

Godina V, broj 5, 2017. godina



ZBORNIK RADOVA

Peti međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Odjeci prakse Evropskog suda za ljudska prava
u nacionalnim porodičnim pravima“

Posvećen

*40. godišnjici osnivanja Pravnog fakulteta
Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*

Mostar, 2017.

ZBORNİK RADOVA

Peti međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Odjeci prakse Evropskog suda za ljudska prava
u nacionalnim porodičnim pravima“

Posvećen

**40. godišnjici osnivanja Pravnog fakulteta
Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru**

Izdavač – Publisher

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
Law Faculty of University Džemal Bijedić Mostar

Glavni urednik – Editor in Chief

Prof. dr. Suzana Bubić

Uredništvo – Editorial Board

Prof. dr. Suzana Bubić, glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief, prof.
dr. Zoran Ponjavić, prof. dr. Nenad Hlača, prof. dr. Maja Čolaković, prof. dr.
Rebeka Kotlo, dr. sc. Stefan Puerner

ISSN 2303-6052

Adresa Uredništva: Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Pravni fakultet,
Mostar, Maršala Tita b.b.

SADRŽAJ

Predgovor	5
I sesija	7
<i>Olga Cvejić Jančić</i> Povreda prava na suđenje u razumnom roku u oblasti porodičnopravnih odnosa u sudskoj praksi Srbije i njegova zaštita	9
<i>Marija Draškić</i> Presuda Evropskog suda za ljudska prava Zorica Jovanović v. Serbia: kakve obaveze slede?	29
<i>Suzana Bubić</i> Uloga Evropskog suda za ljudska prava u zakonskom priznavanju istospolnih zajednica	47
<i>Dušica Palačković</i> Zaštita od nasilja u porodici u pravnom sistemu Republike Srbije kao odraz međunarodnih standarda i prakse ESLJP	69
<i>Zoran Ponjavić</i> Pravo srodnika na poštovanje porodičnog života	86
<i>Irena Majstorović</i> O odjecima strasbourškog <i>acquisa</i> u hrvatskom Obiteljskom zakonu iz 2015. godine	101
<i>Mirjana Nadaždin Defterdarević</i> Društvena funkcija presuda Evropskog suda za ljudska prava	120
II sesija	135
<i>Nenad Hlača</i> Slučaj Mikulić i hrvatski pravni sustav	137
<i>Darko Radić</i> Održavanje ličnih odnosa sa djetetom i primjena čl. 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama	144
<i>Boris Krešić</i> Saglasnost roditelja djeteta kao uslov za punovažnost usvojenja u praksi Evropskog suda za ljudska prava	156
<i>Melanija Jančić</i> Uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava na prava transseksualnih lica ...	173

CONTENTS

Preface	5
I session	7
<i>Olga Cvejić Jančić</i> Violation of the right to trial within a reasonable time in family matters of the case law of Serbia and its protection	9
<i>Marija Draškić</i> Judgment of the European Court of Human Rights <i>Zorica Jovanovic v. Serbia</i> : What legal obligations follow?	29
<i>Suzana Bubić</i> The role of European Court of Human Rights in the recognizing of the homosexual unions	47
<i>Dušica Palačković</i> The protection against domestic violence in the legal system of the Republic of Serbia as a reflection of the international standards and the practice of ECHR ...	69
<i>Zoran Ponjavić</i> The right of relatives to respect their family life	86
<i>Irena Majstorović</i> The reflections of the Strasbourg acquis on the Croatian Family act from 2015	101
<i>Mirjana Nadaždin Defterdarević</i> The social function of judgments of the European Court of Human Rights	120
II session	135
<i>Nenad Hlača</i> Mikulić case and the legal system of the Republic of Croatia	137
<i>Darko Radić</i> Maintaining contacts to the child and article 8. of Convention on human rights	144
<i>Boris Krešić</i> The consent of the parents as the condition for the validity of adoption in a European Court of Human Rights' case law	156
<i>Melanija Jančić</i> The influence of the European Court of Human Rights' case law on the rights of transsexual persons	173

Predgovor

Zbornik radova s Petog međunarodnog naučnog skupa Dani porodičnog prava posvećujemo 40. godišnjici osnivanja Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru.

Pravni fakultet je ovaj Skup, na temu „Odjeci prakse Evropskog suda za ljudska prava u nacionalnim porodičnim pravima,“ organizovao u saradnji i uz finansijsku podršku Njemačke fondacije za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ).

Na Skupu, održanom u Mostaru 31. marta. i 1. aprila 2017. godine, izlagalo je 15 učesnika, a u Zborniku radova s ovog Skupa objavljuje se 11 radova.¹ Izlagači su bili naučni radnici - nastavnici i saradnici pravnih fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Univerziteta u Mostaru, Univerziteta u Banjoj Luci i Univerziteta u Tuzli, nastavnici pravnih fakulteta Univerziteta u Beogradu, Univerziteta u Kragujevcu i Univerziteta u Novom Sadu te Sveučilišta u Zagrebu i Sveučilišta u Rijeci, kao i Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Sarajevu - Odsjek za socijalni rad.

Cilj ovogodišnjeg skupa bio je analiza prakse Evropskog suda za ljudska prava u oblasti porodičnopravnih odnosa, odnosno njegovih odluka vezanih za, uglavnom, zaštitu prava na poštovanje porodičnog života te utvrđenje njihovih odjeka u nacionalnim porodičnim pravima. Ovim odlukama, zahvaljujući evolutivnom tumačenju odredaba Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, stalno se šire granice prava na porodični život i određuje njegov sadržaj i obim drugačiji kako od onog određenog i prihvaćenog u nacionalnim pravima, tako i onog koje je Sud definisao u starijoj praksi. Sud tako državama članicama nameće obavezu garantovanja prava čija je sadržina mnogo šira u odnosu na vrijeme kada su one potpisale i ratifikovale Konvenciju. Značaju razmatranih odluka doprinosi to što one ukazuju na postojanje brojnih i značajnih interakcija između porodičnog prava i pitanja ljudskih prava priznatih ovom Konvencijom. Izlagači, odnosno autori radova objavljenih u Zborniku su uz osvrt na stavove Suda zauzete u ovim odlukama, iznijeli prijedloge izmjena nacionalnog zakonodavstva i prakse nacionalnih organa nadležnih za predmete povodom kojih se pokreću postupci pred ovim Sudom.

U radu Skupa su učestvovali nastavnici oba pravna fakulteta u Mostaru, sudije općinskih sudova u Mostaru, Širokom Brijegu, Bugojnu i Livnu, te stručni radnici centara za socijalni rad u Mostaru i Širokom Brijegu.

Zahvalni smo svim učesnicima za doprinos uspješnosti Skupa. Njemačkoj fondaciji za međunarodnu naučnu saradnju (IRZ) zahvaljujemo na pruženoj podršci i finansijskoj pomoći u održavanju Skupa i štampanju ovog Zbornika. Posebne izraze

¹ Uredništvu nisu dostavljeni na Skupu usmeno podneseni radovi sljedećih autora: prof. dr. Udžejne Habul; koautora prof. dr. Maje Čolaković, doc. dr. Denisa Pajića i mr. sc. Šejle Maslo Čerkić; koautorica prof. dr. Anite Duraković i prof. dr. Jasmine Alihodžić; doc. dr. Džamne Duman.

zahvalnosti upućujemo dr. sc. Stefanu Puerneru, voditelju projekta pri Fondaciji IRZ
“Središnja Jugoistočna Evropa.”

U Mostaru, septembar 2017. godine

Glavna i odgovorna urednica Zbornika,
dr. Suzana Bubić, profesor emeritus

I Sesija

Dr. sc. Olga Cvejić Jančić, redovni profesor u penziji
Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

POVREDA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U OBLASTI PORODIČNOPRAVNIH ODNOSA U SUDSKOJ PRAKSI SRBIJE I NJEGOVA ZAŠTITA

Autorka se u radu bavi analizom odluka Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu koje se odnose na povredu prava na suđenje u razumnom roku (čl. 6. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda) iz oblasti porodičnih odnosa do kojih je došlo zbog dugotrajnih i neefikasnih postupaka pred sudovima u Srbiji, usled čega je često istovremeno došlo i do povreda prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8. Konvencije).

U radu se zatim analizira novi Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku koji je u Republici Srbiji donet 2015. godine, nakon brojnih sporova koje je Srbija izgubila pred Evropskim sudom zbog povrede ovog prava. Autorka takođe razmatra i u kojoj meri ovaj Zakon može doprineti efikasnijoj zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, a samim tim i preduprediti nastajanje novih povreda ovog prava.

Ključne reči: suđenje u razumnom roku, sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava, zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, merila za određivanje dužine trajanja postupka

1. Uvod

Prema Ustavu Republike Srbije svako ima pravo na pravično suđenje koje, između ostalog, podrazumeva i pravo na suđenje u razumnom roku (čl. 32 Ustava).¹ Ova ustavna odredba je preuzeta iz člana 6 (pravo na pravično suđenje) Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Konvencija) koji je nešto opširniji i detaljniji od čl. 32 Ustava, jer sadrži i pravila koja su našim Ustavom razrađena i obuhvaćena drugim članovima Ustava.²

1 Pravo na pravično suđenje iz čl. 32 Ustava uključuje i pravo pojedinca da mu sudi nezavisan, nepristrasan i zakonom ustanovljen sud, pravo na besplatnog prevodioca ako ne razume i ne govori službeni jezik suda, pravo na besplatnog tumača ako je gluv, slep, nem, kao i pravo da se javno raspravi o njegovom predmetu, sem izuzetnih slučajeva kada javnost može biti isključena (zaštita interesa nacionalne bezbednosti, javnog reda i morala u demokratskom društvu, kao i zaštita interesa maloletnika ili privatnosti učesnika u postupku, u skladu sa zakonom).

2 Npr. čl. 6 Konvencije o ljudskim pravima obuhvata i prezumpciju nevinosti, koja je kod nas obuhvaćena čl. 34 st. 3 Ustava, kao i posebnu zaštitu okrivljenog u krivičnom postupku koja je kod nas predviđena čl. 33 Ustava (posebna prava okrivljenog).

Pored toga, Ustav sadrži ne samo garantovanje određenog ljudskog ili manjinskog prava i slobode, već, u skladu sa čl. 13. Konvencije³ predviđa i posebnu odredbu o njihovoj zaštiti pred domaćim i međunarodnim institucijama (čl. 22 Ustava)⁴. U tom cilju je ustanovljeno i pravo na ustavnu žalbu koja se “može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu (čl. 170 Ustava).”

Slična zaštita je bila predviđena i Poveljom o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama Državne zajednice Srbija i Crna Gora iz 2003. godine⁵. Povelja, naime, predviđa pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 24), zatim pravo na pravično suđenje (čl. 17), pravo na delotvornu sudsku zaštitu u slučaju povrede ili uskraćivanja ljudskog ili manjinskog prava garantovanog Poveljom i pravo na uklanjanje posledica takvog kršenja (čl. 9 st. 1). Poveljom je, takođe, bilo predviđeno i pravo na žalbu sudu Srbije i Crne Gore u slučaju da je neko ljudsko ili manjinsko pravo, zajemčeno Poveljom, povređeno ili uskraćeno pojedinačnim aktom ili radnjom institucije državne zajednice, odnosno državnog organa države članice ili organizacije koja vrši javna ovlašćenja, ako nije obezbeđena druga pravna zaštita u državi članici, u skladu s Ustavnom poveljom (čl. 9 st. 2).

Sve navedene konvencijske i ustavne garancije u praksi ipak nisu bile dovoljne da se obezbedi svestrana i efikasna sudska zaštita ljudskih prava, bilo zbog objektivnih (preopterećenost sudova) bilo zbog subjektivih razloga (odugovlačenja u zakazivanju rasprava, nepreduzimanje predvidjenih procesnih sredstava za ubrzanje postupka, nedovoljna stručnost, posvećenost i energičnost sudija u primeni propisa, nemar, gubljenje tj. zaturanje spisa predmeta a možda i neki drugi razlozi, kao što su pritisci na sudije, korupcija i sl.). Ni reforme sudstva koje su usledile nakon donošenja Ustava iz 2006. g. nisu bile adekvatne tako da nije napravljen značajniji pomak u efikasnijem suđenju, jer su sudovi i dalje zatrpani predmetima, usled čega Srbija gubi brojne sporove pred Evropskim sudom. Delotvornost ustavne žalbe je, takođe, dovedena u pitanje u slučajevima u kojim je postupak dugo trajao ili gde nije došlo do izvršenja odluka Ustavnog suda, a takvih slučajeva je bilo i u porodičnopravnim predmetima.⁶ Ni docnije izmene Zakona o uređenju sudova iz 2013. g. nisu doprinele značajnijem poboljšanju zaštite prava na suđenje u razumnom roku, jer

3 Čl. 13 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda garantuje pravo na delotvorni pravni lek:

“Svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu.”

