

PERSPEKTIVE IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH STANDARDA
U PRAVNI SISTEM SRBIJE

Knjiga 5
Zbornik radova

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

Beograd, 2015

**PERSPEKTIVE IMPLEMENTACIJE EVROPSKIH STANDARDARDA
U PRAVNI SISTEM SRBIJE – KNJIGA 5**

Priredivač

Prof. dr Stevan Lilić

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje

Za izdavača

Prof. dr Sima Avramović, dekan

Urednik

Prof. dr Dragan M. Mitrović

Izdavanje zbornika pomoglo je
Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2015

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove knjige ne može biti reprodukovana, presnimavan ili prenošen bilo kojim sredstvom – elektronskim, mehaničkim, kopiranjem, snimanjem ili na bilo koji drugi način bez prethodne saglasnosti autora i izdavača.

www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 5 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2016 (Beograd : Službeni glasnik). – 357 str. ; 24 cm. – (Biblioteka Zbornici)

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 150. – Str. 9–10: Predgovor / urednik ; Forward / editor. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-600-8

1. Лилић, Стеван [уредник] [аутор додатног текста] а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 222013964

ŠTA JE STVARNO NOVO OKO PORODIČNOG ZAKONA

Apstrakt. Tekuća debata o Radnom tekstu Građanskog zakonika pokazala je da su dve predložene teme izazvale najveću pažnju javnosti; to su: zabrana fizičkog kažnjavanja dece i surogat materinstvo. Na snazi je globalna aktivnost u pravcu zabrane telesnog kažnjavanja dece. Komitet Ujedinjenih nacija za prava deteta definisao je telesno kažnjavanje kao svaku vrstu kazne u kojoj je upotrebljena fizička sila sa namerom da izazove određeni stepen bola ili nelagodnosti, bez obzira koliko je laka. Radni tekst GZ takođe je zabranio fizičko kažnjavanje dece kao formu zlostavljanja deteta. Sa druge strane, čuju se i glasovi koji se protive zabrani svake vrste fizičke kazne, a oni dolaze od roditelja koji veruju da imaju pravo – ili čak i dužnost – da disciplinuju svoju decu uz određeni stepen sile, te da telesno kažnjavanje dece nije nužno nehumano ili ponižavajuće. Ono što je od najveće važnosti u ovoj debati, međutim, jeste to da zabrana fizičkog kažnjavanja mora poslati jasnu poruku da je udaranje dece pogrešno – u najmanju ruku jednako kao što je pogrešno udariti bilo koga drugog. Sa druge strane, ovakva zabrana treba da podstakne i vođenje kampanje za podizanje svesti o svim negativnim efektima fizičkog kažnjavanja, kao i razvijanje pozitivnih, nenasilnih formi discipline u podizanju deteta. Surogat materinstvo je aranžman u kome žena (surogat majka) pristaje da nosi i rodi dete za drugu ženu ili par (nameravani roditelji). Uprkos činjenici da je infertilitet veliki problem za parove koji se suočavaju sa duševnim bolom, depresijom i osećanjem isključenosti iz društva zbog toga što ne mogu da se ostvare kao roditelji, surogacija je ipak kontroverzna pravna ustanova. Stoga, ako srpski zakonodavac zaista namerava da uvede surogat materinstvo u domaće pravo, oprezan i restriktivan pristup engleskog prava bio bi dobrodošao. To znači da bi bar jedan od nameravanih roditelja morao biti u genetskoj vezi sa detetom, da dete mora živeti sa nameravanim roditeljima u vreme kada oni podnesu zahtev za sticanje roditeljskog prava u odgovarajućem sudskom postupku, da su se surogat majka i njen suprig (ako ga ima) slobodno i

* Autorka je redovna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

bezuslovno saglasili da bude doneta sudska odluka i najzad, da nikakav novac – osim razumnih troškova – nije bio plaćen surogat majci.

Ključne reči: Radni tekst Građanskog zakonika, zabrana fizičkog kažnjavanja dece, surogat materinstvo

1. Uvodne napomene

Upravo se navršilo 10 godina od kako je usvojen i od kada je počeo da se primenjuje Porodični zakon Srbije.¹ Gotovo isto toliko vremena traje rad Komisije za izradu Građanskog zakonika,² u čije je zadate okvire postavljeno i novo (?) uređenje porodičnih odnosa, i to odredbama koje bi trebalo da zamenite tekst sadašnjeg Porodičnog zakona. Ove godine objavljen je materijal koji predstavlja rezultat gotovo decenijskog rada Komisije za izradu Građanskog zakonika, u kome se, između ostalog, obrazlažu i novine koje su predložene u oblasti zakonskog uređenja porodičnih odnosa:

„U delu o porodičnim odnosima sadržane su značajne novine važećeg Porodičnog zakona, u skladu sa savremenim tendencijama u evropskom uporednom pravu, usvojenim međunarodnim konvencijama i sa naučnim saznanjima i stečenim iskustvom u primeni tog zakona u sudskoj i upravnoj praksi. Najznačajniji pravni instituti iz oblasti porodičnih odnosa koji su regulisani, razrađeni ili inovirani u delu Zakonika o porodičnim odnosima odnose se na brak (njegovo zaključenje; prava; dužnosti i slobode supružnika, kao i na prestanak braka). Zbog veoma aktuelne demografske krize unete su odredbe o podsticanju rađanja dece. Predloženo je konstituisanje obaveze države da finansijskim, poreskim, radnopravnim, ekonomskim, socijalnim i drugim merama i aktivnostima posebno podstiče rađanje dece, s tim da se određenim novčanim mesečnim naknadama podstiče rađanje više dece, naročito formiranjem demografskog fonda za stimulisanje poželjnog nataliteta u skladu sa budžetskim mogućnostima Republike Srbije. Takođe, poboljšana su rešenja koja se odnose na vanbračnu zajednicu. Sugerisano je

1 Porodični zakon objavljen je u „Službenom glasniku RS“, br. 18/2005 od 24. februara 2005, a u skladu sa sopstvenom odredbom o stupanju na snagu i početku primene (čl. 363), primenjuje se od 1. jula 2005. godine.

2 Odluku o obrazovanju posebne Komisije radi izrade Građanskog zakonika Republike Srbije donela je Vlada Republike Srbije. Videti „Službeni glasnik RS“, br. 104/06, 110/06, 85/09.

da se razmotri i inicijativa o uvođenju crkvene forme braka. Posebno su inovirane odredbe o odnosima roditelja i dece koje su usklađene sa Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima deteta. Predložene su potpuno nove odredbe o materinstvu i očinstvu u slučaju začeća uz biomedicinsku pomoć, kao i o ugovoru o rađanju za drugog (tzv. Surogatu materinstva), kao alternativne mogućnosti o kojima se očekuje multidisciplinarna javna rasprava od čijeg ishoda će zavisiti mogućnosti i potrebe njihove regulative u Građanskom zakoniku ili u posebnom zakonu. Dopunjena su zakonska rešenja o pravima deteta pod roditeljskim staranjem o roditeljskim pravima i dužnostima koja su motivisana posebnom potrebom zaštite ličnosti, prava i interesa deteta. Novelirana su zakonska rešenja o vršenju i prestanku roditeljskog prava i predloženo ukidanje mogućnosti produženja roditeljskog prava, i umesto toga, u cilju bolje zaštite interesa deteta, stavljanje deteta pod starateljstvo. Razrađene su odredbe o usvojenju, posebno o usvojenju od strane stranog državljanina. Predloženo je omogućavanje zasnivanja nepotpunog usvojenja. Inovirana su zakonska rešenja o zasnivanju, dejstvu i prestanku starateljstva, kao i poboljšana pravna zaštita šticećenika. Precizirane i razrađene su odredbe o izdržavanju i imovinskim odnosima supružnika, kao i članova porodične zajednice. Posebno je značajna novina o formiranju alimentacionog fonda u cilju zaštite dece čiji roditelj-dužnik izbegava plaćanje izdržavanja. Korigovana su važeća zakonska rešenja koja se odnose na sudske i upravne postupke u vezi sa porodično-pravnim sporovima, s tim što ostaje otvoreno pitanje zakonodavne sistematike tog dela Zakonika, zbog procesno-pravne i upravno-pravne prirode predloženih zakonskih rešenja.⁴³

Nažalost, pregled ponuđenih „razrađenih“ i „inoviranih“ rešenja ne opravdava citirani stav pisaca Radnog teksta GZ. Naprotiv, opšti utisak o ponuđenom tekstu jeste, najpre, da se radi o u potpunosti preuzetoj sistematici i sadržini sadašnjeg Porodičnog zakona, čiji su termini povremeno zamenjivani nekim drugim (tako, na primer, umesto izraza „sklapanje braka“ koriste se reči „zaključenje braka“, umesto pojma „usvojitelj“ upotrebljava se reč „usvojilac“⁴⁴, umesto tradicionalno poznatog uzroka za razvod braka koji se označava pojmom „ozbiljna i trajna poremećenost bračnih odnosa“ predložen je takođe opšti, relativni i neskrivljeni brakorazvodni uzrok koji

3 Videti Građanski zakonik Republike Srbije – radni tekst pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima, Beograd, 29. maj 2015 (u daljem tekstu: Radni tekst GZ), str. 690-691.

