формалне недостатке споразума.

Споразумни раскид брака без судије, с једне стране, омогућава брже окончање брачне заједнице.¹⁵ Треба, међутим, навести и његове недостатке. Уопштено гледано, може се уочити да сложеност формалних услова одражава озбиљност правног посла. Реформе о разводу брака сведоче о слабљењу брачне везе и месту које брак заузима у животу Француза. Нова процедура развода је одраз све веће банализације и развода и брака.

С друге стране, није искључено да пребрзо добијен развод доведе до кајања супружника. Они могу оспорити споразумни развод на основу непостојања пристанка, будући да није реч о судској одлуци о разводу. Поништење споразума о разводу, које би повлачило и одговорност правних стручњака, могло би довести до озбиљних проблема. Примера ради, уколико би се један од супружника поново венчао након развода, које би биле правне последице? Таква ситуација би се озбиљно одразила на положај супружника и њихове деце. Стога се може закључити да нови правни систем не доноси и већу правну сигурност.

Исто то се може запазити и када је реч о односима између родитеља и деце.

¹⁵ Треба истаћи да у случају обостране сагласности увек постоји невидљиви део у бракоразводном процесу: то је прелиминарна фаза преговарања, чије трајање може варирати.

2. НОВО ПРАВО О РОДИТЕЉСТВУ – ПРАВО У НАСТАЈАЊУ?

Односи између родитеља и деце у француском праву значајно су еволуирали последњих година, углавном под утицајем судске праксе Европског суда за људска права. Одредбе о материнству и очинству, које су императивне природе, дуго су биле засноване на принципу неотуђивости људског тела и грађанског статуса лица. Нови облици заједничког живота допринели су појави односа родитеља и деце који су донедавно били мало познати у француском праву. Законодавац и судска пракса пружили су одређене одговоре на сложене ситуације у којима се сусрећу одредбе националног и међународног права. У почетку је француско право потпуно одбацивало сваки облик родитељства стеченог уз помоћ гестацијског сурогата (*Gestation pour autrui* – GPA), да би потом дошло до попуштања стега са циљем прогресивног признавања таквог облика родитељства.¹⁶

2.1. Неотуђивост људског тела – принцип којим се одбацује сурогат материнство

Традиционално, француски грађански законик није познавао одредбе које се тичу медицински потпомогнутог зачећа. Законом бр. 94–653 од 29. јула 1994. о поштовању људског тела, који је познат као „Биоетика“, утврђено је начело слободе асистираних репродуктивних техника, постављајући притом одређена ограничења. С тим у вези, чланом 16–7 је предвиђено: „Сваки споразум који се односи на зачеће или трудноћу за другог ништаван је.“¹⁷

У основи тог диспозитива је једна чувена одлука Касационог суда.¹⁸ Суд је, у том случају, позивајући се на начело о неотуђивости људског тела, одбио захтев за потпуно усвојење који је поднела супру-

¹⁶ Вид. у обавештењу Националног саветодавног комитета за етику од 27. јуна 2017, истополним женским паровима и женама без партнера омогућава се медицински потпомогнута репродукција, мишљење бр. 126, Anne-Marie Leroyer, „L’avis du Comité d’éthique sur les demandes sociétales de recours à l’AMP ou les présupposés idéologiques d’une pensée institutionnelle“, *JCP* 37/2017, 927.

¹⁷ Француски законодавац је додатно увео кривичне санкције: вид. чл. 227–12 Кривичног законика.

¹⁸ *Cass. civ. plén.*, 31 mai 1991, *Bull. ass. plén.*, n° 4; *D.* 1991, 417, *rapp. Y. Chartier*; *ibid.*, 318, *obs. J.-L. Aubert*, *ibid.*, 424, *note D. Thouvenin*; *D.* 1992, 59, *obs. F. Dekeuwer-Défosse*; *RFDA* 1991, 395, *étude M. Long*; *Rev. crit. DIP* 1991, 711, *note C. Labrusse-Riou*; *RTD civ.* 1991, 517, *obs. D. Huet-Weiller*; *RTD civ.* 1992, *obs. J. Mestre*, *ibid.*, 789, *étude M. Gobert*. Треба подсетити на чињеницу да је Државни савет одбио да у регистар удружења упише друштво под називом „*Les Cigognes*“, које је основано са циљем да неплодним паровима омогући потомство (*CE, ass. 22. јануар 1988*, одлука бр. 80936, *Recueil Lebon*, 37; *RFDA* 1988, 102, *concl. B. Stirn*; *RDSS* 1988, 317, *note L. Dubois*); Касациони суд је заузео исти став по питању удружења „*Alma mater*“