4 Prema čl. 22 Ustava “[S]vako ima pravo na sudsku zaštitu ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale. Građani imaju pravo da se obrate međunarodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava zajemčenih Ustavom.”

5 Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama Državne zajednice Srbija i Crna Gora, Službeni list SCG, br. 6/2003

6 Videti Obrazloženje Nacrta Zakona o zaštiti prava na sudjenje u razumnom roku, dostupno na sajtu: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

je, kako je često isticano i u odlukama Evropskog suda, nedostajalo delotvorno pravno sredstvo za zaštitu ovog prava, što je uticalo na donošenje posebnog zakona (Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku).⁷ Ova materija je pomenutim Zakonom sistematski uređena na celovit način radi obezbeđenja efikasnijeg suđenja i izbegavanja ili smanjenja potrebe za traženjem zaštite zbog povrede garantovanih ljudskih prava pred ESLJP.

2. Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u oblasti porodičnih odnosa pred Evropskim sudom za zaštitu ljudskih prava

Mnogobrojne presude ESLJP donete u sporovima protiv Srbije odnose se na povredu prava na suđenje u razumnom roku u oblasti porodičnih odnosa, od kojih ćemo se osvrnuti na neke. Naime, postupci za ostvarivanje prava iz oblasti porodičnih odnosa pred srpskim sudovima koji su završili pred Evropskim sudom su trajali po nekoliko godina (od četiri godine do 13 godina i 6 meseci), iako Porodični zakon⁸ (u daljem tekstu PZ) predviđa da je postupak u vezi sa porodičnim odnosima hitan ako se odnosi na dete ili roditelja koji vrši roditeljsko pravo, što znači da bi sud, po pravilu, trebalo da ga sprovede na najviše dva ročišta (čl. 204 st. 1 i 3 PZ). Prvo ročište bi trebalo zakazati tako da se održi u roku od 15 dana od dana kada su tužba ili predlog primljeni u sudu, a drugostepeni sud je dužan da donese odluku u roku od 30 dana od dana kada mu je dostavljena žalba (čl. 204 st. 4 i 5 PZ).

Pored toga, Porodični zakon predviđa da su pojedini postupci u vezi sa porodičnim odnosima naročito hitni, kao što je postupak za zaštitu prava deteta i postupak za lišenje roditeljskog prava (čl. 269 st. 1 PZ), postupak u sporu za izdržavanje, bez obzira ko su poverilac i dužnik izdržavanja (čl. 280 st 1 PZ) i postupak u sporu za zaštitu od nasilja u porodici (čl. 285 st. 1 PZ). To znači da se prvo ročište zakazuje tako da se održi u roku od osam dana od dana kada je tužba primljena u sudu, dok je drugostepeni sud dužan da donese odluku po žalbi u roku od 15 dana od dana kada mu je žalba dostavljena (čl. 269 st. 2 i 3, čl. 280 st. 2 i 3 i čl. 285 st. 2 i 3 PZ). Slično je predviđeno i Zakonom o izvršnom postupku iz 2000. i 2004. g. kao i Zakonom o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. g., koji sadrže načelo hitnosti postupka izvršenja.⁹

⁷ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, Službeni glasnik R. Srbije, br. 40/2015 od 7. maja 2015, a stupio je na snagu 1. januara 2016. godine.

⁸ Porodični zakon Republike Srbije, Službeni glasnik R. Srbije br. 8/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015)

⁹ Prema Zakonu o izvršnom postupku iz 2000. g. (Sl. list SRJ br. 28 od 30. juna 2000; 73/2000, 71/01), prema Zakonu o izvršnom postupku iz 2004. g. (Sl. glasnik br. 125/2004. g.) kao i prema Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. g. (Službeni glasnik R. Srbije br. 106/2015 i 106/2016 (autentično tumačenje) bilo je, i još uvek je, predviđeno načelo hitnosti izvršnog postupka. Prema ZIP iz 2000. g. (čl. 4 i 10) i 2004. g. (čl. 5) postupak je hitan i o predlogu za izvršenje sud je dužan da odluči u roku od tri dana od dana podnošenja predloga a o prigovoru, a po Zakonu iz 2000.g. (čl. 10) u roku od 15 dana od dana podnošenja prigovora. Prema Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2015. g. sud i javni izvršitelj su dužni da o zahtevu ili predlogu stranke ili drugog lica odluče u roku od osam dana i da donetu odluku otpreme u narednih pet radnih dana, ako tim Zakonom nije predviđen kraći ili duži rok (čl. 15 st. 4 ZIO), dok nepostupanje sudije u zakonom predviđenim rokovima za donošenje odluka predstavlja disciplinski prekršaj za sudije (čl. 16) a nepostupanje sudija prvostepenog ili drugostepenog

Što se tiče predmeta koji su pokrenuti pre stupanja na snagu Porodičnog zakona iz 2005. g., tada važeći Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1980. g.¹⁰ (ZBPO) je predviđao da je sud dužan da hitno rešava sporove o izdržavanju i da po službenoj dužnosti dostavlja pravnosnažnu presudu izvršnom sudu (čl. 310b ZBPO), zatim da sud, prilikom sprovođenja prinudnog izvršenja odluke o predaji deteta roditelju ili drugom licu, odnosno organizaciji kojoj je dete povereno na čuvanje i vaspitavanje vodi računa o hitnosti postupka i o potrebi da se u najvećoj meri zaštiti ličnost deteta (čl. 390 i 391).

Treba zatim istaći da važeći PZ u prelaznim i završnim odredbama predviđa da će se sudski odnosno upravni postupak koji je pokrenut po odredbama ZBPO nastaviti prema odredbama PZ ukoliko do dana početka primene PZ nije doneta prvostepena odluka (čl. 357 st 2 PZ). Ukoliko pak, prvostepena presuda doneta po ZBPO posle početka primene Porodičnog zakona bude ukinuta, dalji postupak će se takođe voditi preme odredbama PZ (čl. 357 st. 4 PZ). To znači da se i na mnoge slučajeve koji su se našli pred ESLJP primenjivao sada važeći PZ iako su postupci bili pokrenuti po ranijem zakonu, pa je i za njih važilo pravilo o hitnosti i naročitoj hitnosti.

Međutim, i pored toga, predviđena pravna sredstva nisu bila delotvorna i nisu uticala na sudove da povedu više računa o poštovanju ljudskih prava višestruko garantovanih Ustavom, Konvencijom o ljudskim pravima i domaćim zakonima.

2.1. Pojedini slučajevi pred ESLJP protiv Srbije

2.1.1. U slučaju Bulović protiv Srbije¹¹ opštinski sud u Somboru je marta 1994. g. doneo odluku kojom obavezuje bivšeg supruga podnositeljke predstavke da plaća supružansko izdržavanje, počev od decembra 1993. g. zajedno sa dospelim kamatama. Presuda je postala pravnosnažna u maju 1994. g., ali nije realizovana sve do aprila 2007. godine, iako je podnositeljka predstavke pokrenula postupak za izvršenje pomenute presude u septembru 1996. g.¹² Postupak za ostvarivanje prava na supružansko izdržavanje posle razvoda braka je u ovom slučaju trajao 11 godina, što je nesumnjivo izuzetno dug period, iako je i prema tada važećem Zakonu o izvršnom postupku, prvo iz 2000. a zatim 2004. godine izvršni sud bio obavezan da postupa hitno. ESLJP je naglasio da se izvršenje sudske presude mora smatrati

suda po prigovoru ili žalbi u rokovima koji su predviđeni Zakonom uzima u obzir u postupku zaštite prava na sudjenje u razumnom roku, o čemu je predsednik suda posebno dužan da vodi računa (čl. 17 st. 1 i 2 ZIO).

10 Sl. glasnik SR Srbije br. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/01.

11 Bulović protiv Srbije, predstavka br. 14145/04. Predstavka je podneta protiv Državne zajednice Srbija i Crna Gora, ali je od 3. juna 2006. g. posle Deklaracije o nezavisnosti Crne Gore Srbija ostala kao isključiva Visoka strana ugovornica u postupcima pred Evropskim sudom. Presuda po predstavci je doneta 1. aprila 2008. g., videti na sajtu: <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>.

12 U slučaju Bulović protiv Srbije sudski izvršitelji su tek u martu 2007. g. pokušali prinudno izvršenje ali nisu uspeali jer su prostorije dužnika bile zaključane. Sledećeg meseca tj. u aprilu 2007. g. dužnik izdržavanja obaveštava sudske izvršitelje da je u potpunosti izmirio svoj dug, tako da i podnositeljka predstavke u maju 2007. g. povlači svoj zahtev za izvršenje koji je podnela Opštinskom sudu, navodeći da je dužnik izmirio dug zajedno sa troškovima i kamatom.

sastavnim delom suđenja u svrhe čl. 6 Konvencije, a na državi je da preduzme sve neophodne mere kako bi pravnosnažna sudska odluka bila izvršena, tako da je Sud jednoglasno doneo oduku u korist podnositeljice predstavke, a na štetu države Srbije, zbog povrede prava iz čl. 6 st. 1 Konvencije, jer država nije obezbedila efikasno pravno sredstvo za brzo izvršenje pravnosnažne presude donete u korist podnositeljke predstavke. Zahtev podnositeljke predstavke za pravično zadovoljenje je odbijen, jer ga nije blagovremeno podnela.

2.1.2. Postupak za razvod braka, poveravanje deteta i izdržavanje u slučaju V.A.M. protiv Srbije¹³ pokrenut je pred Četvrtim Opštinskim sudom u Beogradu 11. februara 1999. g., a do okončanja postupka pred ESLJP, marta 2007. g. još uvek nije bio završen ni postupak pred prvostepenim sudom. Za osam godina trajanja postupka, majka koja je bila HIV pozitivna nije uspela da ostvari kontakte sa svojim detetom, jer Opštinski sud nije uspeo da obezbedi zaštitu prava na suđenje u razumnom roku kao ni prava na privatni i porodični život, iako je podnositeljka predstavke uložila sve razumne napore da ubrza postupak, sem jednog jedinog odlaganja postupka, koji, međutim, nisu doveli do rezultata¹⁴. Sud primećuje da uzajamno uživanje

13 V.A.M. protiv Srbije, broj predstavke 39177/05, presuda doneta 13. marta 2007. g., videti na sajtu: <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>.

14 Podnositeljka predstavke i tuženi su sklopili brak 1994. g. a 1995. g. im se rađa kćerka. Bračni problemi počinju 1998. g. jer se podnositeljka predstavke zarazila HIV virusom. Krajem 1998. g. zajednica života između podnositeljke predstavke i tuženog prestaje. Tuženi odvodi kćerku kod svojih roditelja onemogućavajući kontakte podnositeljke predstavke sa kćerkom koja 11. februara 1999. g. podnosi tužbu za razvod braka i traži poveravanje i izdržavanje deteta. Tuženi međutim, često menja adresu pa i prebivalište, da bi onemogućio kako prijem sudskog poziva tako i svaki kontakt podnositeljke predstavke i njihove kćerke. Do oktobra 2005. g. sud je odložio 15 ročišta da bi tek u novembru iste godine tuženom prvi put bio propisno dostavljen sudski poziv kao i tužba podnositeljke predstavke, i to u Kotoru u Crnoj Gori i zakazano sledeće ročište za 23. decembar 2005. g. Dva dana pre početka ročišta advokat podnositeljke predstavke obaveštava sud da ona neće moći da dodje na ročište. Podnositeljka predstavke se žalila na pristranost sudije koja je predsedavala sudskim Većem i na njen nepravilan rad i još 2003. g. tražila njeno izuzeće. Početkom 2006. g. predsedavajuća sudija je zamenjena, a predmet stavljen pod nadzor specijalnog odbora Opštinskog suda za porodične odnose. Godine 1999. a potom i 2001. tri različite medicinske ustanove izdaju istovetna medicinska mišljenja da se podnositeljka predstavke uspešno leči i da nema razloga da joj se ne dopusti da vidi svoju kćerku. Prema navodima iz presude izgleda da je u martu 2006. g. Opštinski sud održao ročište u odsustvu tuženog, kome je sudski poziv bio dostavljen na jednu od njegovih adresa u Beogradu. U međuvremenu podnositeljka predstavke saznaje da je tuženi preregistrovao svoje preduzeće u Beogradu, čiji je direktor, tako da sud maja 2006. g. traži od Agencije za privredne registre i poreskih organa podatke o prihodima tuženog kao i o tome da li je on vlasnik, osnivač, direktor ili zamenik direktora tog preduzeća. U junu 2006. g. sud dobija odgovor da je tuženi direktor konkretnog preduzeća, te krajem juna 2006. zakazuje sledeće ročište. Sudski poziv za ročište je upućen i na njegovu adresu u Beogradu i u Kotoru, preko policijske uprave Beograda i Kotora. Pre toga, 15. juna 2006. g. Opštinski sud je dodelio privremeno vršenje roditeljskog prava podnositeljki predstavke i naložio tuženom da joj preda dete do donošenja konačne odluke. Svoju odluku sud je potkrepio činjenicom da je tuženi od početka postupka stavio do znanja da neće dozvoliti kontakte kćerke sa podnositeljkom predstavke zbog straha da je ne zarazi HIV-om, da je podnositeljka predstavke ozbiljan i odgovoran roditelj čije je zdravstveno stanje stabilno i ne predstavlja nikakvu opasnost po kćerku i da je tuženi izbegavao da primi sudske pozive i menjao adrese kako bi sprečio kontakte majke i kćerke, čime je zanemario interese deteta. Tuženi ni ovaj nalog suda ne izvršava već podnosi žalbu Okružnom sudu, koji novembra 2006. ukida meru Opštinskog suda i nalaže preispitivanje privremenog vršenja roditeljskog prava od strane podnositeljke predstavke.