4 Doduše, ni to ne uvek dosledno! Videti, na primer, čl. 2218. st. 6. Radnog teksta GZ.

je formulisan kao „nepostojanje saglasnosti supružnika o bitnim pitanjima zajedničkog života“ itd. itd.), ili su pak postojeće odredbe Porodičnog zakona stilski menjane, što je svakako bilo na štetu Radnog teksta GZ, budući da je lekturu svih odredbi Porodičnog zakona uradio mr Vlado Đukanović, jedan od naših najboljih lingvista i poznavalaca srpskog jezika.

Sa druge strane, ponuđena su neka alternativna rešenja, ali već na početku moguće analize nedostaje uvid u „naučna saznanja“ i rezultate „stečenih iskustava u primeni tog zakona (misli se na Porodični zakon, primedba M.D.) u sudskoj i upravnoj praksi“ – na koje se pozivaju tvorci Radnog teksta GZ – jer je predstavljanje rezultata takvih istraživanja prva pretpostavka svakog ozbiljnog i temeljnog rada na kodifikacijama zakonskih tekstova. Tako na primer, vanbračna zajednica je definisana kao „trajnije zajednice života žene i muškarca između kojih nema bračnih smetnji“ (što je definicija u potpunosti preuzeta iz važećeg Porodičnog zakona)⁵, a alternativa ovoj odredbi jeste definisanje vanbračne zajednice kao „trajnije zajednice života žene i muškarca između kojih ne postoji bračna smetnja krvnog srodstva u zabranjenim stepenima i bračnost“.⁶ Dakle, alternativno rešenje sužava krug bračnih smetnji koje sprečavaju nastanak pravnih dejstava vanbračne zajednice samo na krvno srodstvo i bračnost, ali nedostaje bilo kakvo obrazloženje o tome zbog čega bi bilo prihvatljivo da se smatra zakonitom i vanbračna zajednica sa maloletnim licem ili licem potpuno lišenim poslovne sposobnosti? Kakav i čiji interes bi bio bolje zaštićen alternativno predloženom odredbom? Može li biti reči o tome da je i ova norma „motivisana posebnom potrebom zaštite ličnosti, prava i interesa deteta“, za koji tvorci Radnog teksta GZ kažu da ih je rukovodio u radu, te da su tako „poboljšana rešenja koja se odnose na vanbračnu zajednicu“? Slično tome, alternativno je predloženo da se „brak zaključuje u svečanom građanskom ili verskom obliku“,⁷ ali se pisci ovog teksta nisu potrudili da ponude bilo kakvo obrazloženje koje bi predstavljalo *ratio legis* za ovakvu važnu promenu u pozitivnom pravu Srbije! Kao što je optepezato, epoha koja je započela posle Francuske revolucije obeležena je donošenjem najznačajnijih kodifikacija iz oblasti građanskog prava, koje kao vladajuću formu zaključenja braka uvode građanski brak, i to bilo kao obavezni građanski brak ili kao fakultativni građanski brak. Obavezni građanski brak predstavlja

5 Videti čl. 4. Porodičnog zakona.

6 Videti čl. 2215. Radnog teksta GZ.

7 Videti čl. 2235. Radnog teksta GZ.

najzastupljeniju formu braka u savremenom pravu i ogleda se u tome što se pravno brakom smatra samo brak koji je sklopljen pred nadležnim državnim organom i po postupku koji je predviđen zakonom. Obavezan građanski brak zahtevaju francusko, belgijsko, nemačko, švajcarsko, holandsko, srpsko, crnogorsko, slovenačko, makedonsko, bugarsko, rusko, rumunsko i mnoga druga prava u svetu. Nasuprot tome, fakultativni građanski brak podrazumeva istovremeno postojanje i građanske i crkvene forme braka, te njihovu podjednakom pravnu važnost. Na taj način, svakom građaninu prepušteno je da se sam odluči u kojoj će formi zaključiti brak, odnosno koja forma više odgovara njegovoj predstavi o braku. Po mišljenju mnogih pravnih pisaca fakultativni građanski brak na optimalan način obezbeđuje ostvarenje slobode savesti i veroispovesti, a ne ugrožava ravnopravnost građana. Fakultativni građanski brak danas poznaju englesko, dansko, grčko, irsko, italijansko, norveško, portugalsko, špansko, švedsko, hrvatsko pravo itd. Međutim, ostaje otvoreno pitanje ocene ustavnosti moguće odredbe o fakultativnom građanskom braku u našem ustavnom uređenju, u kome je svetovnost države postavljena kao ustavno načelo koje se, pre svega, ostvaruje time što su crkve i verske zajednice odvojene od države.⁸ Da li je pak reč o striktnoj ili kooperativnoj odvojenosti crkve i države – to bi verovatno morao ponovo da procenjuje Ustavni sud u slučaju da ovakva alternativna odredba postane i pozitivnopravna, ali su autori Radnog teksta GZ sve takve dileme otklonili lapidarnom napomenom da bi „verski (?) oblik braka eventualno mogao da se reguliše pod uslovom da Ustav Republike Srbije to omogućí“.⁹

Najzad, predložena su i neka potpuno nova i originalna rešenja kojih do sada nije bilo u našem pravnom sistemu, ali je problem u tome što ona nisu suštinski definisana, već su kao prazna ljuštura integrisana u tekst, a njihov stvarni sadržaj prepušten je nekom budućem, neodređenom zakonskom rešenju. Otuda se i moglo dogoditi, na primer, da obrazloženje Radnog teksta GZ koje se odnosi na aktuelnu demografsku krizu u Srbiji i predlaganje odredbi o podsticanju rađanja dece (...), predloženo je konstituisanje obaveze države da finansijskim, poreskim, radnopravnim, ekonomskim, socijalnim i drugim merama i aktivnostima posebno podstiče rađanje dece, s tim da

8 Videti čl. 11. Ustava.

9 Videti čl. 2235. Radnog teksta GZ. Pritom, termin „verski brak“ ništa ne znači u smislu pravne ustanove; alternativna forma braka bi mogao biti jedino crkveni brak, budući da su samo crkve i verske zajednice institucionalni predstavnici svih veroispovesti.