га биолошког оца детета које је родила сурогат мајка у Француској. Споразум о сурогат материнству, чак и када је закључен без накнаде, апсолутно је ништав, а потпуно усвајање детета није могуће јер се противи принципу неотуђивости људског тела. Без обзира на јасан и кохерентан карактер те одлуке, она се може критиковати будући да, што се очинства тиче, она лишава дете правне везе са биолошким родитељом.¹⁹

Касациони суд се потом суочио са још једним случајем који је оставио дубок траг у француском праву. У том случају, брачни хетеросексуални пар користио је услуге сурогат мајке у Сједињеним Америчким Државама, у Калифорнији, где је гестационо сурогат материнство легално. Према америчкој пресуди, оцу и његовој супрузи („намераваној“ мајци) признато је правно родитељство над близнакињама које је родила сурогат мајка. Француске власти су се успротивиле упису рођења у матичне књиге, будући да је калифорнијска пресуда противна начелима међународног јавног поретка Француске.²⁰ Касациони суд је утврдио да је недозвољавање уписа рођења деце на основу пресуде иностраног суда оправдано јер је таква пресуда противна принципу неотуђивости људског тела и грађанског статуса физичких лица.²¹ Суд сматра да је у питању свесно кршење француског закона, које не може бити оправдано ни интересом детета, ни правом на поштовање приватног и породичног живота.

Такав радикалан став Касационог суда није издржао тест времена нити судске праксе Суда у Стразбуру. Исто тако, променама које су се догодиле у француском праву, ступањем на снагу закона о браку „за све“, од 17. маја 2013. године, модификован је правни контекст и омогућена је еволуција француске судске праксе.

2.2. На путу ка прогресивном признавању сурогат материнства?

Утврдивши да одбијање француских власти да прихвате захтев за усвојење представља повреду права на поштовање приватног

(*Cass. civ. I^{re}*, 13 dec. 1989, n° 88–15.655, *Bull. civ. I*, n° 387, *D.* 1990, 273, *rapp. J. Massip*; *RTD civ.* 1990, 254, *obs. J. Rubellin-Devichi*; *RTD civ.* 1992, 88, *obs. J. Mestre*).

¹⁹ Вид. такође одлуку *Cass. civ. I^{re}*, од 29. јуна 1994, бр. 92–13.563, *Bull. civ. I*, n° 226, *D.* 1994, 581, *note Y. Chartier*; *RTD civ.* 1994, 842, *obs. J. Hauser*; радило се о захтеву за непотпуно усвајање.

²⁰ *Cass. civ. I^{re}*, 9 dec. 2003, *Bull. civ. I*, n° 252; *Deffrénois*, 2004, 592, *obs. J. Massip*; *JCP* 2004, 17 dec. 2008, *Bull. civ. I*, n° 289; *JCP* 2009, II, 10020, *note A. Mirkovic et II*, 10021, *note d'Avout*; 6 avr. 2011. (три пресуде), *Bull. civ. I*, n° 70, 71 et 72. *RTD civ.* 2011, 340, *obs. J. Hauser*.

²¹ Claire Neirinck, „La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né“, *Droit de la famille* 5/2011, 14.

и породичног живота и примењујући члан 14 Конвенције, којим се забрањује дискриминација у остваривању људских права и слобода²², Европски суд је донео одлуку да сама чињеница да је дете рођено у иностранству, чак и у контексту сурогације, не би требало да представља препреку за упис рођења у другој земљи у којој је сурогат забрањен.²³ Сходно томе, Суд је, поштујући постојање слободне процене земаља чланица²⁴, усвојио решење којим је ипак омогућено правно признање односа родитељ–дете између деце коју је родила сурогат мајка и њиховог биолошког родитеља.

Забрана сурогат материнства је на тај начин значајно ублажена.²⁵ Донето решење заснива се на чињеници да би забрана сурогације, која представља препреку за признавање и утврђивање родитељства у односу на биолошког оца, представљала несразмерно кршење права детета из перспективе поштовања његовог приватног живота. Идентитет, који, између осталог, произлази из признавања очинства, битан је елемент тог права;²⁶ лишавањем детета једног елемента његовог идентитета француска држава је прекорачила слободу процене коју је препознао Европски суд.

На тај начин, Суд поставља основе деликатне равнотеже између слободне процене коју имају државе чланице у тој области и поштовања права која су гарантована Конвенцијом. Признање правне везе између детета и биолошког родитеља, међутим, не значи и признање правне везе између детета и „намераваног родитеља“.