roditelja i deteta u međusobnom kontaktu predstavlja suštinski element “porodičnog života” u smislu člana 8 Konvencije i da taj član za roditelje obuhvata pravo na to da budu preduzeti koraci kako bi se oni ponovo spojili sa svojom decom i obavezu nacionalnih vlasti da omoguće takva ponovna spajanja. Kako vlasti Srbije nisu preduzele sve primerene i delotvorne napore u cilju izvršenja privremene mere o pristupu detetu Sud je jednoglasno odlučio da je došlo do povrede prava iz čl. 6 st. 1, čl. 8 i čl. 13 Konvencije.

2.1.3. U predmetu Nemet protiv Srbije¹⁵ radi se o postupku za deobu zajedničke imovine supružnika, koji je pred Opštinskim sudom u Novom Sadu pokrenut početkom juna 1996. g. Pošto predmet nije bio rešen do marta 1999. g. a bivša supruga je u međuvremenu otuđila predmete iz zajedničke imovine, podnosilac predstavke pokreće novi sudski postupak protiv lica koje je pribavilo predmetnu imovinu, tako da Sud oba predmeta spaja u jedan. U julu 2005. g. Sud određuje veštaka, koji međutim do kraja februara 2007. g. (dakle za godinu dana i sedam meseci) nije dostavio svoje mišljenje. U martu 2008. g. Opštinski sud delimično usvaja predlog podnosioca predstavke, ali Okružni sud krajem januara 2009. g. ukida tu presudu i vraća predmet na ponovno suđenje. U decembru 2009. g. kada je pokrenut postupak pred ESLJP predmet je još uvek bio u postupku pred prvostepenim sudom, iako je od njegovog pokretanja prošlo 13 godina i šest meseci. Evropski sud stoga jednoglasno utvrđuje da je zbog tako dugog trajanja postupka došlo do povrede prava iz čl. 6 st. 1 i čl. 13 Konvencije.¹⁶

2.1.4. U slučaju Dimitrijević i Jakovljević protiv Srbije¹⁷ podnositeljke predstavke su kćerka i majka, koje su se žalile zbog prekomerno dugog trajanja parnice za izdržavanje deteta. U ovom slučaju postupak za ostvarivanje prava na izdržavanje trajao je skoro pet godina, uprkos naročitoj hitnosti postupka koja je predviđena Porodičnim zakonom¹⁸. Evropski sud je stoga jednoglasno usvojio predstavku i utvrdio povredu prava iz čl. 6 st. 1 Konvencije.

Podnositeljka predstavke u julu 2006. podnosi protiv tuženog tužbu za lišenje roditeljskog prava, po kojoj u vreme donošenja odluke pred Evropskim sudom još nije bilo odlučeno, kao ni o ostalim spornim pitanjima. Sud je jednoglasno odlučio da je država Srbija dužna da isplati podnositeljki predstavke 15.000 eura na ime nematerijalne štete i 4350 evra na ime troškova, sa eventualnim troškovima poreza i pripadajućim kamatama, sve preračunato u nacionalnu valutu po kursu važećem na dan namirenja.

15 Nemet protiv Srbije, broj predstavke 22543/05, presuda doneta 8. decembra 2009. g., <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>.

16 Država Srbija je osuđena da isplati podnositelju predstavke 2000 eura na ime naknade nematerijalne štete i 600 eura za troškove, sa eventualnim porezom i pripadajućim kamatama, sve preračunato u nacionalnu valutu po kursu važećem na dan namirenja.

17 Dimitrijević i Jakovljević protiv Srbije, predstavka br. 34922/07, presuda doneta 19. januara 2010. g., <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>.

18 Otac prve podnositeljke predloga M.D. je podneo tužbu za razvod braka protiv druge podnositeljke predloga Opštinskom sudu u Nišu maja 2003. g. Podnositeljke predloga potom u februaru 2004. g. podnose protivtužbu i traže izdržavanje za prvu podnositeljku predstavke tj. kćerku tužioca. Januara 2005. godine Opštinski sud je razveo brak, majci poverio vršenje roditeljskog prava i obavezao oca da plaća mesečno izdržavanje za kćerku. Zbog propusta Opštinskog suda u dostavi presude, podnositeljke predstavke podnose žalbu tek aprila 2007. g. Okružni sud u Nišu u septembru iste godine ukida presudu

2.1.5. U slučaju Felbab protiv Srbije postupak za ostvarivanje prava na kontakte sa decom je trajao preko osam godina, za koje vreme podnositelj predstavke nije mogao da ostvari svoje roditeljsko pravo na viđanje i kontakt sa decom koje mu je priznato presudom, već ih je viđao povremeno, slučajno a ne u skladu sa pravom priznatim u presudi. Sud primećuje da uzajamno uživanje roditelja i deteta u međusobnom kontaktu predstavlja suštinski element “porodičnog života” u smislu člana 8 Konvencije i da on uključuje i pravo roditelja na mere koje će im omogućiti ponovno spajanje sa detetom i obavezu državnih organa da olakšaju ta ponovna spajanja. Sud zatim, podseća na ustanovljenu praksu tog Suda da se članom 6 Konvencije, između ostalog, štiti sprovođenje pravnosnažnih, obavezujućih sudskih odluka, koje u državama koje usvajaju vladavinu prava, ne mogu ostati neizvršene na štetu jedne strane. Po mišljenju suda organi Srbije u tom smislu nisu učinili sve što je u njihovoj moći i što se od njih moglo opravdano očekivati. Stoga je, na osnovu svih okolnosti ovog vrlo složenog slučaja, sa jednim glasom protiv, doneo odluku da je došlo do povrede prava na pravično suđenje iz čl. 6 st. 1, prava na poštovanje privatnog i porodičnog života iz čl. 8 i pravo na delotvoran pravni lek iz čl. 13 Konvencije¹⁹.

u delu koji se odnosi na izdržavanje i vraća predmet na ponovno suđenje. Nakon četiri održana ročišta Opštinski sud delimično usvaja žalbu i decembra 2007. g. donosi presudu u korist podnasteljke predstavke. M. D se žali na presudu ali Okružni sud potvrđuje presudu Opštinskog suda krajem februara 2008. g. Pošto nije obezbedila ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku Država Srbija je osudjena da plati naknadu za pretrpljenu nematerijalnu štetu u iznosu od 1300 eura sa troškovima eventualnog poreza i pripadajućih kamata, sve preračunato u nacionalnu valutu po kursu važećem na dan namirenja. Zahtev za naknadu troškova postupka je odbačen, jer je podnositeljka predstavke dosuđeno 850 evra na osnovu pravne pomoći Saveta Evrope.

19 Podnosilac predstavke N.F. podneo je avgusta 1999. g. tužbu za razvod braka Opštinskom sudu u Zrenjaninu, nakon što ga je supruga u aprilu 1998. g. napustila, a decu nije povelala sa sobom. Istom tužbom je tražio i poveravanje dece i izdržavanje za njih. U januaru 2000. g. majka M.F. je provela nekoliko dana sa decom, posle čega ih nije vratila podnositelju predstavke. Početkom juna 2000. g. sud je razveo brak, decu poverio majci, a podnositelju predstavke priznao pravo na viđanje dece u određenim terminima i obavezao ga na plaćanje dečijeg izdržavanja. Presuda je postala pravnosnažna krajem septembra 2000. g. Šest godina kasnije, početkom avgusta 2006. g. podnositelj predstavke podnosi tužbu Opštinskom sudu radi poveravanja dece i izmene odluke o izdržavanju, koju početkom februara 2007. g. povlači u odnosu na jedno dete. U međuvremenu, krajem avgusta 2006. g. je i majka M.F. podnela tužbu kojom traži izmenu odluke o pravu podnosioca predstavke da viđa decu. Sud u septembru 2006. g. spaja oba postupka i u aprilu sledeće godine donosi presudu kojom se deca poveravaju majci, a pravo podnosioca predstavke da viđa decu ograničava u odnosu na prethodnu presudu. U periodu od 2000. g. do marta 2007. g. kada se podnositelj predstavke obratio Evropskom sudu, majka je odbijala da dozvoli podnositelju predstavke da viđa decu, tako da je on krajem septembra 2000. g. pokrenuo izvršni postupak kako bi mogao redovno da ih viđa. Sve vreme je majka dece onemogućavala redovne kontakte dece sa podnositeljem predstavke, iako je u međuvremenu, do 2007. g. centar za socijani rad ustanovio da je kćerka Z.F. povremeno u kraćem periodu živela kod oca, da je i sin N.F. kratko vreme kod njega živio, ali je majka uspevala da ih vrati da žive sa njom. Centar je istovremeno primetio da se ne može zaključiti da podnosilac predstavke ima pozitivan uticaj na kćerku koja je u kasno leto 2005. g. i u aprilu 2006. g. pobešla od majke da bi živela kod oca. Posto je ESLJP utvrdio povredu prava iz čl. 6 st. 1, čl. 8 i čl. 13 Konvencije obavezao je državu Srbiju da podnosiocu predstavke isplati na ime naknade nematerijalne štete iznos od 4000 eura sa troškovima eventualnog poreza i pripadajućih kamata, sve preračunato u nacionalnu valutu po kursu važećem na dan namirenja.

2.1.6. U predmetu Jevremović protiv Srbije²⁰ postupak utvrđivanja vanbračnog očinstva je trajao skoro osam godina, od juna 1999. g. do maja 2007. g. Tuženi je bio poznati pevač iz Beograda, koji je nastojao da odlaganjem i odugovlačenjem postupka, što su mu sudovi potpuno neosnovano dopuštali, izbegne donošenje odluke o očinstvu, da bi 2007. g. nakon što su podnositeljke predstavke već podnele predstavku Evropskom sudu, Vrhovni sud konačno doneo odluku kojom se utvrđuje da je tuženi otac podnositeljke predstavke. Evropski sud je u svojoj odluci naglasio da u postupcima pred domaćim sudovima nije postignuta pravična ravnoteža između prava podnositeljke predstavke da se njena neizvesnost po pitanju identiteta otkloni bez nepotrebnog odlaganja i prava njenog navodnog oca da ne uradi DNK analizu, tako da zaštita interesa u pitanju nije bila proporcionalna. Sud ističe i da je dužina spornog postupka utvrđivanja očinstva ostavila prvu podnositeljku predstavke u stanju produžene neizvesnosti u vezi sa njenim identitetom i da su srpski organi propustili da joj obezbede poštovanje privatnog života, čime je došlo do povrede čl. 8 Konvencije. Zbog toga ESLJP utvrđuje da je došlo do povrede prava iz čl. 6 st.1, čl. 8 i čl. 13 Konvencije, jer u domaćem pravu nije postojalo efikasno pravno sredstvo kojim bi se obezbedilo izvođenje dokaza, što je omogućilo tuženom da zloupotrebljava i izigrava domaće zakone, uz neshvatljivo razumevanje i blagonaklonost Okružnog suda²¹.