se određenim novčanim mesečnim naknadama podstiče rađanje više dece, naročito formiranjem demografskog fonda za stimulisanje poželjnog nataliteta u skladu sa budžetskim mogućnostima Republike Srbije...“) bude istovremeno i sadržina odgovarajuće norme Radnog teksta GZ!¹⁰ Koje su to konkretno finansijske, poreske, radnopravne, ekonomske ili socijalne mere – koje bi ovakva odredba morala da nagovesti kao obavezujuće uputstvo za neke druge sektorske zakone – nema ni reči! Štaviše, kao neozbiljni ili duhoviti kuriozitet može se razumeti deo obrazloženja Radnog teksta GZ u kome se doslovce kaže da „za sprovođenje ovog zakonika neće biti potrebna posebna novčana sredstva“!¹¹ Isto važi i za odredbu o alimentacionom fondu. Radni tekst GZ ograničava se na konstataciju da se osniva alimentacioni fond u cilju efikasnijeg ostvarivanja prava na izdržavanje dece, da se sredstva za početak rada fonda prvenstveno obezbeđuju iz budžeta, kao i da će ministar nadležan za porodičnu zaštitu bliže propisati uslove za korišćenje sredstava i pravila o radu fonda.¹² Nije, međutim, jasno koji će još biti izvori sredstava za rad fonda, osim budžeta (pretpostavljam da ni u ovom slučaju „za sprovođenje ovog zakonika neće biti potrebna posebna novčana sredstva“?), odnosno zašto se sredstva obezbeđuju u budžetu samo za početak rada fonda? Verovatno se očekuje da će se u fond slivati novac koji država bude brzo i uspešno naplatila kroz regresne zahteve od dužnika izdržavanja u nekim sudskim ili upravnim (?) postupcima koji takođe nisu definisani? Sa druge strane, prepuštanje ministru nadležnom za porodičnu zaštitu da propisuje uslove i postupak za korišćenje sredstava fonda bilo bi izričito protivno ustavnoj garanciji o zakonitosti rada uprave, koja znači da se svi upravni postupci (a postupak ostvarivanja prava pred alimentacionim fondom nesumnjivo jeste jedan poseban upravni postupak) moraju zasnivati na zakonu, te da zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita.¹³ Takođe, Ustavni sud je u više svojih odluka utvrdio da je odredbom člana 97. tačka 2. Ustava utvrđeno da Republika Srbija uređuje i obezbeđuje postupak pred sudovima i drugim državnim organima, što znači da bi i neki budući postupak pred alimentacionim fondom predstavljao obaveznu zakonsku

10 Videti čl. 2217. Radnog teksta GZ.

11 Videti Radni tekst GZ, str. 693.

12 Videti čl. 2403. Radnog teksta GZ.

13 Videti čl. 198. Ustava.

materiju.¹⁴ Samo ilustracije radi, valja napomenuti da je, na primer, u Hrvatskoj donet poseban zakon koji detaljno uređuje sticanje prava na privremeno izdržavanje iz državnog budžeta, visinu iznosa i trajanje privremenog izdržavanja, nadležnost, postupak za ostvarivanje prava, isplatu i vraćanje iznosa privremenog izdržavanja, finansiranje, evidenciju i nadzor te druga pitanja značajna za ostvarivanje privremenog izdržavanja.¹⁵ Najzad, kada je reč o uslovima za ostvarivanje prava na isplatu izdržavanja iz alimentacionog fonda, ključni zahtev koji dete poverilac izdržavanja treba da ispuni jeste dokaz „da je prinudno izvršenje ostalo bezuspešno“. Ako pretpostavimo da se ovaj uslov odnosi, po prirodi stvari, na roditelja koji je dužnik izdržavanja prvog reda, ostaje nejasno kakva je pozicija ostalih krvnih, tazbinskih i adoptivnih srodnika kao supsidijarnih dužnika izdržavanja, budući da je redosled u izdržavanju propisan zakonom.¹⁶ Prema tom redosledu, maloletno dete ima pravo na izdržavanje i od krvnih srodnika u pravoj ushodnoj liniji ako roditelji nisu živi ili nemaju dovoljno sredstava za izdržavanje,¹⁷ kao i od punoletnog brata ili sestre, odnosno od maloletnog brata ili sestre koji stiče zaradu ili ima prihode od imovine kao subsidijarnih dužnika.¹⁸ Identično kao krvne srodnike, obaveza zakonskog izdržavanja tereti i adoptivne srodnike,¹⁹ pa čak i tazbinske srodnike pod uslovima propisanim zakonom.²⁰

Ipak, dve odredbe Radnog teksta GZ izazvale su do sada srazmerno najveću pozornost opšte i stručne javnosti, pa će nastavak ove analize biti posvećen upravo tim odredbama o zabrani fizičkog kažnjavanja dece i surogat materinstvu.

2. Zabrana fizičkog kažnjavanja dece

Među načelnim odredbama Radnog teksta GZ nalazi se i ona koja ima rubrum *Posebna zaštita dece*, a nakon teksta koji je u potpunosti preuzet iz Porodičnog zakona (opet uz sporadične terminološke izmene),²¹ slede predlozi

14 Videti, umesto mnogih drugih, odluku IUo- 240/2011 od 30. maja 2013, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/9023/?NOLAYOUT=1>

15 Videti čl. 1. Zakona o privremenom uzdržavanju (Narodne novine, br.92/2014).

16 Videti čl. 166. Porodičnog zakona. Isto i čl. 2401. Radnog teksta GZ.

17 Videti čl. 154. st. 2. Porodičnog zakona. Isto i čl. 2388. st. 1. Radnog teksta GZ.

18 Videti čl. 157. Porodičnog zakona. Isto i čl. 2391. Radnog teksta GZ.

19 Videti čl. 158. Porodičnog zakona. Isto i čl. 2392. Radnog teksta GZ.

20 Videti čl. 159. st. 1. i 2. Porodičnog zakona. Isto i čl. 2393. st. 1. i 2. Radnog teksta GZ.

21 Uporediti čl. 6. Porodičnog zakona i čl. 2218. Radnog teksta GZ.

za dodavanje novog stava, koji su označeni kao Varijanta I i II: „Zabranjeno je svako zlostavljanje deteta, a naročito fizičko kažnjavanje“ (Varijanta I) i „Nije dozvoljeno zlostavljanje deteta, a naročito neprimereno fizičko kažnjavanje“ (Varijanta II).

Ono što prvo pada u oči, to je izričito propisivanje zabrane zlostavljanja deteta (u obe Varijante), i to u jednoj načelnoj odredbi koja prethodno obavezuje svakoga da se rukovodi najboljim interesom deteta u svemu što se odnosi na dete, a državu obavezuje da preduzima sve potrebne mere za zaštitu deteta od zanemarivanja, od fizičkog, seksualnog i emocionalnog zlostavljanja te od svake vrste eksploatacije.²² Drugim rečima, čini se da nije bilo nikakve potrebe ponavljati nalog za zabranu zlostavljanja deteta u kontekstu norme u kojoj je najbolji interes deteta već postavljen kao najviši pravni standard u svim aktivnostima koje se tiču deteta, a zaštita deteta od svakog mogućeg oblika zlostavljanja predviđena kao prioritetni zadatak za državu! Međutim, ono što je verovatnije, to je želja pisaca Radnog teksta GZ da – nakon žestokog osporavanja na koje je u delu javnosti naišla odredba o zabrani fizičkog kažnjavanja – pokušaju da definišu pojam „fizičkog“ odnosno „neprimerenog fizičkog“ kažnjavanja kao jedan poseban vid zlostavljanja deteta. U prilog takvom tumačenju govori i odredba koja pod rubrumom *Zabrana fizičkog kažnjavanja* nalaže roditeljima da su dužni da zaštite dete od zlostavljanja od strane drugih lica.²³ Dakle, fizičko kažnjavanje jednako je zlostavljanju deteta! No, da li je baš tako? Da li je svako fizičko kažnjavanje deteta zaista istovremeno i akt zlostavljanja deteta? Drugim rečima, da li postoji i neko fizičko kažnjavanje koje ne predstavlja zlostavljanje, a koje je takođe nepoželjno i opasno u vaspitnom procesu? Dakle, ono što je bilo u najvećoj meri konfliktno pitanje u javnoj raspravi o zabrani fizičkog kažnjavanja dece – a to je pitanje da li svako fizičko kažnjavanje dece treba zabraniti i kako tu zabranu sankcionisati – tvorci ovog Radnog teksta GZ nisu ni pokušali da razreše!