²² CEDH, 22. јануар 2008, *E.B. contre France*, одлука бр. 43546/02, D. 2008, 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, JCP 2008, II, 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre; AJ Famille 2008, 118, obs. F. Chénéde; RDSS 2008, 380, obs. C. Neirinck.

²³ CEDH, 26. јун 2014, *Mennesson c/ France*, одлука бр. 65192/11 и *Labassée c/ France*, одлука бр. 65941/11, D. 2014, 1797, note F. Chénéde, *ibid.*, 1773, note H. Fulchiron et Ch Bidaud-Garon, *ibid.*, 1787, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *ibid.*, 1806, note L. d'Avout; RTD civ. 2014, 616, obs. J. Hauser, *ibid.*, 835, obs. J.-P. Marguénaud; JCP 2014, n° 877, obs. A. Gouttenoire. Вид. такође CEDH, 21. јул 2016, *Foulon c/ France*, requête n° 9063/14 и *Bouvet c/ France*, requête n°10410/14; D. 2016, 2152, note A.B. Caire, D. 2017, 729, obs. F. Granet-Lambrechts, *ibid.*, 781, obs. J.-C. Galloux, *ibid.*, 935, obs. S. Hennette-Vaucher et *ibid.*, 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon; AJ fam. 2016, 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2016, 819, obs. J. Hauser; JCP 2016, 965, obs. F. Sudre; Gaz. Pal. 2016, 2578, note P. Le Maigat. Вид. и ECHR, 19 janv. 2017, *Laborie c/ Franc*, одлука бр. 44024/13, D. 2017, 1229, note A.-B. Caire, *ibid.*, 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske; AJ fam. 2017, 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

²⁴ У пресуди из 2014, Суд наводи да „у Европи није постигнут консензус у погледу признавања сурогат материнства нити правног признавања односа намераваних родитеља и деце која су легално зачета у иностранству“, пресуда *Mennesson*, § 78.

²⁵ Према мишљењу суда, „када је родитељство у питању, треба узети у обзир чињеницу да се од тог тренутка поставља питање есенцијалног аспекта идентитета појединца“, *Ibid.*, § 80.

²⁶ Вид. параграфе 46, 80 и 100, *Ibid.*

Питање уписа страног извода из матичне књиге рођених за дете које је родила сурогат мајка у француске матичне књиге Касациони суд је регулисао на пленарном заседању 2015. године, применивши решења која произилазе из европског права.²⁷ Касациони суд је, наиме, искључио могућност да се сама чињеница да је дете рођено уз помоћ сурогат мајке у земљи у којој је то законом дозвољено посматра као свесно кршење закона које онемогућава упис рођења у матичне књиге Француске. Препис података из иностраног извода дозвољен је уз два услова: извод мора бити пуноважан у земљи где је издат, а подаци који у њему фигурирају морају одговарати чињеничном стању. Касациони суд се на тај начин удаљава од судске праксе засноване на принципу неутуђивости грађанског статуса физичких лица и неутуђивости људског тела.

Промене у француском праву су и последица ступања на снагу Закона од 17. маја 2013. године о истополним браковима, који је поново дефинисао услове за пуноважност брака и отворио нове перспективе у односима родитеља и детета. Тај закон омогућава истополним паровима право на усвајање деце, које је загарантовано хетеросексуалним паровима. Али, чак и пре његовог ступања на снагу, Државни савет је одбио да поништи одлуку министра правде од 25. јануара 2013. године, према којој деца коју је родила сурогат мајка у иностранству морају добити потврду о држављанству; другим речима, према мишљењу Државног савета, услови зачећа детета не могу имати правне последице на његов статус.²⁸

Питање које се потом поставило пред француским судовима тичало се усвајања детета супружника, које је родила сурогат мајка у иностраној земљи, где је ова пракса легална. Може ли супруг који није биолошки родитељ детета усвојити дете свог супружника? То питање решено је једном од пресуда Касационог суда донетих 5. јула 2017. године.²⁹

²⁷ *Cass. civ. plén.*, 3 juillet 2015, *pourvois* n° 14–21.323 и n° 15–50.002, *Bull. ass. plén.*, 4; D. 2015, 1819, *note H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon*, *ibid.*, 1773, *obs. D. Sindres*, *ibid.*, 1919, *obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire*; *AJ fam.* 2015, 496, *obs. F. Chénéédé*, *ibid.*, 364, *obs. A. Dionisi-Peyrusse*; *RTD civ.* 2015, 581, *obs. J. Hauser*; *Gaz. Pal.* 2015, 2949, *obs. P. Le Maigat*; *Dr. fam.* 2015, n° 166, *obs. J.-R. Binet*.