2.1.7. U predmetu Tomić protiv Srbije²² radi se o postupku izvršenja odluke o poveravanju deteta posle razvoda braka, koji je trajao skoro šest godina. Brak podnositeljke predstavke je razveden u julu 2001. g. pred Opštinskim sudom u Krupnju, dok je postupak za poveravanje deteta i njegovo izdržavanje nastavljen do marta 2006. g. kada Vrhovni sud Srbije potvrđuje odluku Okružnog suda u Šapcu i Opštinskog suda u Krupnju, kojima se kćerka poverava majci, a otac obavezuje da plaća 10% zarade na ime izdržavanje kćerke. Međutim, presuda o poveravanju

20 Jevremović protiv Srbije, predstavka br. 3150/05, po kojoj je presuda doneta 17. jula 2017. g., <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>.

21 Podnositeljke predstavke su u junu 1999. g. podnele tužbu Opštinskom sudu u Beogradu, koji je, zbog brojnih odlaganja ročišta od strane tuženog i izbegavanja podvrgavanja DNK analizi, tek krajem februara 2002. g., na osnovu krvne ekspertize koja je ukazivala sa 97,14% verovatnoće, doneo odluku u korist podnositeljki predstavke, utvrdio da je tuženi otac deteta i obavezao ga na plaćanje izdržavanja. Nakon toga u oktobru 2002. g. sledi žalba tuženog, koju Okružni sud, kao drugostepeni, usvaja i vraća predmet na ponovno suđenje. U ponovljenom postupku tuženi opet izbegava i ročišta i podvrgavanje DNK analizi, tako da Opštinski sud u novembru 2003. g. ponovo donosi odluku kojom utvrđuje očinstvo tuženog. Tuženi podnosi novu žalbu u aprilu 2004. g. koju Okružni sud opet usvaja i vraća predmet na ponovno suđenje. Situacija sa odugovlačenjem postupka i neodazivanjem na DNK analizu od strane tuženog se ponavlja, tako da Opštinski sud krajem juna 2006. g. donosi novu odluku u korist podnositeljki predstavke. U septembru iste godine tuženi podnosi žalbu Okružnom sudu koji krajem decembra te 2006. g. potvrđuje pobijanu odluku Opštinskog suda. U martu 2007. g. tuženi podnosi reviziju Vrhovnom sudu, koji početkom maja donosi odluku u korist podnositeljki predstavke, u pogledu očinstva tuženog. Država je u ovom slučaju po odluci Suda dužna da isplati naknadu nematerijalne štete prvoj podnositeljki predstavke, kćerki tuženog u iznosu od 5000 evra a drugoj podnositeljki predstavke u iznosu od 1000 evra sa troškovima eventualnog poreza i uz pripadajuće kamate, sve preračunato u nacionalnu valutu po kursu važećem na dan namirenja.

22 Tomić protiv Srbije, br. predstavke 25959/06, presuda doneta 26. juna 2007. g., <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>.

deteta na negu, podizanje i vaspitanje majci nije bila izvršena sve 14. do marta 2007. g. kada je, na osnovu zahteva oca za promenu odluke o poveravanju deteta, postala pravnosnažna presuda o poveravanju deteta ocu. Sud zaključuje da je uprkos polju slobodne procene tužene države neizvršavanje prava podnositeljke predstavke na negu, čuvanje i vaspitanje utvrdjenog presudom Opštinskog suda od 25. februara 2004. g. dovelo do povrede njenog prava na poštovanje porodičnog života zagarantovnog čl. 8 Konvencije i u svojoj presudi, između ostalog, ističe da organi Srbije nisu učinili sve što je u njihovoj moći i što se od njih moglo opravdano očekivati kako bi omogućili ponovno spajanje podnositeljke predstavke i njene kćerke, te stoga jednoglasno odlučuje da je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku iz čl. 6 st. 1, čl. 8 i prava na delotvoran pravni lek iz čl. 13 Konvencije²³.

2.1.8. I u slučaju Veljkov protiv Srbije²⁴ radi se o zahtevu za vršenju roditeljskog prava podnositeljke predstavke koji je trajao više od 5 godina i u vreme donošenja odluke Evropskog suda još nije bio okončan pred domaćim sudovima. Kako domaći ograni nisu uspeli da obezbede brz završetak postupka za vršenje roditeljskog prava i prava na redovne kontakte podnositeljke predstavke sa svojom kćerkom, Evropski sud je doneo odluku sa šest glasova za i jednim protiv da je došlo do povrede čl. 6 st. 1 Konvencije²⁵.

23 Pošto je počev od juna 2001. g. kćerka podnositeljke predstavke živela kod oca i njegovih roditelja u Krupnju, podnositeljka predstavke u martu 2005. g., nakon pravnosnažnosti odluke o poveravanju deteta, traži izvršenje presude kojom joj je dete povereno. U roku od nedelju dana Opštinski sud usvaja ovaj zahtev i nalaže ocu da dete preda majci u roku od tri dana, pod pretnjom kazne a potom i prinudnog izvršenja uz saradnj Centra za socijalni rad ako dete ne bude dobrovoljno predato majci. Sredinom aprila Okružni sud potvrđuje ovu odluku. Nakon toga Opštinski sud zakazuje ročište za predaju deteta za kraj maja 2005. g. koje međutim nije ni održano jer je otac izjavio da ne može da dodje na ročište, tako da se ni podnositeljka predstavke na njemu ne pojavljuje. Sledeće ročište se održava u junu 2005. g. na kome se otac pojavljuje ali nije predao dete majci. Psiholog Centra za socijalni rad, koji je prisustvovao istom ročištu, ističe da predaja ne treba da se izvrši nasilno nego da dete treba postepeno pripremati za promenu starateljstva. Otac deteta pristaje da omogućući susret deteta sa majkom odmah nakon ročišta ali to ne izvršava, zbog čega ga Opštinski sud kažnjava sa 20.000 din (u to vreme oko 240 eura), a što Okružni sud po žalbi potvrđuje 20. juna 2005. g. Presuda o poveravanju deteta na negu, podizanje i vaspitanje majci nije bila izvršena sve 14. do marta 2007. g. kada je na osnovu zahteva oca za promenu odluke o poveravanju deteta postala pravnosnažna presuda o poveravanju deteta ocu. U međuvremenu je otac deteta u više navrata bio osudjen na plaćanje novčane kazne zbog neizvršenja odluke o predaji deteta majci, prvo u iznosu od oko 240, a zatim oko 594 i 690 eura, koje izgleda nikada nisu bile izvršene, jer je podnositeljka predstavke pokrenula i krivični postupak protiv knjigovodje škole kojoj je tužen radio, zbog neizvršenja. Podnositeljka predstavke je svo vreme uporno nastojala da se predusa o poveravanje deteta izvrši, podnosila i krivične prijave protiv oca, koje su po pravilu bile odbačene, tako da nije uspeła da ostvari svoje pravo da joj dete bude predato, a i kontakte sa kćerkom je mogla da ostvaruje retko i na kratko vreme, u prostorijama Centra za socijalni rad u Krupnju samo do marta 2005. g. posle kod datuma više nije vidjela svoju kćerku. Sud stoga dosuđuje podnositeljki predstavke 10.000 eura zbog pretrpljene nematerijane štete kao i 950 eura na ime troškova postupka, sa eventualnim troškovima poreza i pripadajućim kamatama, sve preračunato u nacionalnu valutu po kursu važećem na dan namirenja.

24 Veljkov protiv Srbije, broj predstavke 23087/07, presuda doneta 19. aprila 2011., <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>.

25 Podnositeljka predstavke je živela sa tuženim u Beogradu od maja 2001. g. do januara 2006. g. kada ga napušta zbog psihičkog zlostavljanja i prelazi da živi kod svojih roditelja u Jadranskoj Lešnici

2.1.9. U predmetu M. V. protiv Srbije²⁶ radi se o preterano dugom trajanju postupka za ostvarivanje prava na izdržavanje deteta. Tužba za ostvarivanje prava na izdržavanje od biološkog oca je podneta Drugom opštinskom sudu u Beogradu u aprilu 2003. g. Postupak je trajao oko pet i po godine, s tim što u vreme obraćanja Evropskom sudu još uvek nije bio okončan, i pored činjenice da se podnositelj predstavke odnosno njegova majka kao zakonska zastupnica tokom postupka obraćala raznim državnim organima zbog odugovlačenja postupka, što međutim nije dalo nikakve rezultate²⁷.

(opština Loznica). Kćerka, koja se rodila 2002. g. je nastavila da živi sa ocem. Podnositeljka predstavke u februaru 2006. g. podnosi tužbu Prvom Opštinskom sudu u Beogradu radi vršenja roditeljskog prava i izdržavanja deteta. 1. marta 2006.g. i tuženi podnosi tužbu istom sudu takođe radi vršenja roditeljskog prava i izdržavanja deteta. Opštinski sud u maju 2006. g. pribavlja mišljenje Centra za socijalni rad u kome se navodi da vršenje roditeljskog prava treba da bude povereno majci, koja odmah zatim postavlja zahtev sudu da donese privremenu meru kojom se uređuje njeno pravo na kontakte sa detetom. Početkom juna iste godine i tuženi traži od suda da donese privremenu meru kojom se vršenje roditeljskog prava poverava njemu. Opštinski sud spaja oba predmeta u jedan tek krajem aprila 2007. g, posle nešto više od godinu dana od podnošenja odvojene tužbe tuženog. U međuvremenu, sredinom juna 2006. g. Opštinski sud nalaže tuženom da omogući vidjanje podnositeljke predstavke i njene kćerke tako što će je dovesti u Centar za socijalni rad u Loznici svakog poslednjeg petka u mesecu u 14 časova i preuzeti je od podnositeljke predstavke sledećeg petka u Beogradu, u isto vreme. Tuženi se žali na rešenje o ovoj privremenoj meri. Njegova žalba je prosleđena Okružnom sudu u Beogradu krajem avgusta 2006. g., koji 14. septembra odbija žalbu i potvrđuje odluku o privremenoj meri od 15. juna 2006. g. Tuženi je zatim stavio prigovor na mišljenje Centra za socijalni rad o ostrarivanju kontakata podnositeljke predstavke i deteta, koje je usvojeno tako da Opštinski sud 11. decembra 2006. g. donosi novo rešenje o privremenoj meri kojom se pravo na vidjanje ograničava na dva sata petkom u prostorijama Centra za socijalni rad Palilula u Beogradu. Podnositeljka predstavke se žali na ovo rešenje a nakon toga obaveštava Opštinski sud da neće ići u Beograd da se vidi sa kćerkom jer se plaši nasilničkog ponašanja tuženog. Kasnije je istakla i da nema novaca da plaća troškove radi ostvarivanja tih kontakata. Ročišta za poveravanje deteta radi vršenja roditeljskog prava se odlažu zbog raznih razloga (reforma sudstva, štarjk advokata i sl.), a podnositeljka predstavke ističe da retko vidja svoju kćerku, nije imala kontakt sa njom od 7. jula 2006. do 1. oktobra 2008. g, dakle više od dve godine. Podnositeljka predstavke je podnela i zahtev za lišenje roditeljskog prava tuženog u decembru 2006.g. a zatim i on podnosi takav zahtev protiv nje, nakon čega dolazi do spajanja postupaka ali nema podataka da li je taj postupak okončan ni kakav mu je ishod. U septembru 2007. g. podnositeljka predstavke pokreće i postupak za zaštitu od nasilja u porodici protiv tuženog, tvrdeći da joj on preti i da se zbog toga plaši da dolazi na zakazano vidjanje sa kćerkom. Prvostepeni sud decembra 2007. g. donosi odluku u njenu korist, ali se tuženi žali tako da ni taj postupak još nije bio završen u vreme donošenja odluke ESLJP. Zbog očigledno dugog trajanja postupka Sud donosi odluku da je država dužna da plati 2.600 evra na ime nematerijalne štete i 1300 evra na ime naknade troškova postupka, sa eventualnim troškovima poreza i pripadajućim kamatama, sve preračunato u nacionalnu valutu po kursu važećem na dan namirenja.

26 M.V. protiv Srbije, broj predstavke 45251/07, presuda doneta 22. septembra 2009. g., <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>.

27 Naime, u predstavi se ističe da je podnositelj predstavke M.V. rođen 2002. g. a tužba za ostvarivanje prava na izdržavanje od biološkog oca je podneta Drugom opštinskom sudu u Beogradu u aprilu 2003. g. Na osnovu predloga podnositelja predstavke od januara 2004.g. Sud početkom februara izriče privremenu meru za izdržavanje, koju Okružni sud krajem novembra 2004. g. ukida. Do sredine maja 2005. g. bilo je zakazano pet ročišta od kojih je održano samo jedno, zbog sprečenosti postupajućeg sudije. Nakon toga, između juna 2005. g. i oktobra 2006. g. bilo je zakazano ili odloženo još 13 ročišta, pri čemu su tek u februaru 2006. g. podnosilac predstavke odnosno njegova zakonska zastupnica i tuženi prvi put saslušani. U decembru 2006. godine Drugi opštinski sud donosi odluku kojom delimično usvaja tužbeni zahtev i izdaje privremenu meru o izdržavanju do završetka parničnog

Oktobra 2007. g. podnosilac predstavke se obraća Evropskom sudu, koji primećuje da to nije posebno složena parnica, da obuhvata pitanja od velike važnosti za podnosioca predstavke, a da i Konvencija i relevantno domaće pravo zahtevaju posebnu marljivost u stvarima u vezi sa detetom. Ovaj Sud, stoga, jednoglasno odlučuje da je došlo do povrede prava na sudjenje u razumnom roku iz čl. 6 st. 1 Konvencije i prava na delotvoran pravni lek iz čl. 13.