Prema formulaciji koju sadrži Porodični zakon, roditeljima je nametnuta izričita obaveza da ne smeju podvrgavati dete ponižavajućim postupcima i kaznama koje vređaju ljudsko dostojanstvo deteta, a dužni su, takođe, da dete štite od takvih postupaka drugih lica.²⁴ Ovakva odredba nesumnjivo na najopštiji način zabranjuje, između ostalog, i fizičko kažnjavanje deteta,

22 Videti čl. 2218. st. 1. i 3. Radnog teksta GZ.

23 Videti čl. 2301. Radnog teksta GZ.

24 Videti čl. 69. st. 2. Porodičnog zakona.

prepuštajući sudu da u svakom konkretnom slučaju proceni da li je fizičko kažnjavanje predstavljalo istovremeno i ponižavajuće postupanje ili kaznu koja je povredila ljudsko dostojanstvo deteta.

No, time nije rešeno zanimljivo pitanje potrebe za izričitom zakonskom zabranom roditeljima da pribegavaju bilo kakvoj vrsti telesnog kažnjavanja dece. Posle početnih dobrih iskustava skandinavskih zemalja,²⁵ sada je u toku globalna inicijativa da se zabrani svaki oblik fizičkog kažnjavanja dece, u kojoj učestvuju mnogobrojne nacionalne i međunarodne vladine i nevladine organizacije. Tako je Parlamentarna skupština Saveta Evrope donela posebnu Preporuku Evropska zabrana fizičkog kažnjavanja dece 1666 (2004), kojom se zemlje članice pozivaju da preduzmu niz aktivnosti (od donošenja posebnih zakonskih odredbi do usvajanja strategija usmerenih na povećanje svesti dece i opšte javnosti o štetnosti fizičkih kazni) koje treba da doprinesu potpunoj zabrani svake vrste telesnog kažnjavanja dece u porodičnom, školskom i svakom drugom okruženju. Komitet za prava deteta je u Opštem komentaru Konvencije o pravima deteta broj 8 izneo stav da telesno kažnjavanje nesumnjivo predstavlja ponižavajuće postupanje te da je protivno odredbama Konvencije.²⁶ Ipak, čini se da takve inicijative, sa jedne strane, neopravdano izostavljaju iz svog primarnog vidokruga interesovanje za opasnosti od psihološkog i emocionalnog kažnjavanja deteta, koje može biti mnogo teže i sa ozbiljnijim posledicama na život i razvoj deteta, a sa druge strane, ne nude nikakve kriterijume za razlikovanje fizičkog kažnjavanja koje ugrožava život i zdravlje deteta ili predstavlja ponižavajuće postupanje koje vređa ljudsko dostojanstvo deteta, od onih telesnih kazni koje predstavljaju blagu i prihvatljivu meru disciplinovanja deteta.

25 Švedska je bila prva zemlja u svetu koja je 1979. godine zabranila roditeljima da prime ne bilo kakvu telesnu kaznu ili ponižavajući postupak prema detetu i takve postupke podvrgla sankciji. Videti § 6. st. 1. švedskog Zakonika o roditeljima, staraocima i deci. Ostale skandinavske zemlje su sledile primer Švedske: Finska (1984), Danska (1986) i Norveška (1987), a potom i Austrija (1989).

Istraživanje koje je sprovedla američka profesorka Adrienne Haeuser o efektima koje je imalo švedsko zakonodavstvo pokazalo je da su roditelji 1981. godine saopštavali kako „dva puta razmisle” pre nego što pribegnu telesnoj kazni, da bi 1988. godine jednostavno izjavljivali kako takvu kaznu više ne upotrebljavaju. To je, po njenom mišljenju, znak da je švedska Vlada postigla cilj, koji je bio u tome da ohrabri roditelje da priznaju kako čak i blago fizičko kažnjavanje uvek može da eskalira u nasilje nad detetom, te da fizičko kažnjavanje nije konstruktivan metod odgajanja deteta. Videti opširnije *The Law and Physical Punishment*, EPOCH, Briefing, December 1991, str. 1–2.

26 Videti Committee on the Rights of the Child, General Comment, No. 8 od 2. marta 2007, § 11.

Evropski sud za ljudska prava je u više navrata zauzimao stavove koji ne upućuju nužno na zaključak da je telesno kažnjavanje apsolutno neprihvatljiva vaspitna mera. Tako, na primer, u slučaju *A. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, podnosilac predstavke je bio britanski državljanin rođen 1984. godine. Njega i njegovog brata nadležne socijalne službe su u maju 1990. godine registrovale kao žrtve fizičkog kažnjavanja koje je, na osnovu sopstvenog priznanja da je A. udarao prutom, počinio partner njihove majke. Majka se u međuvremenu udala za svog partnera koji je dečacima postao očuh. U februaru 1993. godine učitelj škole koju je pohađao A. prijavio je da mu je brat podnosioca otkrio da A. tuče njegov očuh. Dečaka A. je pregledao pedijatar koji je konstatovao više modrica koje su bile prouzrokovane tankim dugačkim prutom (*garden cane*) primenom znatne sile (*considerable force*) u različito vreme u poslednjih nedelju dana. Tokom sudskog postupka u kome je očuh bio optužen za nanošenje telesnih povreda nije bilo sporno da je on tukao A., ali se on branio time da je A. bio težak dečak koji nije poštovao porodičnu i školsku disciplinu. Britanski sud oslobodio ga je optužbi nalazeći da se u konkretnom slučaju radilo o razumnom kažnjavanju koje ne predstavlja prekoračenje standarda utvrđenog zakonom. Podnosilac predstavke zatražio je zaštitu od Evropskog suda za ljudska prava, smatrajući da postoji povreda zabrane mučenja i nečovečnog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (čl. 3. Evropske konvencije) i prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8. Evropske konvencije). Evropski sud je, najpre, podsetio na svoj generalni stav da nečovečno i ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje mora dostići jedan minimalan nivo okrutnosti da bi došlo pod udar člana 3. Konvencije. Procena ovog minimuma je relativna i ona zavisi od svih okolnosti slučaja, kao što su priroda i kontekst postupanja ili kažnjavanja, njegovo trajanje, fizičke i mentalne posledice koje ono prouzrokuje i, u nekim slučajevima, pol, starost i stanje zdravlja žrtve.²⁷ Sud je stoga zaključio da udaranje devetogodišnjeg dečaka prutom, koje je preduzimao njegov očuh, predstavlja ponižavajuće kažnjavanje koje je suprotno članu 3. Konvencije. Budući da je podnosilac predstavke zahtev za utvrđenje povrede člana 8. Konvencije postavio kao eventualni, Sud se o tome nije izjašnjavao. Podnosiocu predstavke dosuđena je naknada nematerijalne štete od 10. 000 funti sterlinga.²⁸

27 Videti, umesto mnogih drugih, Case of Kudla v. Poland, No. 30210/96 od 26. oktobra 2000, § 91.

28 Videti Case of A. v. United Kingdom, No. 25599/94 od 23. septembra 1998, § 20-24.

Postupak u predmetu *Kembel i Kosans protiv Ujedinjenog Kraljevstva* pokrenule su majke dvojice dečaka iz Škotske. Naime, prema pravilima *common law*-a učitelji u Škotskoj, i to kako u državnim, tako i u svim drugim školama, imaju pravo da na osnovu svog statusa određuju mere telesnog kažnjavanja učenika radi poboljšavanja discipline. Samo preterana, arbitrarna ili surova kazna, odnosno kazna koju bi učitelj preduzeo iz neodgovarajućih motiva, smatra se nedopuštenom. Sama telesna kazna se, u oba slučaja o kojima je ovde reč, sastojala u udaranju kožnim štapom po dlanovima učenika. Obe podnositeljke predstavke pozvale se na to da se praktikovanje telesnog kažnjavanja u školi protivi 2. članu Prvog protokola uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, koji obavezuje države članice da poštuju pravo roditelja da deci obezbede takvo obrazovanje i nastavu koji su u skladu sa njihovim religioznim i filozofskim uverenjima. Evropski sud za ljudska prava je, najpre, izneo stav da je istina da je dnevno održavanje discipline u školama o kojima se radilo u ovom slučaju zaista bilo prepušteno svakom učitelju, ali ne na osnovu ovlašćenja koja su im bila preneti od strane države, nego na osnovu pravila koja statusu učitelja daje *common law*. Uprkos tome, država je i u Škotskoj preuzela obavezu da formuliše generalnu politiku u odnosu na obrazovanje u državnim školama. Stoga, član 2. Prvog protokola implicira da je država u ispunjavanju funkcija koje je preduzela u odnosu na obrazovanje dece dužna da vodi računa da informacije ili znanja koja su uključena u školske kurikulume budu preneti na objektivan, kritički i pluralistički način. Drugim rečima, državama je zabranjeno da u obrazovanju teže ostvarivanju indoktrinacije koja ne poštuje religijska i filozofska uverenja roditelja. Sud je, najzad, zaključio da se pojam „filozofska uverenja” odnosi na sve važne i suštinske aspekte ljudskog života i ponašanja, što znači i na integritet jedne osobe, prikladno ponašanje ili nešto drugo što bi moglo trpeti zbog nanošenja telesne kazne ili stresa koji stvara rizik od postojanja takve kazne. Na osnovu takve ocene, Sud je našao da su gospođe Kembel i Kosans bile žrtve povrede prava koje im garantuje član 2. Prvog protokola uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. U posebnoj, kasnijoj odluci obema je dosuđena naknada sudskih troškova, a Džefri Kosans dobio je i ukupnu naknadu za imovinsku i neimovinsku štetu koju je pretrpeo zbog izbacivanja iz škole u iznosu od 3.000 funti sterlinga.²⁹