²⁸ *CE*, 12 déc. 2014, n° 367324, n° 366989, n° 366710, n° 365779, n° 367317 и n° 368861.

²⁹ За разлику од потпуног усвојења, непотпуно усвојење нема за последицу поништење постојеће биолошке везе, вид. *Cass. CIV. I*, 5. јул 2017, бр. 16–16.455. У конкретном случају, радило се мушком истополном брачном пару. Један од супружника прибегао је гестацијском сурогату у Сједињеним Америчким Државама у време када је пар био само „*pacsé*“. Супружник биолошког оца био је посебно укључен у школовање детета, које сада има једанаест година. Дете, осим тога, носи имена оба „оца“ и, према мишљењу судија, „савршено је испуњено“. Вид. *Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger*, у вези са одлукама Касационог суда од 5. јула 2017, А. Gouttenoire, *JCP* 2017, 984.

Треба истаћи да је у овом случају првостепени суд одбацио аргументе у вези са преваром или свесним кршењем јавног поретка. С обзиром на то да је захтев за непотпуно усвојење поднео муж чије оплодне ћелије нису коришћене у процесу вештачке инсеминације, није било основано пребацити му покушај преваре или кршења закона због чињенице да није учествовао у процесу сурогације.

Аргументат о превари поготово није било прихватљив јер су партнери чекали да закон о браку „за све“ ступи на снагу како би се венчали и како би супружник биолошког оца могао да поднесе захтев за усвојење детета. Пар није крио под којим условима је дете зачето; наиме, у иностраном изводу из матичне књиге рођених јасно се наводе подаци о очинству и материнству детета. Непостојање преваре, које је било кључно у овом случају, довело је до одлуке о прихватању захтева за непотпуно усвојење детета.

Решење донето том пресудом је, међутим, било и очекивано. Касациони суд се већ позитивно изјаснио о питању да ли је усвојење детета од супруге биолошке мајке детета које је легално зачето у иностранству вантелесном оплодњом у складу са француским законом. Касациони суд је 22. септембра 2014. године донео два мишљења у вези са тим питањем. Пошто француски закон не дозвољава истополним паровима да користе вантелесну оплодњу, очигледно је да су мајке отишле у иностранство како би избегле примену француског закона.

Суд, међутим, не узима у обзир ту околност и доноси одлуку према којој *„подвргавање медицински потпомогнутој оплодњи, у форми вештачке оплодње са анонимним донором у иностранству, не представља сметњу да дете које је зачето тим путем буде усвојено од супруге његове биолошке мајке, под претпоставком да су испуњени законски услови за усвојење и да је то у најбољем интересу детета“*. Другим речима, Касациони суд занемарује околности у којима је дете зачето; непотпуно усвојење детета заснива се на поштовању законских норми, с једне стране, и најбољег интереса детета, с друге стране.

У пресуди од 5. јула 2017. године, Касациони суд није могао да се удаљи од решења која је изразио у мишљењима из 2014. године. Сличност између тих случајева била је исувише велика, тако да није било могуће да се судије другачије изјасне.

Могло би се онда поставити питање односа између вештачке оплодње и сурогат материнства. Треба ли третирати те две ситуације на исти начин? Пре свега, треба напоменути да је вантелесна оплодња генерички појам. Што се тиче гестациског сурогат материнства, оно представља само једну од могућих техника вантелесне оплодње. Та техника није призната у француском праву будући да се

коси са принципима неотуђивости људског тела. На крају, сматра се да је сурогат материнство противно људском достојанству.

Разлике између гестацијског сурогат материнства и вантелесне оплодње, међутим, нестају када се те репродуктивне технике реализују у земљама у којима су легализоване. Поштовање приватног и породичног живота и најбољи интерес детета омогућили су да се те забране превазиђу, без обзира на то што су императивне природе.

Коначно, поставља се питање да ли у земљама које забрањују сурогат материнство сада постоји обавеза признања деце која су рођена у земљи у којој је тај вид зачећа легалан. Пресудом Европског суда од 24. јануара 2017. године дат је одговор на то питање.³⁰ Радило се о хетеросексуалном брачном пару из Италије, који је закључио споразум о сурогат материнству у Русији; пар је тврдио да је генетски материјал мужа био употребљен у ту сврху. По рођењу детета, биолошка мајка се сложила да муж и жена буду наведени у матичној књизи рођених као његови отац и мајка. Кад је пар затражио да се подаци из тог документа упишу у матичну књигу рођених у италијанском конзулату, појавиле су се сумње да је реч о превари. Италијанске власти су одбиле да изврше препис руског извода, а у Италији је покренут и кривични поступак против пара због фалсификовања докумената о рођењу и кршења закона о усвојењу. Како је ДНК тестом потврђено да не постоји биолошка веза између детета и тог брачног пара, италијански суд је наложио да дете буде одузето, предато центру за социјални рад и дато на усвојење.