2.1.10. U slučaju Krivošej protiv Srbije²⁸ radi se o nesposobnosti države da obezbedi ostvarivanje prava majke na kontakte sa kćerkom, nakon razvoda braka, do koga je došlo sredinom novembra 2002. g. Podnositeljka predstavke je podnela tužbu za razvod braka 2000. g. Opštinskom sudu u Nišu, nakon što je avgusta 1999. g. napustila tuženog, iselila se iz zajedničkog domaćinstva u kome je tuženi ostao sa kćerkom. Sud je razveo brak, kćerku poverio ocu, a majku, podnositeljku predstavke, obavezao na plaćanje izdržavanja i odredio termine za vidjanje sa kćerkom²⁹. Svo vreme od razvoda 2002 g. do oktobra 2009. g, dakle u periodu od sedam godina, podnositeljka predstavke nije mogla da ostvaruje redovne kontakte sa svojom kćerkom i žalila se na nesposobnost domaćih sudova da omogućе efikasno ostvarivanje njenog prava na kontakte sa detetom. Sud ukazuje na to da protek vremena može imati nepopravljive posledice za odnose između deteta i roditelja

postupka. Krajem februara 2007. g. Okružni sud ukida ovu presudu i vraća predmet na ponovno sudjenje. Dalje postupak teče tako da je od početka jula 2007 do kraja februara 2008. g. održano tri ročišta dok su dva odložena zbog štrajka i zamene članova sudskog veća. Najzad, krajem februara 2008. g. Drugi opštinski sud donosi presudu kojom delimično usvaja tužbeni zahtev, izdaje privremenu meru o izdržavanju i obavezuje tuženog da plati troškove postupka. Krajem marta 2008. tuženi ulaže žalbu na ovu odluku, koju Okružni sud krajem maja 2008. godine usvaja, smanjuje visinu doprinosa za izdržavanje, odbacuje predlog za donođenje privremene mere o izdržavanju i obavezuje svaku stranku da izmiri svoje troškove postupka. Na ovu odluku podnosilac predstavke početkom avgustu 2008. g. ulaže reviziju, a sredinom istog meseca zahtev za ponavljanje postupka, o kojima još nije bilo odlučeno u vreme obraćanja Evropskom sudu, koji obavezuje državu Srbiju da isplati naknadu nematerijalne štete u iznosu od 1300 eura sa troškovima eventualnog poreza i pripadajućih kamata, preračunato u nacionalnu valutu po kursu važećem na dan namirenja. Troškovi postupka nisu traženi.

28 Krivošej protiv Srbije, broj predstavke 42559/08, presuda doneta 13. aprila 2010. g. videti na sajtu: <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/presude-protiv-srbije>.

29 Tuženi odbija da omogućі kontakte majke sa detetom, i pored toga što je bio i novčano kažnjen zbog sprečavanja tih kontakata između podnositeljke predstavke i kćerke. Početkom aprila 2004. g. Centar za socijalni rad obaveštava Opštinski sud da je podnositeljka predstavke samo kratko mogla da se vidi sa svojom kćerkom u prostorijama Centra. Problemi sa ostvarivanjem prava na kontakte se nastavljaju. U međuvremenu su spisi predmeta u sudu nestali, neutvrđenog dana 2006. g., da bi bili pronadjeni tek oktobra 2008. g. Početkom decembra 2008. g. Centar za socijalni rad je obavestio Opštinski sud da podnositeljka predstavke nije imala kontakte sa kćerkom od septembra 2007. g. kada se tuženi iz Niša preselio u Beograd bez obaveštavanja podnositeljke predstavke o novoj adresi. Opštinski sud zatim, početkom juna 2009. g. dobija obaveštenje od policije o novoj adresi tuženog u Beogradu. Predmet je iz Opštinskog suda u Nišu prosleđen IV Opštinskom sudu u Beogradu. Krajem juna iste godine Opštinski sud utvrđuje da se tuženi nikada nije preselio na pomenutu adresu. Početkom oktobra 2009. g. tuženi obavestava sud o svojoj važećoj adresi, nakon čega sud nalaže da se prethodna odluka, kojom se tuženi novčano kažnjava zbog sprečavanja kontakata sa majkom, izvrši. Zbog neprimereno dugog trajanja postupka ESLJP odlučuje u korist podnositeljke predstavke, a državu Srbiju obavezuje da isplati naknadu nematerijalne štete u iznosu od 7.300 eura, sa troškovima eventualnog poreza i uz pripadajuće kamate, preračunato u nacionalnu valutu po kursu važećem na dan namirenja.

sa kojim dete ne živi kao i na to da organi Srbije nisu učinili sve što je u njihovoj moći, a što se od njih moglo razumno očekivati te da je podnositeljka predstavke pretrpela povredu prava na poštovanje njenog porodičnog života koji je garantovan čl. 8 Konvencije. Zbog toga Evropski sud jednoglasno utvrđuje da je došlo do povrede prava iz čl. 6 st. 1 i čl. 8 Konvencije jer država nije obezbedila delotvorno i brzo izvršenje pravnosnažnog naloga o kontaktu sa detetom, iako je dužna da to sa posebnom marljivošću i pomoću odgovarajućijih sredstava obezbedi, kao što je isticano i u ostalim presudama.

Iz prikazanih odluka se vidi da u mnogima od njih ima dosta propusta sudija, koji potpuno nedopustivo tolerišu mnoge zloupotrebe od strane pojedinih stranaka, ne preduzimaju potrebne mere da se postupak ubrza, ne zamenjuju veštaka koji ne dostavlja svoje mišljenja na vreme već neprimereno dugo čekaju njegove nalaze, odluke o kažnjavanju stranke koja ne izvršava sudske oduke se ne izvršavaju, spisi predmeta se zaturaju i sl., što znači da država nije obezbedila potrebne mehanizme kako bi se zaštitila garantovana ustavna, konvencijska i zakonska prava i zbog čega gubi sporove pred ESLJP.

3. Zakon o zaštiti prava na sudjenje u razumnom roku R Srbije

Povreda prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, prava na sudjenje u razumnom roku i prava na efektivni pravni lek, kao i drugih prava garantovanih Konvencijom, Ustavom, Porodičnim i drugim zakonima, pored toga što dovodi do mnogih ličnih i porodičnih patnji, frustracija i trauma, povlači i značajne budžetske izdatke za državu, o čemu svaka država mora da vodi računa. Jedan od pokušaja da se situacija u tom pogledu unapredi i postupci pred domaćim sudovima ubrzaju je i donošenje Zakona o zaštiti prava na sudjenje u razumnom roku 2015. g. (u daljem tekstu Zakon), ali tome treba da doprinese i znatno rasterećenje sudova prenošenjem dela sudske nadležnosti kako na javne beležnike tako i na javne izvršitelje. Pošto je ovaj Zakon stupio na snagu tek pre nešto više od godinu dana teško je donositi bilo kakve zaključke o njegovoj delotvornosti. Međutim, analiziraćemo sredstva koja su ovim Zakonom predviđena u cilju predupredjenja povreda ovog prava, a samim tim i predupredjenja postupaka pred Evropskim sudom i smanjenja budžetskih izdataka u te svrhe.

Zakon pre svega predviđa da pravo na sudjenje u razumnom ima svaka stranka u sudskom i izvršnom postupku i svaki učesnik po zakonu kojim se uređuje vanparnični postupak, zatim oštećeni u krivičnom postupku, privatni tužilac i oštećeni kao tužilac ako su istakli imovinskopravni zahtev (čl. 2). Javni tužilac kao stranka u krivičnom postupku nema to pravo.

Ono što zakonom nije određeno jeste šta se smatra razumnim rokom u kome bi pokrenuti postupak trebalo da bude završen, odnosno koliko bi on najduže trebalo da traje da bi se smatralo da jeste ili nije došlo do povrede prava na sudjenje u razumnom roku. Zakon samo egzemplifikativno predviđa merila na osnovu kojih treba ceniti da li je sudjenje u konkretnom slučaju trajalo u razumnom roku ili je došlo do njegove povrede. Merila polaze od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja kao

što su predmet sudjenja, složenost činjeničnih i pravnih pitanja, celokupno trajanje postupka i postupanje suda, javnog tužilaštva ili drugog državnog organa, priroda i vrsta predmeta sudjenja ili istrage, značaj predmeta sudjenja ili istrage za stranku, ponašanje stranaka tokom postupka, zatim poštovanje procesnih prava i obaveza, poštovanje redosleda rešavanja predmeta i zakonski rokovi za zakazivanje ročišta i glavnog pretresa, kao i za izradu odluka (čl. 4), ali se ona ne ograničavaju samo na pomenute okolnosti. Moguće je da i neke druge okolnosti utiču na odugovlačenje postupka, što će takodje biti uzeto u obzir. Medjutim iako je svaki sudski predmet slučaj za sebe sa svojim osobenostima i složenošću, pitanje je da li je ipak za porodične sporove trebalo predvideti neke orijentacione rokove i raspone u kojima bi se moglo očekivati da postupak, ma kako složen bio, treba da bude okončan. To je bitno zbog pravne sigurnosti stranaka u ovim posebno osetljivim odnosima kakvi su porodičnopravni odnosi i za izgradnju poverenja u pravnu državu i vladavinu prava u smislu obezbeđenja efektivne zaštite garantovanih porodičnih prava. Bez poverenja u pravni sistem i institucije države i bez obezbeđenja pravne sigurnosti teško se može govoriti o stabilnosti bilo kog sistema.

Što se tiče pravnih sredstava kojima se štiti pravo na sudjenje u razumnom roku, Zakonom su predviđena tri: prigovor radi ubrzanja postupka, žalba i zahtev za pravično zadovoljenje. Prva dva su usmerena na ubrzanje postupka, dok je treće usmereno na pravično zadovoljenje, kada je do povrede ovog prava već došlo. Vrlo je značajno istaći jednu važnu stranu ovog Zakona, a to je da je ovaj postupak besplatan za stranke jer se ne predviđa plaćanje sudske takse za vođenje postupka. Osim toga, predviđeno je i da su ovi postupci hitni i da imaju prvenstvo u odlučivanju (čl. 3 Zakona).

3.1. Prigovor radi ubrzanje postupka i žalba mogu da se podnesu do okončanja postupka, a rešenje kojim se prigovor ili žalba usvajaju ili odbijaju moraju biti detaljno obrazloženi (čl. 5). Pomenuti prigovor mora sadržati sve relevantne podatke na osnovu kojih se može identifikovati predmet povodom koga se traži ubrzanje postupka³⁰. Prigovor se podnosi sudu koji vodi postupak ili pred kojim se vodi postupak ako stranka smatra da je javni tužilac povredio njeno pravo (čl. 7 st. 1)³¹. Postupak po prigovoru vodi i odluku o prigovoru donosi predsednik suda, bez

30 To je npr. podatak o stranci, njenom zastupniku ili punomoćniku, podaci o sudu koji vodi ili pred kojim se vodi postupak ili o javnom tužilaštvu koje sporvodi istragu, poslovni broj predmeta, vreme trajanja sudske postupka i istrage, podaci koji ukazuju na nepotrebno kašnjenje u odlučivanju ili odugovlačenje istrage i potpisi stranke ili njenog zastupnika ili punomoćnika.