29 Videti Case of Campbell and Cosans v. United Kingdom, No. 7511/76 i 7743/76 od 29. januara 1982. i 21. februara 1983, § 34-36.

U slučaju *Tajrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Evropski sud je utvrdio da kazna od tri udarca šibom po goloj zadnjici, na koju je redovni sud na ostrvu Man osudio dečaka starog 15 godina zbog toga što je je fizički napao svog školskog druga, predstavlja ponižavajuće kažnjavanje u smislu člana 3. Evropske konvencije. Kao relevantne okolnosti Sud je naveo da se u ovom slučaju radilo o institucionalnom nasilju koje je bilo dozvoljeno zakonom, koje su izrekle sudske vlasti i koje je izvršila policija. Stoga, bez obzira što dečak nije trpeo ozbiljne ili dugotrajne posledice fizičkog kažnjavanja, činjenica da je on bio tretiran kao objekat u vlasti države čini da je njegova fizička kazna bila napad na ono što upravo predstavlja jedan od glavnih ciljeva člana 3. Konvencije – a to je zaštita dostojanstva i fizičkog integriteta.³⁰

Naprotiv, u slučaju *Kostelo-Roberts protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Evropski sud je stao na stanovište (doduše tesnom većinom od 5 prema 4 glasa) da tri slaba udarca patikom preko pantalona po zadnjici, koje je upravnik privatne internatske škole zadao sedmogodišnjem učeniku, ne predstavljaju ponižavajuće kažnjavanje. Izuzimajući posledice koje nastupaju preduzimanjem mera na čisto disciplinskom nivou, Sud je ocenio da podnosilac predstavke nije dokazao postojanje bilo kakve ozbiljne i dugotrajne posledice kao rezultat primenjene kazne. Budući da Sud izražava sumnju u automatsku prirodu kazne kao ponižavajućeg postupanja, zaključio je da u konkretnom slučaju minimalni nivo okrutnosti nije bio dosegnut te da nije bilo povrede člana 3. Evropske konvencije. Ključne razlike između ovog i prethodnog slučaja su bile u tome što je ovo dete bilo znatno mlađe, što udarci nisu ostavili nikakve vidljive tragove, što je dete nosilo pantalone i što je između prestupa i kazne proteklo malo vremena.³¹

Dakle, ono što bi se moralo nesumnjivo zaključiti na osnovu svih dosadašnjih naučnih i empirijskih saznanja o telesnom kažnjavanju, jeste to da je svako fizičko kažnjavanje dece nedopušteno i opasno, ne samo zbog toga što može dovesti do stvarnog ili potencijalnog povređivanja deteta ili biti ponižavajuće i uvredljivo za ljudsko dostojanstvo deteta, nego i zbog rizika da u svakoj narednoj prilici eskalira u sve veću i težu upotrebu fizičke sile sa sve težim posledicama. Sa druge strane, trebalo bi uvek imati na umu da roditelji, nažalost, kažnjavaju decu i emocionalno i psihološki (na primer, omalovažavanjem, zastrašivanjem, ismejavanjem, ucenjivanjem, pretnjama,

30 Videti Case of Tyrer v. United Kingdom, No. 5856/72 od 25. aprila 1978, § 33.

31 Videti Case of Costello-Roberts v. United Kingdom, No. 13134/87 od 25. marta 1993, § 32.

diskriminisanjem, neopravdanim ograničavanjem kretanja i komuniciranja itd.) ili upražnjavanjem mnogih drugih oblika nefizičkog, neprijateljskog ili odbacujućeg postupanja. Stoga, zakonske odredbe o zabrani kazni i ponižavajućih postupaka prema deci moraju da budu tako formulisane da obuhvate i ovakve vidove ponašanja. Najzad, roditeljima se mora priznati i određena margina slobode u vaspitnom procesu, koja znači da preduzeta kazna (pa i fizička) ne mora nužno i automatski da bude kvalifikovana kao postupak koji je trenutno ili potencijalno štetan po dete, a još manje da ga treba obavezno sankcionisati kao zlostavljanje, zloupotrebu ili zanemarivanje deteta. Tu delikatnu granicu između prihvatljivih disciplinskih kazni i onih koje su neprihvatljive i opasne zato što ugrožavaju svakovrsnu dobrobit deteta, može da definiše samo sud u odgovarajućem sudskom postupku za zaštitu prava deteta, za zaštitu od nasilja u porodici ili za lišenje roditeljskog prava. Od te pravne sankcije, međutim možda je još važnija i zahtevnija šira aktivnost države, koja bi obuhvatila angažovanje u promovisanju alternativnih metoda u vaspitnom procesu, obezbeđivanje adekvatne potpore i pomoći roditeljima koji se nađu u konfliktnoj situaciji, te pridobijanje podrške roditelja – ali i svih onih koji su u svakodnevnom kontaktu sa decom – za prihvatanje kulture poštovanja za stavove, mišljenja i poglede dece i njihovo aktivno učešće u odlučivanju o svim pitanjima koja ih se tiču.

3. Surogat materinstvo

Autori Radnog teksta GZ uvrstili su među odredbe o utvrđivanju materinstva u slučajevima začeca uz biomedicinsku pomoć i jednu potpuno novu pravnu ustanovu – koju nazivaju ugovor o rađanju za drugog – koja je inače trenutno izričito zabranjena u pozitivnom pravu Srbije.³²

32 Videti čl. 56. tačka 25. Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja (Službeni glasnik Republike Srbije, br.72/09). Štaviše, onaj ko u postupak BMPO uključi ženu koja ima nameru da dete posle rođenja ustupi trećem licu sa ili bez plaćanja bilo kakve naknade, ostvarivanja bilo kakve materijalne ili nematerijalne koristi, ili nudi usluge surogat majke, kazniće se zatvorom od 3 do 10 godina. Videti član 73. st. 1. Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja. Utoliko čudnije deluje odredba čl. 2282. Rdnog teksta GZ prema kojoj: „Na postupak rađanja za drugog primenjuju se odgovarajuće odredbe zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja“!