На питање да ли су италијанске власти том одлуком прекршиле члан 8 Европске конвенције, Суд у Стразбуру је, најпре, донео одлуку у корист брачног пара, наводећи да је тешко замислити раздвајање детета од подстрекача гестације и излагање детета поновном одвајању.³¹ Поступајући по жалби италијанске владе, Европски суд је поништио првобитну одлуку. Нова пресуда, донета 24. јануара 2017. године, почива на чињеници да су супружници директно криви за настанак ситуације у којој се налазе и они и дете јер су прекршили италијански закон; поврх свега, не постоји чак ни биолошка веза између брачног пара и детета.

На тај начин је јасно постављен услов за признавање правног односа између детета и подносиоца захтева: непостојање преваре

³⁰ CEDH, *gr. ch.*, 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie, requête n° 25358/12*; D. 2017, 897, *obs. P. Le Maigat, note L. de Saint-Pern, ibid.*, 663, *chron. F. Chénédé, ibid.*, 729, *obs. F. Granet-Lambrechts, ibid.*, 781, *obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat, ibid.*, 1011, *obs. H. Gaudement-Tallon et F. Jault-Seseke; AJ fam.* 2017.

³¹ CEDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie, requête n° 25358/12*; JCP 2015, *act.* 194, *obs. F. Sudre; RTD civ.* 2015, 325, *obs. J.-P. Marguénaud.*

је пресудно за признавање правних последица сурогат материнства оствареног у иностранству. Чињеница да је брачни пар прикрио околности у којима је дете зачето и непостојање биолошке везе између детета и пара омогућили су примену принципа *fraus omnia corrumpit*. Не може се, међутим, порећи да је донета одлука изузетно строга. Одвајање детета од породице у којој расте сада може имати само теже последице него две године раније. Пресуда, ипак, заслужује одобрење из два разлога: прво, она не доводи у питање равнотежу између слободне процене држава чланица, која им дозвољава да забране сурогат материнство, и права на поштовање приватног и породичног живота;³² друго, пресуда јасно изражава идеју да право не треба сваки пут да устукне пред чињеничним стањем. Али, до када ће бити тако?

Промене које су се последњих година десиле у француском праву сведоче о новим облицима породичног живота и о тешкоћама усклађивања општих и личних интереса, правне сигурности и флексибилности. Изнад свега, чини се да потрага за личним испуњењем, више него икада, ствара нове правне оквире.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Courbe, P., Gouttenoire, A., *Droit de la famille*, Sirey 2017⁷.
- Leroyer, A.-M., „L’avis du Comité d’éthique sur les demandes sociétales de recours à l’AMP ou les présupposés idéologiques d’une pensée institutionnelle“, *JCP* 37/2017.
- Malaurie, Ph., Fulchiron, H., *Droit civil, Droit de la famille*, Defrénois, 2018⁶.
- Murat, P., *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article* (dir. L. Bourgogne-Larsen, A. Levade, F. Picod), Bruylant, 2005.
- Neirinck, C., „La gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et l’état civil français de l’enfant qui en est né“, *Droit de la famille* 5/2011.

³² Подсетимо на то да француске власти не могу одбити визу за улазак на националну територију детета које је сурогат мајка родила у другој земљи, чак и под претпоставком да у изводу из матичне књиге рођених детета стоји податак да је мајка детета „намеравана мајка“. Вид. *CE*, 3. август 2016, одлука бр. 401324.

Ana Želčević Duhamel, PhD

Assistant Professor

Paris Descartes Sorbonne Cité University, Faculty of Law

FAMILY LAW IN FRANCE – A LAW IN TRANSFORMATION

Summary

The French family law is the expression of some substantial changes that are taking place in the French society. They concern both marriage and relationships between parents and children. It is also possible to notice a growing interest of the European law, through the right of privacy, specially regarding the freedom of marriage and the question of surrogate mothers. Also, since 2016 French law admits the mutual consent divorce without a judge.

Key words: *Freedom of marriage. – Right to privacy. – Mutual consent without a judge. – Surrogate mothers. – Adoption.*

Article history:

Received: 11. 12. 2017.

Accepted: 28. 2. 2018.