31 Uslovljavanje prava na podnošenje prigovora zahtevom da stranka smatra "da je javni tužilac povredio njeno pravo" iz čl. 7 st. 1 Zakona deluje zbunjujuće i nedorečeno, pa se postavlja pitanje da li je trebalo da stoji "ako smatra da je sudija ili javni tužilac povredio njeno pravo" jer ni u jednom od analiziranih slučajeva iz prakse Evropskog suda javni tužilac nije imao nikavog uticaja na trajanje postupka niti ikakve ingerencije u postupku, a ni inače u porodičnim odnosima uloga javnog tužioca nije naročito izražena. Sem toga ni u Nacrtu Zakona o zaštiti prava na sudjenje u razumnom roku se ne pominje da se prigovor podnosi ako stranka smatra da je javni tužilac povredio njeno pravo. Do odugovlačenja postupka u porodičnim odnosima može doći iz raznih razloga, zbog postupanja ili propusta sudija, stranaka, centra za socijalni rad, veštaka i sl. ali javni tužilac jedva da može da utiče na povredu ovog prava.

održavanja usmene rasprave, po pravilima zakona kojim se uređuje vanparnični postupak. Predsednik suda je dužan da donese odluku po prigovoru u roku od dva meseca od prijema prigovora (čl. 7). Odluka se donosi u vidu rešenja, koje može biti doneto bez sprovođenja ispitnog postupka, kada predsednik suda prigovor može odbaciti ili odbiti³² ili nakon njegovog sprovođenja, kada prigovor može odbiti ili usvojiti i utvrditi povredu prava na sudjenje u razumnom roku (čl. 8 i 10). Ispitni postupak započinje zahtevom predsednika suda da mu sudija, predsednik sudskog veća ili javni tužilac dostave izveštaj o vremenskom razvoju postupka i roku u kome postupak može da se okonča (čl. 9). Ako predsednik suda smatra da, na osnovu navoda iz prigovora, treba da prouči spise predmeta, zahtevaće da mu se oni dostave. Sudija, predsednik sudskog veća kao i javni tužilac treba da dostave pomenuti izveštaj u roku od 15 dana ili kraćem roku, ako se radi o hitnim postupcima. Nakon proučavanja izveštaja i spisa predmeta predsednik suda donosi rešenje o odbijanju prigovora ili o njegovom usvajanju i uvrđivanju povrede prava na sudjenje u razumnom roku. Protiv rešenja o usvajanju prigovora ni sudija ni javni tužilac nemaju pravo na žalbu. Ukoliko predsednik suda usvoji prigovor i utvrdi povredu prava na sudjenje u razumnom roku, u svom rešenju će ukazati sudiji ili javnom tužiocu na razloge zbog kojih je povredjeno pravo stranaka i naložiti procesne radnje koje treba preduzeti radi ubrzanja postupka. Rok za preduzimanje tih radnji ne može biti kraći od 15 dana ni duži od četiri meseca. Istim rešenjem predsednik suda određuje i rok u kome sudija treba da ga obavesti o preduzetim radnjama. Predsednik suda može preduzeti i druge mera, kao što je određivanje prvenstva u odlučivanju, oduzimanje predmeta sudiji i poveravanje drugom, ako je pravo stranke povredjeno zbog preopterećenosti sudije ili njegovog dužeg odsustva (čl. 11). U slučaju da je javni tužilac povredio pravo na sudjenje u razumnom roku, što se krajnje retko dešava u postupcima iz oblasti porodičnih odnosa, jer uloga javnog tužioca u tim postupcima nije posebno značajna, predsednik suda dostavlja neposredno višem javnom tužiocu kao i stranci rešenje kojim se prigovor usvaja. Neposredno viši javni tužilac je dužan da u roku od osam dana od prijema rešenja izda obavezno uputstvo javnom tužiocu kojim mu nalaže procesne radnje koje delotvorno ubrzavaju postupak i određuje mu rok u kome je javni tužilac dužan da preduzme naložene procesne radnje. Rok ne može biti kraći od 15 dana ni duži od četiri meseca. Obaveznim uputstvom se određuje i rok u kome je javni tužilac dužan da neposredno višem javnom tužiocu dostavi izveštaj o preduzetim radnjama (čl. 12).

Zakon predviđa i pravo na novi prigovor koji može uložiti kako stranka čiji je prigovor usvojen tako i stranka čiji je prigovor odbijen pod uslovima i rokovim koje Zakon predviđa (čl. 13).

3.2. Pored prigovora i žalba predstavlja pravno sredstvo za ubrzanje postupka.

Pravo na žalbu ima stranka čiji je prigovor odbijen, zatim stranka o čijem prigovoru

32 Predsednik suda će rešenjem odbaciti prigovor ako prigovor ne sadrži neki od bitnih elemenata usled kojih po njemu nije moguće postupiti, zatim ako je preuranjen ili ga je podnelo neovlašćeno lice. Protiv tog rešenja nije dopuštena žalba. Rešenje o odbijanju prigovora će bez ispitnog postupka biti doneto ako je prigovor očigledno neosnovan, uzimajući u obzir trajanje postupka koje je u njemu navedeno (čl. 8).

predsednik suda nije odlučio u roku od dva meseca od prijema prigovora, kao i stranka čiji je prigovor usvojen ali predsednik suda nije sudiji ili javnom tužiocu naložio procesne radnje kojima se delotvorno ubrzava postupak ili ovi nisu po tim nalogima postuili u određenim rokovima (čl. 14). Rok za žalbu je osam dana od određenog relevantnog datuma (npr. od prijema rešenja ili isteka roka u kome je trebalo preduzeti neku radnju i sl). Žalba se podnosi predsedniku suda koji je o prigovoru odlučivao a on je dužan da je, zajedno sa spisima predmeta, odmah dostavi predsedniku neposredno višeg suda, koji vodi postupak po žalbi i o njoj odlučuje. Ako je pravo na sudjenje u razumnom roku povredjeno u postupku pred Vrhovnim kasacionim sudom o žalbi odlučuje veće od tri sudije tog suda (čl. 16). Žalba se ne dostavlja na odgovor niti se održava usmena rasprava. Na ostala pitanja postupka po žalbi primenjuju se pravila vanparničnog postupka. Predsednik neposredno višeg suda (a verovatno i veće od trojice sudija Vrhovnog kasacionog suda, iako Zakon to ne pominje) dužni su da odluče o žalbi u roku od 30 dana od prijema žalbe (čl. 20). Protiv rešenja neposredno višeg suda koji je o žalbi odlučivao nije dozvoljena žalba.

3.3. Zahtev za pravično zadovoljenje može podneti stranka čiji je prigovor usvojen, a koja nije podnela žalbu, stranka čija je žalba odbijena ali je potvrđeno prvostepeno rešenje o usvajanju prigovora kao i stranka čija je žalba usvojena. U prva dva slučaja stranka stiče ovo pravo od kada istekne rok u kome je sudija ili javni tužilac bio dužan da preduzme naložene procesne radnje, a stranka čija je žalba usvojena od kada primi rešenje o usvajanju žalbe. Zakon predviđa tri vrste pravičnog zadovoljenja:

- a) pravo na isplatu novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu koju je stranka pretrpela povredom prava na suđenje u razumnom roku;
- b) pravo na objavljivanje pismene izjave Državnog pravobranilaštva o povredi prava na suđenje u razumnom roku;
- v) pravo na objavljivanje presude kojom je utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku.

Za neimovinsku štetu izazvanu povredom ovog prava odgovara Repbulika Srbija po principu objektivne odgovornosti (čl. 23).

U roku od šest meseci od dana kada je stekla pravo na pravično zadovoljenje stranka može da se obrati Pravobranilaštvu sa predlogom za poravnanje. U predlogu za poravnanje stranka treba da navede da li traži isplatu novčanog obeštećenja ili izdavanje i objavljivanje pismene izjave Pravobranilaštva kojom se utvrđuje da je bilo povređeno njeno pravo na suđenje u razumnom roku, ili i jedno i drugo. Rok za postizanje sporazuma sa strankom je dva meseca od prijema predloga za poravnanje, pri čemu je stranka slobodna da u svakom trenutku odustane od poravnanja (čl. 24 st 1-5). Ukoliko se postigne poravnanje, koje može da se kreće u Zakonom predviđenim granicama od 300 do 3000 evra (čl. 30 st. 1)³³ Pravobranilaštvo zaključuje sa strankom

33 Novčano obeštećenje koje se određuje u evrima obračunava se u dinarskoj protivvrednosti na dan isplate prema srednjem kursu Narodne banke Srbije. Pri određivanju visine iznosa novčanog obeštećenja Pravobranilaštvo (kao i sud kad o tome odlučuje) primenjuju merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku odnosno uzimaju u obzir pre svega složenost predmeta suđenja ili istrage, postupanje nadležnog državnog organa i stranke tokom postupka i značaj predmeta suđenja ili istrage po stranku.

vansudsko poravnanje koje predstavlja izvršnu ispravu (čl. 24). Ono se objavljuje i u Službenom glasniku Republike Srbije.

Ukoliko između stranke i Pravobranilaštva poravnanje nije postignuto, stranka ima pravo da u roku od jedne godine od dana kada je stekla pravo na pravično zadovoljenje podnese tužbu za novčano obeštećenje protiv Republike Srbije. Za odlučivanje o tužbi nadležan je osnovni sud na čijem području tužilac ima prebivalište, boravište ili sedište a u slučaju tužilac nema prebivalište, boravište ili sedište u Republici Srbiji, osnovni sud koji ima sedište u mestu sedišta suda koji je utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku (čl. 28). Novčano obeštećenje može da se kreće u pomenutim zakonskim granicama od 300 do 3000 evra. Protiv odluke suda u ovom postupku nije dozvoljena revizija (čl. 27). Kod težih povreda prava na suđenje u razumnom roku sud može, na zahtev stranke, pored određivanja novčanog obeštećenja, doneti odluku o objavljivanju presude kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku (čl. 29). Presuda se objavljivanje u Službenom glasniku Republike Srbije na račun suda, odnosno javnog tužilaštvo koji su povredili ovo pravo stranke.

3.4. Tužba za naknadu imovinske štete. Ukoliko je zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku stranka pretrpela imovinsku štetu ima pravo da podnese tužbu protiv Republike Srbije radi ostvarivanja naknade. Rok za tužbu je godinu dana od dana kada je stekla pravo na pravično zadovoljenje (čl. 31), ali nije predviđen rok u kome bi o tom zahtevu trebalo odlučiti.

Prilikom utvrđivanja naknade sud primenjuje pravila zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi kao i merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku. Odgovornost Republike za naknadu ove štete je objektivna.

Novčano obeštećenje i naknadu imovinske štete isplaćuje sud ili javno tužilaštvo koji su povredili pravo na suđenje u razumnom roku a sredstva za to se obezbeđuju iz budžeta Republike Srbije (čl. 33)³⁴.

Kako se sredstva za isplatu naknade neimovinske kao i imovinske štete stranci čije je pravo na suđenje u razumnom roku povređeno u postupcima pred domaćim sudovima isplaćuju iz budžeta, Zakonom o sudijama³⁵ je predviđeno da za štetu koju sudija prouzrokuje nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara Republika Srbija. Ako je Republika Srbija na osnovu pravnosnažne sudske odluke, odnosno poravnanja zaključenog pred sudom ili drugim nadležnim organom, isplatila štetu može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa, ako je šteta prouzrokovana namerno. Isto tako je predviđeno da, ako je odlukom Ustavnog suda, Evropskog suda za ljudska prava ili drugog međunarodnog suda utvrđeno da su u toku sudskog postupka kršena ljudska prava i osnovne slobode i da je presuda zasnovana na

³⁴ Zakon takođe predviđa mogućnost poravnanja i tužbe po ovom Zakonu za stranku koja je pokrenula postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, ali su rokovi u kojima su ova prava mogla da se koriste protekli (to je šest meseci odnosno godinu dana od dana stupanja na snagu Zakona), tako da nećemo detaljnije govoriti o tome (čl. 35 Zakona).