Začće uz biomedicinsku pomoć jeste pojam koji obuhvata različite re-produktivne tehnologije telesnog (*in vivo*) ili vantelesnog (*in vitro*) začća, koje se primenjuju u onim slučajevima kada začće deteta nije moguće, iz različitih razloga, ostvariti prirodnim putem, bez pomoći biomedicine. Psihološki i socijalni značaj dostupnosti ovakvih tehnika izuzetno je veliki. Infertilnost, naime, može prouzrokovati veliki lični stres za oba partnera, budući da sposobnost da se rodi dete daje mnogim ljudima vrhunsko osećanje ispunjenosti i smisla života, omogućavajući im i poštovanje sopstvenog identiteta i dostojanstva. U našem pozitivnom pravu lečenje neplodnosti postupcima BMPO obuhvata unutartelesno oplodjenje (unošenje semenih ćelija u polne organe žene i unošenje jajnih ćelija zajedno sa semenim ćelijama u polne organe žene) i vantelesno oplodjenje (spajanje jajnih i semenih ćelija izvan tela žene i prenošenje ranog embriona u telo žene).³³

Surogat materinstvo predstavlja metodu asistiranu reprodukciju za žene koje imaju očuvanu funkciju jajnika, ali im je iz nekog razloga odstranjena materica i one same nisu sposobne za nošenje i rađanje deteta. Postupak se sastoji u *in vitro* fertilizaciji, za koju se po pravilu koriste jajne ćelije i spermatozoidi supružnika kojima se pruža pomoć (može se koristiti i donirana jajna ćelija i/ili donirana sperma neke treće osobe), te prenošenju odgovarajućeg broja fertilisanih jajnih ćelija u matericu izabrane žene kao primaoca, uz njenu saglasnost (tzv. gestacijska ili potpuna surogacija). Drugi oblik surogat materinstva jeste onaj kada je za oplodnju žene koja nosi i rađa dete upotrebljena njena sopstvena jajna ćelija (tzv. genetska ili pacijalna surogacija).³⁴ Kako je cilj surogat materinstva da do deteta dođe žena koja je davalac jajne ćelije (odnosno kojoj je jajnu ćeliju donirala neka treća osoba ili pak sama surogat majka), a ne žena koja kao surogat majka nosi i rađa dete u korist druge osobe kojoj će posle porođaja predati dete, za pravo se postavlja interesantno pitanje uticaja ovog postupka na utvrđivanje materinstva. Drugim rečima, da li je pravno uopšte moguće – a ako jeste, pod kojim uslovima – da se majkom deteta smatra žena koja je davalac genetskog materijala (odnosno u čiju korist se zaključuje ugovor o surogat materinstvu), a ne žena koja je nosila i rodila dete.

33 Videti čl. 23. Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja.

34 Videti opširnije Draškić, M., Porodično pravo i prava deteta, Beograd, 2014, str. 217-218. i autori koje ona citira, Kovaček-Stanić, G., Biomedicinski potpomognuto začće i rođenje deteta: surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i Srbiji, Stanovništvo, Vol. 51, br. 1/2013, str. 1-21.

Kao što je već rečeno, u našem pravu surogat materinstvo je izričito zabranjeno. U uporednom pravu takođe preovladava stav da je surogat materinstvo nedopušteno u svakom obliku (na primer, austrijsko, švedsko, nemačko, francusko, švajcarsko, špansko, slovenačko pravo), ili samo onda kada se obavlja uz pomoć agencija koje za novac posreduju u zaključivanju ovakvih ugovora (englesko pravo). Suprotno, u engleskom pravu predviđa se mogućnost da se majkom deteta ne mora smatrati žena koja ga je rodila, već da se supružnici koji su dobili dete uz pomoć surogat majke mogu pravno smatrati roditeljima, pod sledećim uslovima: da je bar jedan od njih genetski roditelj deteta; da je postavljen zahtev u roku od 6 meseci od rođenja deteta; da sud donese odluku o roditeljstvu; da dete živi zajedno sa podnosiocima zahteva u vreme postavljanja zahteva i u vreme donošenja sudske odluke; da su podnosioci zahteva, ili bar jedan od njih, domicilirani u Velikoj Britaniji; da podnosioci zahteva imaju najmanje 18 godina u vreme donošenja sudske odluke; da su se majka koja je nosila i rodila dete i biološki otac deteta saglasili da bude doneta sudska odluka i, najzad, da nije bila data ili primljena bilo kakva naknada u vezi sa donošenjem sudske odluke.³⁵ U pravu Izraela punovažnost surogacijskog ugovora uslovljena je, takođe, taksativno nabrojanim uslovima: svi učesnici surogacijskog aranžmana moraju biti punoletni građani Izraela, surogat majka ne sme biti u braku, surogat majka ne sme biti u srodstvu ni sa jednim od budućih roditelja deteta, jajna ćelija ne sme poticati od surogat majke, žena koja je davalac biološkog materijala i surogat majka

35 Videti § 30(1) – 30(7) Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji (Human Fertilisation and Embriology Act, 1990). Neka druga prava priznala su implicitno dejstva surogat materinstva, ne dirajući pri tom u pravilo da se majkom deteta smatra žena koja ga je rodila. Tako je u veoma medijski eksploatisanom i, svakako, jednom od najpoznatijih sudskih sporova porodičnog prava svih vremena, američkom slučaju *In re Baby M.*, Vrhovni sud Nju Džerzija odlučio da dete poveri biološkom ocu i tako razreši dilemu oko materinstva. Predmet spora, naime, bila je pravna valjanost pismenog ugovora koji je zaključio jedan bračni par sa ženom koja se obavezala da za naknadu od 10.000 dolara bude veštački oplodena semenom muškarca koji se pojavljivao kao ugovorna strana, te da se posle porođaja odrekne deteta u korist bračnog para naručilaca. Nakon rođenja deteta, međutim, majka se predomislila i odbila da izvrši ugovor, pozivajući se na svoje roditeljsko pravo. Sud je potvrdio da su biološki roditelji deteta istovremeno i njegovi pravni roditelji, ali je vršenje roditeljskog prava poverio ocu (dakle, muškarcu koji je zaključio ugovor o surogat materinstvu), dok je majci (tačnije, surogat majci) dodelio samo pravo da posećuje i viđa dete. Videti opširnije Wadlington, W., *United States: The Continuing Debate About Surrogate Parenthood*, *Journal of Family Law*, Vol. 11, 1987, str. 321.

moraju pripadati istoj religiji i, najzad, odluku o roditeljstvu može doneti samo sud uz prethodno odobrenje posebnog tela (zakonski odbor).³⁶ Rusko pravo, takođe, dopušta mogućnost da lica koja su u braku i koja su u pisanoj formi dala saglasnost za implantaciju embriona drugoj ženi, koja nosi i rađa dete, mogu biti upisani kao njegovi roditelji, ali samo uz saglasnost žene koja je rodila dete.³⁷

Pokušaj da se komentariše ustanova ugovora o rađanju za drugog iz Radnog teksta GZ – koja predstavlja jedinu stvarno novu i koliko toliko definisanu pravnu ustanovu u odnosu na tekst sadašnjeg Porodičnog zakona – suočava se, međutim, sa velikim teškoćama. Najpre, sami autori Radnog teksta GZ kažu da su sve odredbe koje se odnose na ugovor o rađanju za drugog, „formulisane kao ilustracija mogućih zakonskih rešenja, ako se, nakon javne rasprave, uz posebno učešće i izjašnjavanje specijalizovanih stručnjaka iz različitih oblasti i profesija (na primer: sa etičkog, socijalnog, medicinskog i komparativnog aspekta) prihvati mogućnost začeca uz biomedicinsku pomoć, a posebno rađanje za drugog (surogat majke), koje se može regulisati posebnim zakonom.“³⁸ Dakle, vrlo je neobično, po mom mišljenju, da se skoro desetogodišnji rad na tekstu nekog budućeg Građanskog zakonika predstavlja kao „ilustracija mogućih zakonskih rešenja“, da se potom dovedu u pitanje sve tehnike biomedicinski potpomognutog rađanja („ako se, nakon javne rasprave ... prihvati mogućnost začeca uz biomedicinsku pomoć, a posebno rađanje za drugog“) koje su već više godina u našem pozitivnom pravu uređene Zakonom o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, te da, najzad, izgleda kao da autori odustaju da se dalje uopšte bave ugovorom o rađanju za drugog, prepuštajući surogaciju nekom budućem posebnom zakonu? Znamo li uopšte kakav je stav pisaca Radnog teksta GZ o ovom pitanju?

Sa druge strane, razumljivi strah da se zakorači u nepoznato polje prava i istovremena (i nesumnjivo pozitivna) ambicija da se u pravnom uređenju ove delikatne materije ponudi jedno potpuno novo zakonsko rešenje, doveli

36 Zakonski odbor čini 7 članova, od kojih su 2 lekara ginekologa, lekar interne medicine, klinički psiholog, socijalni radnik, pravnik i sveštenik. Videti čl. 1-12. izraelskog Zakona o surogacijskim ugovorima iz 1996. godine. Pun pravni legitimitet postupak surogat materinstva dobio je i u zakonodavstvu Arkanzasa i u sudskoj praksi Kalifornije. Opširniji uporednopravni prikaz odredaba o surogat materinstvu, kao i o argumentima za i protiv dopustivosti postupka surogacije, videti u Jović, O., Surogat materinstvo, magistarski rad, Beograd, 2004.

37 Videti čl. 51. st. 4. Porodičnog zakonika Rusije.

38 Videti napomenu uz čl. 2272. Radnog teksta GZ.

su do toga da je ugovor o rađanju za drugog predstavljen odredbama koje u ključnim formulacijama imaju alternativu, ali su pritom osnovno i alternativno rešenje potpuno suprotni jedno drugom! Takav je slučaj sa jednim od najvažnijih pravila koja profilišu institut surogat materinstva – pitanjem ko može biti surogat majka. Tako, u Radnom tekstu GZ ugovor o rađanju za drugog može se alternativno zaključiti: 1) između srodnika, kao i između lica koja nisu u srodstvu; 2) samo između srodnika; 3) samo između lica koja nisu u srodstvu.³⁹ Ova tema je, zapravo, sama srž neke vrste konstrukcione antinomije koja je imanentna institutu surogat materinstva i koja se stoga mora razrešiti pre nego što bude bilo ponuđeno bilo kakvo zakonsko rešenje. Naime, ako je reč o srodničkoj surogaciji, kada se u ulozi surogat majke po pravilu pojavljuje majka, ćerka ili sestra žene koja želi da dobije dete, kao glavni problem pojavljuje se konfuzija koja nastaje u psihološkom identitetu deteta, budući da surogat majka ostaje u uskom porodičnom krugu kao baka, sestra ili tetka deteta koje je sama rodila! Ako je surogat majka pritom i donirala svoju jajnu ćeliju, psihološkim razlozima pridružuju se i biološki i zdravstveni aspekti nejasnoća o stvarnom identitetu deteta.⁴⁰ Mnogobrojna medicinska istraživanja nedvosmisleno pokazuju koliko je važno za svakog čoveka da poznaje svoje genetsko nasleđe i da može da trasira put do svojih bioloških predaka. Pritom, pravo na saznanje biološkog porekla deo je opštijeg prva na očuvanje sopstvenog identiteta, a identitet jedne osobe predstavlja, u suštini, potvrdu njene egzistencije, način na koji takva osoba postaje vidljiva i prepoznatljiva u društvu.⁴¹ Stoga, mešanje porodičnih uloga i ostavljanje

39 Videti čl. 2275. Radnog teksta GZ.

40 U britanskoj literaturi je tako opisan zaista bizaran slučaj, u kome je ćerka preuzela ulogu surogat majke za svoju majku i očuha tako što je ćerkina jajna ćelija oplodena spermom očuha. Nakon porođaja ona je postala biološka majka, ali izvršenjem surogacijskog aranžmana istovremeno i polusestra rođenom detetu, a njena ranije rođena deca polubraća u biološkom smislu, odnosno sestrići tako rođenog deteta nakon sprovedene surogacije. Videti Welstead, M., *This child is my child: this child is your child, this child was made for you and me – Surrogacy in England and Wales*, *The International Survey of Family Law*, Bristol, 2011, str. 167. Navedeno prema Kovaček-Stanić, op. cit, str. 4.

41 Pravo na saznanje biološkog porekla prvi put je izričito normirano u Konvenciji u pravima deteta (Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori, br. 15/1990). Prema navodima iz literature to se dogodilo prvenstveno zahvaljujući Vladi Argentine, koja se snažno zalagala za ustanovljavanje mehanizma u međunarodnom pravu koji će sprečavati otimanje dece i obavezivati države da zaštite pravo deteta na sopstveni identitet. Argentina se, naime, između 1975. i 1983. godine suočila sa strahotama tzv. „priljavog rata“, u kome je mnogo

otvorenog pitanja otkrivanja identiteta donora, može biti veoma traumatizirajuće sa stanovišta psiholoških efekata na dete.⁴² Dakle, ovakva opasnost mogla bi se relativno lako otkloniti pravilom da surogat majka ne sme biti u srostvu ni sa jednim od budućih roditelja deteta. No, u tom slučaju odmah se postavlja pitanje koji su mogući motivi žene da iznese trudnoću i rodi dete za nekog drugog, ako nije reč o porodičnoj solidarnosti? Da li se realno može

dece nestalo, mnogo dece je bilo oteto odnosno ubijeno i sahranjeno bez ikakvih oznaka u akcijama tajnih policija, a jedan broj dece koja su rođena u tajnim prihvatnim centrima i vojnim bolnicama oduzeta su majkama odmah nakon rođenja. Kasnije su se pojavili dokazi (delimično i zahvaljujući akcijama organizacije „Majke sa Plaza de Mayo“) da su mnoga od ove dece bila nezakonito predavana na staranje porodicama bez dece istaknutih policijskih i vojnih zvaničnika. Videti opširnije Van Bueren, G., *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague/Boston/London, 1998, str. 119.

- 42 Naše pravo je, za razliku od pristupa neograničene dostupnosti identifikacionih podataka o donoru (važećeg, na primer, u švedskom, austrijskom, nemačkom i britanskom pravu), izabralo suprotan pristup, koji znači apsolutnu zakonsku zabranu saznavanja svih podataka o davaocu genetskog materijala, što je otelovljenje principa anonimnosti donora, izuzimajući samo saznavanje podataka koji imaju medicinski značaj. Tako naš zakon sadrži rešenje prema kome je predviđeno da dete začeto postupkom BMPO reproduktivnim ćelijama donora ima pravo da iz medicinskih razloga traži od Uprave za biomedicinu podatke od medicinskog značaja koji se odnose na donora polnih ćelija kada napuni 18 godina života, a izuzetno i kada napuni 16 godina života ako je steklo poslovnu sposobnost. Uporediti čl. 64. st. 1. Zakona o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja i, na primer, član 4. Zakona o inseminaciji Švedske (1984). Najslbližije našem jeste rešenje francuskog prava; ono zabranjuje davanje informacija koje bi identifikovale donora budućim roditeljima i obrnuto, tako da je anonimnost donora prihvaćena kao princip. Ipak, u slučaju terapijske neophodnosti lekar može dobiti neidentifikacione informacije koje se odnose na par davalaca kada se radi o doniranom embrionu. Videti francuski Bioetički zakon 94-654 iz 1994. godine. Videti opširnije J. Rubellin-Devichi, *France: Reforms and Controversies*, *The International Survey of Family Law*, 1994 Edition, str. 241. Postoji, najzad, i treći mogući pristup u uporednom pravu, koji je najpotpunije bio demonstriran u pravu Velike Britanije do 31. marta 2005. godine i sastojao se u tome da su se detetu mogli otkriti samo neidentifikacioni podaci o donoru. To su podaci o fizičkim karakteristikama, porodičnom poreklu, obrazovanju, sposobnostima, interesovanjima, socijalnom statusu i zdravstvenoj istoriji. Videti raniji § 31. Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji (1990). Međutim, izmenom ovog zakona br. 1511 od 1. aprila 2005. godine predviđeno je da donori moraju dozvoliti otkrivanje svog identiteta detetu kada ono navrší 18 godina. Prema mišljenjima iznetim u pravnoj literaturi, rešenje koje garantuje otkrivanje samo neidentifikacionih podataka o donoru na prvi pogled čini se kao prihvatljivo i kompromisno, na pola puta između preovlađujućeg interesa donora da ostanu anonimni i potrebe deteta da sazna ko je njegov genetski predak, ali opasnost leži u tenziji koju ovo rešenje stvara kod deteta koje je svesno da identifikacioni podaci o donoru postoje, ali su mu nedostupni. Videti opširnije Douglas, G., *Law, Fertility and Reproduction*, London, 1991, str. 136.