³⁵ Zakon o sudijama, Službeni glasnik Republike Srbije br. 116/2008, 58/2009 - odluka US, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - odluka US, 121/2012, 124/2012 - odluka US, 101/2013, 111/2014 - odluka US, 117/2014, 40/2015, 63/2015 - odluka US, 106/2015 i 63/2016 - odluka US.

takvom kršenju ili da je presuda izostala zbog kršenja prava na sudjenje u razumnom roku Republika Srbija može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa, ako je šteta učinjena namerno. Parnični postupak za naknadu isplaćenog iznosa pred nadležnim sudom dužan je da pokrene Republički javni pravobranilac na zahtev ministra za pravosudje, po prethodno pribavljenom mišljenju Visokog saveta sudstva (čl. 6 Zakona o sudijama)³⁶. Visoki savet sudstva (dalje VSS) to mišljenje treba da dostavi u roku od 30 dana. Ova odredba treba da utiče na bolji i efikasniji rad sudija kako ne bi došli u situaciju da plaćuju naknadu Republici Srbiji zbog svog nezakonitog ili nepravilnog rada, ali nam nije poznat ni jedan slučaj da je minister nadležan za pravosudje tražio pokretanje ovog postupka protiv bilo kog sudije, bez obzira na brojne slučajeve u kojima je postupak zaista trajao neprimereno dugo, koje je država izgbila pred Evropskim sudom u Strazburu i zbog kojih su iz budžeta isplaćene pozamašne svote. Ni sam postupak ostvarivanja ove naknade od sudije nije jednostavan, jer se za pokretanje postupka traži predlog ministra pravosudja a potom i mišljenje VSS o tome. Međutim, za efikasniju zaštitu ljudskih prava kao i imovinskih interesa države, koja isplaćuje nakande za štetu koju sudija prouzrokuje stranci svojim nezakonitim i nepravilnim radom, pokretanje postupka naknade od sudije treba uslovljavati ne samo zahtevom da je ta šteta prouzrokovana namerno, već u najmanju ruku i kada je prouzrokovana grubom nepažnjom³⁷, iako je to po

36 Prema Zakonu o sudovima Hrvatske, Republika Hrvatska će tražit od sudije povraćaj isplaćene naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku ako je povreda nastala namerno ili krajnjom nepažnjom sudije. Predsednik suda pred kojim je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku dužan je nadležnom državnom odvetništvu dostaviti podatke potrebne za pokretanje ovog postupka (čl. 105 st. 3 i 4, Narodne novine br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, na snazi od 01.09.2015). Ne traži se predlog ministra pravde niti ičije mišljenje, a predviđena je dužnost predsednika suda pred kojim je došlo do povrede prava na sudjenje u razumnom roku da dostavi odvetništvu podatke potrebne za pokretanje postupka.

37 Npr. u odluci Ustavnog suda Srbije (dalje USS) UŽ 277/2007 od 5. februara 2009. g. koja se odnosi na ostvarivanje prava na izdržavanje od oca, ističe se da je parnični postupak trajao preko šest godina i šest meseci, što samo po sebi ukazuje da postupak nije okončan u okviru razumnog roka, da prvostepeni sud nije iskoristio procesna sredstva da spreči takvo odugovlačenje postupka i da podnosilac ustavne žalbe nije svojim ponašanjem doprineo dužini trajanja postupka. Sud je takodje istakao i da je parnični postupak neopravdano dugo trajao preko 6 godina, iako su sudovi morali da uzmu u obzir zakonom propisanu hitnost u rešavanju sporova koji se tiču izdržavanja, te je, na osnovu svega izloženog, utvrdio da je podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. U odluci USS UŽ-118/2010 od 21. 10 2010. g. se ističe “da podnositeljka ničim nije doprinela dugom vremenskom trajanju sudskog postupka. Naprotiv, ona i njeni punomoćnici nisu preduzimali procesne radnje kojima bi odugovlačili parnični postupak. Osnovni razlog vremenski dugom trajanju parničnog postupka je nedelotvorno postupanje sudova koji nisu preduzimali sve zakonom predviđene procesne mere koje su im stajale na raspolaganju da se ovaj postupak efikasno okonča i da se o podnetoj tužbi, odnosno istaknutom tužbenom zahtevu odluči bez nepotrebnog odugovlačenja, imajući u vidu zakonsku obavezu naročite hitnosti u postupanja”. Slično je istaknuto i u odluci po ustavnoj žalbi, UŽ – 2438/2010 od 13. marta 2013. g., tač. 5, gde USS navodi: “Ispitujući navedene kriterijume za utvrđivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku u konkretnom slučaju, Ustavni sud je zaključio da u ovom parničnom predmetu nije bilo toliko složenih pravnih i činjeničnih pitanja koja bi zahtevala osmogodišnje trajanje postupka, posebno imajući vidu potrebu za hitnim rešavanjem porodičnih sporova.... Ispitujući ponašanje podnositeljke ustavne žalbe koja je imala procesnu ulogu tužilje, Ustavni sud je utvrdio da niti ona, niti njen punomoćnik nisu svojim ponašanjem doprineli odugovlačenju parničnog postupka. Osnovni razlog dugom vremenskom trajanju parničnog postupka

pravilu izuzetno teško dokazati³⁸. Ima mišljenja da odredba o odgovornosti sudije za naknadu koju je država isplatila stranci samo u slučaju namernog prouzrokovanja štete predstavlja proširivanje građanskopravnog sudijskog imuniteta tj. sudijske neodgovornosti.³⁹

Sa druge strane, kada posmatramo mere koje su samim Zakonom o zaštiti prava na sudjenje u razumnom roku predviđene, može se reći da neke od njih, kao što su prigovor i žalba koje su usmerene na ubrzanje postupka mogu tom ubrzanju i doprineti, ako ih sudije i predsednici sudova budu striktno i pravilno primenjivali. Što se tiče naknade radi novčanog obeštećenja ona u porodičnopravnim odnosima često neće značiti mnogo s obzirom na to da nikakav novac ne može nadoknaditi frustracije i patnje zbog npr. uskraćivanja prava na susrete i kontakte sa detetom, jer kako i Evropski sud ističe⁴⁰ "uzajamno uživanje roditelja i deteta u međusobnom kontaktu predstavlja suštinski element "porodičnog života" a "protek vremena može imati nepopravljive posledice za odnose između deteta i roditelja sa kojim dete ne živi". I dugotrajan postupak ostvivanja prava na izdržavanje za dete može imati nepoželjne posledice na razvoj deteta, koje svakodnevno ima određene potrebe, pre svega elementarne egzistencijalne a zatim i raznovrsne razvojne, koje treba podmiriti, a koje će zbog neplaćanja ili neredovnog plaćanja izdržavanja biti uskraćene ili reducirane. To ne znači da naknadu ne treba dosudjivati, ali bi naglasak u primeni Zakona trebalo da bude na striktnoj primeni i poštovanju mera za ubrzanje sudskih postupaka.

Ipak, suštinski problem kod primene ovih mera u oblasti porodičnih odnosa je u tome kako će se procenjivati kada ima mesta njihovoj primeni, odnosno koliko dugo treba da je trajao postupak na koji stranka podnosi prigovor ili žalbu i od kog momenta ona ima pravo da traži njegovo ubrzanje. Da li će stranka koja nije mogla da ostvari pravo na kontakte sa svojim detetom ili pravo na izdržavanje u roku od godinu dana moći da traži zaštitu po ovom Zakonu ili treba da prodje više vremena. Bilo bi poželjno da su porodičnopravni postupci u ovom Zakonu razdvojeni od ostalih i da su za njih, ili bar za one koje se odnose na decu ili roditelja koji vrši roditeljsko pravo predviđeni neki, makar i orijentacioni, vremenski okviri trajanja nakon čijeg proteka se stiče pravo na traženje zaštite po ovom Zakonu. Postupci u

je postupanje sudova koji nisu preduzimali sve zakonom predviđene procesne mere koje su im stajale na raspolaganju da se postupak efikasno okonča i da se o podnetoj tužbi, odnosno istaknutim tužbenim zahtevima odluči bez nepotrebnog odugovlačenja, posebno imajući u vidu zakonsku obavezu hitnosti u postupanju." Slično obrazloženje je USS dao i u odluci UŽ 3451/2011 od 29. maja 2013, gde Sud "nalazi da je postupanje vanparničnog suda i drugih organa u postupku odlučujuće doprinelo njegovom trajanju i činjenici da ni posle više od tri godine nije doneta nijedna odluka o podnetom predlogu za lišavanje poslovne sposobnosti podnositeljke ustavne žalbe." Da li se u ovim i mnogim drugim slučajevima gde je utvrđena povreda prava na sudjenje u razumnom roku rad sudija može oceniti kao nezakonit i nepravilan, i ako može da li se odugovlačenje postupka može pripisati običnoj nepažnji, gruboj nepažnji, nameri, nestručnosti ili bahatosti sudija, i da li to treba da ima i neke posledice za sudije koje su tome doprinele?

38 Videti: V. Rakić-Vodinić, Ograničena odgovornost sudije za štetu – neophodna privilegija koja obezbeđuje nezavisnost ili učvršćivanje sudijske neodgovornosti? Zbornik PFZ, 63, (3-4) 717-742 (2013) str. 738.

39 Ibidem.

vezi sa porođnočnopravnim odnosima su po svojoj prirodi posebno osetljivi i hitni, i kao takvi ne trpe odlaganje, što je po našem mišljenju u ovom Zakonu trebalo naglasiti, jer i pored maksime izražene u presudama Evropskog suda da "vrlo kratki rokovi nisu uvek garancija dobre pravde"⁴⁰, u porođničnim odnosima dugotrajn postupak može prouzrokovati nepopravljivu štetu.

Međutim, pre bilo kakvih definitivnih zaključaka treba ostaviti vremena da praksa pokaže koliko su ove mere delotvorne i koliko će pomoći strankama da efikasno i u razumnom roku zaštite svoja prava.

4. Zaključak

I pored ustavne, konvencijske i zakonske zaštite prava na suđenje u razumnom roku, postupci za ostvarivanje porođičnih prava ne tako retko traju veoma dugo, pojedini čak i duže od 13 godina, usled čega su stranke primorane da zaštitu traže pred Evropskim sudom za zaštitu ljudskih prava u Strazburu. U odlukama ovog Suda se isticalo da u našoj zemlji ne postoji delotvorno pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Naime, i pored uvođenja ustavne žalbe i parcijanih izmena Zakona o uređenju sudova, problem dugotrajnih sudskih postupaka nije bio rešen, tako da je 2015. godine donet poseban zakon - Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, kako bi se ta zaštita obezbedila. Zakon je stupio na snagu januara 2016. godine i predviđa dva pravna sredstva za ubrzanje postupka, prigovor i žalbu, kao i pravo na pravično zadovoljenje. Pravo na pravično zadovoljenje obuhvata pravo na isplatu novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu koju je stranka pretrpela povredom prava na suđenje u razumnom roku (kreće se od 300 do 3000 eura), pravo na objavljivanje pismene izjave Državnog pravobranilaštva o povredi prava na suđenje u razumnom roku, kao i pravo na objavljivanje presude kojom je utvrđena povreda pravo na suđenje u razumnom roku. Zakonom nisu izdvojeni porođičnopravni sporovi od ostalih, iako oni po našem mišljenju, zbog specifične osobine koja se tiče ličnih odnosa, zaslužuju posebnu hitnost u rešavanju. Efikasnijem ostvarivanju prava na suđenje u razumnom roku bi doprinelo i ustanovljavanje odgovornosti sudije, ne samo ako je štetu prouzrokovao namerno svojim nezakonitim i nepravilnim radom, nego bi trebalo predvideti makar i grubu nepažnju kao osnov za naknade, budući da se naknada štete isplaćuje iz budžeta na teret svih građana.

40 Izveštaj CEPEJ, citirane prema Vesna Vujin Jevtić, Zaštita prava na sudjenje u razumnom roku, Pravni život br. 11/2015, Tom III, str. 689.

VIOLATION OF THE RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN FAMILY MATTERS OF THE CASE LAW OF SERBIA AND ITS PROTECTION

Summary

Despite constitutional, conventional and legal protection of the right to trial within a reasonable time, proceedings in family-law matter, not so rarely, last very long time, some of them even more than 13 years, due to which the parties are forced to seek the protection of the European Court of Human Rights in Strasbourg. In the judgments of this Court is emphasized that in Serbia there is no effective remedy for the protection of the right to trial within a reasonable time. In fact, despite the introduction of a constitutional appeal and partial amendments to the Law on the organization of Courts, the problem of lengthy court proceedings has not been resolved, so that in 2015 a special law (the Law on the Protection of the right to trial within a reasonable time) has been enacted, in order to provide this kind of protection. The law came into force in January 2016 and provides for two remedies to expedite proceedings, (objection and appeal) and the right to just satisfaction. The right to just satisfaction includes the right to a financial compensation for the non-pecuniary damage which party suffered due to the violation of the right to a trial within a reasonable time (ranging from 300 to 3000 euros), the right to publish a written statement by the State Attorney's Office on the violation of the right to trial within a reasonable time and the right to publish a judgment finding the violation the right to trial within a reasonable time.

However, family law disputes in this Law are not separated from the others, despite the fact that they, due to the specific characteristics concerning personal relations, deserve special urgency in its solving. For effective realization of the right to trial within a reasonable time could also contribute a initiating proceedings for reimbursement of damage from a judge who had caused it, due to unlawful and improper work, if the damage caused not only deliberately, as provided by the Law, but also in case of gross negligence.