pretpostaviti da bi jedan tako zahtevan proces, kao što je rađanje za drugog, mogao biti realizovan samo zahvaljujući čistom altruizmu? Kako se uopšte može kontrolisati zabrana davanja i primanja novca za ovakvu uslugu rađanja deteta kada među ugovornim stranama bude o tome postignuta potpuna saglasnost? Radni tekst GZ istina zabranjuje ugovaranje nagrade prilikom zaključenja ugovora o rađanju za drugog, ali dozvoljava naknadu razumnih troškova koji su izazvani trudnoćom i porođajem.⁴³ Time se otvara mogućnost da sami ugovornici odrede šta će se smatrati razumnim troškom, pa je opasnost od komercijalizacije ovakvog ugovora više nego realna! Da li su autori ove odredbe, recimo, mogli predložiti bar to da sudija koji overava ugovor o rađanju za drugog odbije da ga overi ako ugovorom predviđene troškove trudnoće i porođaja ne bude smatrao razumnim? Najzad, u državi u kojoj postoji vrlo nizak stepen opšte pravne kulture i u kojoj se pravne norme u velikoj meri krše u svim segmentima života, teško je zamisliti da bi jedna tako sofisticirana pravna ustanova kao što je surogat materinstvo funkcionisala onako kako je zakonski regulisana, odnosno poverovati da bi mogla biti efikasno zaštićena od rizika komercijalne zloupotrebe.⁴⁴

Poslednjih godina u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava primetno je da su predmeti koji se odnose na neku od metoda biomedicinski potpomognutog oplodjenja dovedeni i u kontekst člana 12. Evropske konvencije (pravo na brak). U poznatom slučaju *S. H. i drugi protiv Austrije*, predmet ocene Suda bilo je austrijsko zakonodavstvo koje dopušta neke vidove artifičijelne inseminacije, ali zabranjuje upotrebu donirane sperme ili jajne ćelije radi *in vitro* fertilizacije. Sud je prihvatio da je želja supružnika ili vanbračnih partnera da imaju dete jedan od ključnih načina na koji se ostvaruje njihova ličnost kao ljudskih bića, ali je odbio navode podnosilaca predstavke da ovakva zakonska rešenja predstavljaju povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Sud je istakao da, naprotiv, budući da u ovim pitanjima nema jedinstvenog stava među državama članicama Saveta Evrope, nije suprotno članu 8. Konvencije to što države članice donose zakone kojima uređuju ovaj važan aspekt privatnog života ne prekoračujući time polje slobodne

43 Videti čl. 2280. Radnog teksta GZ.

44 Ilustracije radi, podsećam na podatak da se, prema procenama Fiskalnog saveta Republike Srbije, obim sive ekonomije i poreske utaje procenjuje na preko 30% BDP (oko 9 milijardi evra), što znači da tokove novca u tom obimu država ni na koji način ne kontroliše niti sankcioniše. Videti http://www.fiskalnisavet.rs/doc/ocene-i-misljenja/2015/fiskalna_konsolidacija_u_2015._i_reformski_izazovi.pdf

procene.⁴⁵ Indirektno, dakle, ovakva odluka Suda može se pročitati i kao stav da član 12. Konvencije ne garantuje pravo na prokreaciju; njegovo dejstvo ograničeno je na zabranu mešanja države u pravo supružnika da imaju decu prirodnim putem, ali ne stvara pozitivne obaveze za države da takvo pravo obezbede putem zakonodavstva za sve ovakve metode niti da ih finansira iz javnih izvora.

U predmetu *Di Lazaro protiv Italije* Evropski sud je potvrdio da iako član 12. Konvencije štiti bračne parove od svake vrste mešanja države u njihovo pravo da zasnuju porodicu, za neke parove takva odredba neće imati nikakvo značenje zbog njihove nemogućnosti da imaju sopstveno biološko potomstvo. Takođe, ni član 12. niti bilo koji drugi član Konvencije ne garantuje pravo na usvajanje deteta ili neki drugi vid integracije deteta u porodicu čiji ono nije krvni srodnik.⁴⁶

Razumevajući, dakle, u potpunosti interes infertilnih parova da im bude učinjena dostupnom i ova metoda biomedicinski potpomognutog rađanja i time razrešena velika frustracija koju može da prouzrokuje život bez sopstvenog deteta, čini se ipak razumnim da se prilikom eventualnog zakonskog uređenja ovog pravnog instituta pokaže mnogo više opreznosti i uzdržanosti. Možda bi dobar uzor u tom pravcu bilo rešenje engleskog prava, u kome je surogat materinstvo – zahvaljujući važnoj ulozi suda u ovoj proceduri – suštinski postalo jedna vrsta usvojenja, budući da se supružnici koji su dobili dete uz pomoć surogat majke mogu pravno smatrati roditeljima tek nakon što sud o tome donese odluku. Drugim rečima, izvršenje ugovora o surogat materinstvu predstavlja samo prvu fazu u ostvarivanju prava na roditeljstvo budućih roditelja; drugu fazu čini poseban sudski postupak u kome sud, rukovodeći se najboljim interesom deteta, može doneti odluku o roditeljstvu ako su za to ispunjeni striktni zakonski uslovi. Za naše pravo bilo bi od najveće važnosti da budu formulisani zahtevi da je bar jedan od budućih roditelja deteta davalac genetskog materijala u postupku začeca deteta, da su surogat majka i biološki otac deteta dali slobodnu i bezuslovnu saglasnost da o roditeljstvu deteta bude doneta sudska odluka, te da dete već živi sa budućim roditeljima kako u vreme podnošenja zahteva, tako i u trenutku donošenja sudske odluke. Iznad svega, sud mora biti uveren u to da nije data ili primljena bilo kakva naknada u vezi sa donošenjem odluke o roditeljstvu.

45 Videti Case of S. H. and Others v. Austria, No. 57813/00 od 3. novembra 2011, § 78-115.

46 Videti Case of Di Lazzaro v. Italy, No. 31924/96 od 10.jula 1997.

Prof. dr Marija Draškić*

WHAT IS REALLY NEW REGARDING THE FAMILY ACT

Summary

During the ongoing debate about the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code two topic proposals have raised the highest public interest: banning corporal punishment of children and surrogate motherhood. There is a global action towards ending corporal punishment of children. The United Nations Committee on the Rights of the Child has defined corporal punishment as any punishment in which physical force is used and intended to cause some degree of pain or discomfort, however light. The Preliminary Draft of the Serbian Civil Code has also prohibited corporal punishment as a form of physical abuse of a child. On the other hand, there are also opposition voices to banning all corporal punishment which come from parents who believe that they have a right – or even a duty – to discipline their children with some degree of violence and that corporal punishment of children is not necessarily inhuman or degrading. But what is of utmost importance in this debate is the fact that a ban of corporal punishment must give a clear message that hitting children is wrong – at least as wrong as hitting anyone else. On the other hand, it should also suggest that campaigns should be carried out to raise awareness of all negative effects of corporal punishment and to encourage the development of positive, non-violent forms of discipline in child-rearing. Surrogate motherhood is an arrangement in which a woman (surrogate mother) agrees to carry and deliver a child for another woman or couple (intended parents). In spite of the fact that infertility is a growing problem for couples who are experiencing emotional distress, depression and a sense of exclusion from society because they cannot become parents, it remains controversial. Therefore, if Serbian legislator really intend to introduce surrogate motherhood into domestic law the cautious and restrictive attitude of the English law would be welcomed. This would mean that at least one of the intended parents should be genetically related to the child, that the child must be living with the intended parents at the time they apply for the parental rights in

* Marija Draškić, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. Judge of the Constitutional Court of Serbia. This article is the result of research within the project Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia..

a court procedure, that the surrogate mother and her husband (if she has one) must agree freely and unconditionally to the delivering of the court decision and finally, that no money – other than reasonable expenses – has been paid to the surrogate mother.

Key words: Preliminary Draft of the Serbian Civil Code, corporal punishment, surrogate motherhood