Key words: The trial within a reasonable time, judgements of the European Court of Human Rights, protection of the right to respect for private and family life, the criteria for the determination of the duration of the procedure

Dr Marija Draškić,
redovna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

PRESUDA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA *ZORICA JOVANOVIĆ v. SERBIA*: KAKVE OBAVEZE SLEDE?*

Autorka članka detaljno prikazuje i kritički komentariše presudu Evropskog suda za ljudska prava *Zorica Jovanović protiv Srbije*, u kojoj je Sud utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života podnositeljke predstavke, zbog toga što joj tužena država Srbija “u kontinuitetu nije pružala pouzdane informacije o sudbini njenog sina.” Radi se, naime, o jednom od slučajeva tzv. “nestalih beba”, a zapravo o roditeljima koji organizovano u javnosti iznose navode o tome da nisu dobili potpunu dokumentaciju o smrti njihove dece koja su umrla u bolnici ubrzo nakon rođenja. Sud je obavezao državu Srbiju da podnositeljki predstavke isplati naknadu nematerijalne štete u iznosu od 10.000 evra, ali i da “preduzme sve odgovarajuće mere, po mogućstvu putem *lex specialis-a*, kako bi se osiguralo uspostavljanje mehanizma sa ciljem obezbeđenja pojedinačnog obeštećenja svim roditeljima u situaciji kao što je ili koja je dovoljno slična situaciji podnositeljke predstavke.“ To je značilo da Srbija mora da donese poseban zakon na osnovu koga će biti razmotreni svi sporni slučajevi u roku od godinu dana od pravnosnažnosti presude. Takav zakon nažalost još uvek nije donet; za sada postoji Nacrt Zakona koji se nalazi na javnoj raspravi i za koji autorica smatra da na zadovoljavajući način izlazi u susret zahtevima iz presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*.

Ključne reči: presuda *Zorica Jovanović protiv Srbije*, pravo na poštovanje porodičnog života, „nestale bebe“

1. Evropski sistem zaštite ljudskih prava i obaveze Srbije

Najpotpuniji regionalni sistem zaštite ljudskih prava do sada uspostavljen je u Evropi, i to pod okriljem Saveta Evrope. Savet Evrope je najšira evropska organizacija u oblasti ljudskih prava, nastala posle Drugog svetskog rata (1949), kao odgovor na pretnje fundamentalnim ljudskim pravima i političkim slobodama, koje su teška ratna iskustva i posleratni totalitarni režimi učinili dramatično izvesnim, a njen nastanak je inspirisan velikom idejom o ujedinjenju Evrope i potrebom da se zaštite i unaprede sloboda i sve demokratske vrednosti. Najznačajniji neposredni rezultat nastanka Saveta Evrope bilo je pripremanje nacrtu Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (tokom vremena popularno nazvane Evropska konvencija o ljudskim pravima) koju je u Rimu, 4. novembra 1950. godine, potpisalo prvih 13 država članica Saveta Evrope. Danas su sve evropske zemlje (sa izuzetkom

Belorusije) članice Saveta Evrope i potpisnice Evropske konvencije o ljudskim pravima (47 država članica). Vrlo brzo nakon prijema u članstvo Saveta Evrope (u aprilu 2003. godine), Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, izmenjenu u skladu sa Protokolom broj 11, potpisala je i ratifikovala pod nazivom Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i državna zajednica Srbija i Crna Gora.¹ Među drugim ljudskim pravima i slobodama, Evropska konvencija o ljudskim pravima posebno garantuje pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života,² a u najneposrednijoj vezi sa zaštitom porodičnog života i pravo na sklapanje braka,³ kao i zabranu diskriminacije po bilo kom osnovu.⁴

Evropski sud za ljudska prava stvoren je kao deo sistema koji je Evropska konvencija o ljudskim pravima ustanovila za zaštitu prava i sloboda garantovanih Konvencijom. Inicijalno su bila ustanovljena dva organa međunarodnog nadzora, Evropska komisija za ljudska prava i Evropski sud za ljudska prava, kojima se obezbeđivala puna primena Evropske konvencije u slučaju kršenja nekih od zaštićenih prava i sloboda. Međutim, usvajanjem Protokola broj 11 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (1994) i njegovim stupanjem na snagu (1998) došlo je do važne izmene nadzornog mehanizma Konvencije – ukinuta je Evropska komisija za ljudska prava, a ustanovljen je novi stalni Evropski sud za ljudska prava čija je nadležnost postala obavezna za sve države ugovornice. Predstavke u kojima se građani pozivaju na kršenje Evropske konvencije o ljudskim pravima upućuju se sada neposredno Evropskom sudu za ljudska prava, što znači da je pojedinac postao

1 * Ovaj rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Identitetski preobražaj Srbije* Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu (2017).

Videti Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 i Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori, br. 12/2010. Istom prilikom, državna zajednica Srbija i Crna Gora ratifikovala je i nekoliko Protokola uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: Prvi Protokol od 20. marta 1952. godine, Protokol broj 4 kojim se obezbeđuju određena prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi protokol uz nju od 16. septembra 1963. godine, Protokol broj 6 o ukidanju smrtne kazne od 28. aprila 1983. godine, Protokol broj 7, Protokol broj 12 i Protokol broj 13 o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, a ubrzo potom i Protokol broj 14 kojim se menja kontrolni mehanizam Konvencije. Videti Službeni list Srbije i Crne Gore-Međunarodni ugovori, br. 9/2003 i 7/2005. Srbija je ratifikovala i Protokol broj 15 (Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori, br. 10/2015), ali on još nije stupio na snagu.

2 Član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima u celini glasi:

“1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

3 Član 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima u celini glasi:

“Muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu sa unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava.”

4 Član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima u celini glasi:

”Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.”

parnična stranka u postupku pred jednim međunarodnim sudom i tako dobio poziciju koja je do tada uvek bila rezervisana samo za suverene države.⁵

Presude Evropskog suda za ljudska prava su obavezujuće za sve države ugovornice, što znači da su one dužne da im se povinuju, a izvršenje presuda nadgleda Komitet ministara.⁶ No, u praksi samog Suda ova odredba Konvencije tumači se i šire, u tom smislu da presuda u kojoj Sud nađe da postoji povreda nekog prava garantovanog Konvencijom obavezuje tuženu državu ne samo da plati oštećenima sumu novca koja po odluci Suda predstavlja poštnu satisfakciju za učinjenu povredu nego i da pod nadzorom Komiteta ministara izabere neku opštu i/ili pojedinačnu meru koju treba da preduzme u domaćem pravnom poretku kako bi bilo prekinuto dalje kršenje Evropske konvencije i kako bi bile, u meri u kojoj je to moguće, otklonjene posledice takve povrede.⁷ U našem pravu može se podneti i vanredni pravni lek – predlog za ponavljanje postupka – protiv pravnosnažne presude domaćeg suda ako stranka stekne mogućnost da upotrebi odluku Evropskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke.⁸ Najzad, Protokol broj 14 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, koji je 2010. godine stupio na snagu nakon što su ga ratifikovale sve države članice Saveta Evrope, dodatno je pojačao obavezu država članica da poštuju presude Evropskog suda za ljudska prava. Ovim Protokolom, naime, predviđeno je da se član 46. Evropske konvencije o ljudskim pravima dopuni odredbama koje regulišu postupak protiv države koja se ne povinuje pravnosnažnoj presudi Evropskog suda za ljudska prava. Postupak se pokreće na zahtev Komiteta ministara, a sankcije nisu unapred određene, već je prepušteno Komitetu ministara da razmotri mere koje treba preduzeti.⁹

Najzad, imajući u vidu da Ustav Srbije propisuje da su potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo pravnog poretka Republike Srbije sa kojima zakoni i drugi opšti akti ne smeju biti u suprotnosti,¹⁰ te da nalaže da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima

5 Videti opširnije Dimitrijević, V.; Paunović, M., *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava - Dosije, Beograd, 1997, str. 116; Jacobs, F.; White, R., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, str. 10.

6 Videti čl. 46. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

7 Videti, na primer, *Case of Scozzari and Giunta v. Italy*, broj predstavke 39221/98 i 41963/98 od 13. jula 2000, § 249, *Case of Görgülü v. Germany*, broj predstavke 74969/01 od 26. maja 2004, § 64, *Case of L. v. Lithuania*, broj predstavke 27527/03 od 11. septembra 2007, § 56-59.

8 Videti čl. 426. st. 1. tačka 11. Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013 i 55/2014). Time je Srbija postala jedna od država članica Konvencije koja je bez odlaganja sledila Preporuku Komiteta ministara R (2000) od 19. januara 2000. godine, kojom se državama članicama Konvencije preporučuje da se postojanje presude Evropskog suda za ljudska prava uvede u nacionalno pravo kao razlog za ponavljanje postupka u građanskim, krivičnim i upravnim stvarima. Isti pravni lek (predlog za ponavljanje postupka) može se, nakon izmena i dopuna Zakona o parničnom postupku iz 2009. godine, podneti i kada je u postupku po ustavnoj žalbi Ustavni sud utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom. Videti čl. 426. st. 1. tačka 12. Zakona o parničnom postupku.

9 Videti čl. 46. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

10 Videti čl. 194. st. 4-5. Ustava Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 98/2006).

ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje,¹¹ nema sumnje da Evropska konvencija o ljudskim pravima i praksa Evropskog suda za ljudska prava obavezuju sudove u Srbiji da te standarde poštuju i primenjuju u praksi.

2. Činjenično stanje u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*

Zorica Jovanović, podnositeljka predstavke u ovom slučaju, rodila je 28. oktobra 1983. godine u Medicinskom centru u Čupriji zdravog dečaka. Na dan kada je trebalo da budu oboje otpušteni iz bolnice, dana 31. oktobra 1983. godine ujutru dežurni lekar je obavestio podnositeljku predstavke da je njena beba preminula.

Podnositeljka predstavke je 24. oktobra 2002. godine uputila zahtev Medicinskom centru u Čupriji, tražeći svu relevantnu dokumentaciju u vezi sa smrću njenog sina. Medicinski centar u Čupriji je 12. novembra 2002. godine obavestio podnositeljku predstavke da je njen sin preminuo 31. oktobra 1983. godine, u 7.15 časova, i da je njegova smrt svrstana kao "*exitus non sigmata*", što znači „smrt bez naznake uzroka“, a 29. aprila 2004. godine dostavio je podnositeljki i internu evidenciju koja se odnosi na smrt njenog sina. Takođe, Medicinski centar u Čupriji je naveo da nema drugih informacija pošto je njegova arhiva u međuvremenu poplavljena i mnoga dokumenta su uništena.

Opština Čuprija je 22. novembra 2002. godine obavestila podnositeljku predstavke, u odgovoru na njen zahtev, da je rođenje njenog sina registrovano u opštinskoj evidenciji, a da smrt nije.

Suprug podnositeljke predstavke, a otac deteta, je 10. januara 2003. godine podneo krivičnu prijavu Opštinskom javnom tužilaštvu u Čupriji. Prijava je podneta protiv medicinskog osoblja Medicinskog centra u Čupriji, koje je podnositeljka predstavke smatrala odgovornim za „otmicu njenog sina“. Tužilaštvo je 15. oktobra 2003. godine odbacilo krivičnu prijavu kao nepotkrepljenu dokazima, pošto „postoje dokazi da je njen sin preminuo 31. oktobra 1983. godine“.¹² Dalje obrazloženje nije dato i nije bilo naznake da li je obavljena prethodna istraga.

Opština Čuprija je u martu 2004. godine ponovo potvrdila sadržaj svog dopisa od 22. novembra 2002. godine.

Opština Čuprija je 19. septembra 2007. godine potvrdila da smrt sina podnositeljke predstavke nije nikada zvanično registrovana.

¹¹ Videti čl. 18. st. 3. Ustava Srbije.

¹² Na ovom mestu prevod presude na srpski jezik sa engleskog originala nije korektan. Naime, u originalnom tekstu presude navodi se *since "there was evidence that [the applicant's] son had died on 31 October 1983"* dok se u zvaničnom tekstu presude na srpskom jeziku kaže "pošto nije bilo dokaza (podvukla M.D.) da je njen sin preminuo 31. oktobra 1983. godine". Očigledno je da se radi o grešci u prevodu, budući da je logično da javno tužilaštvo odbacuje krivičnu prijavu za otmicu deteta upravo zbog toga što postoji dokaz da je dete umrlo u bolnici. Uporediti § 17 presude *Case of Zorica Jovanović v. Serbia*, dostupno na web adresi [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["21794/08"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-118276"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{); i § 17 presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*, dostupno na web adresi http://www.zastupnik.gov.rs/uploads/jankovic_z_pr_21794-08_ser.pdf.

Obema adresama pristupljeno je 27. februara 2017.

Opština Ćuprija je 28. decembra 2007. godine dostavila podnositeljki predstavke kopije izvoda iz matične knjige rođenih za njenog sina, kao i zahtev Medicinskog centra u Ćupriji za njegovu prijavu.

Telo podnositeljkinog sina nikada nije predato podnositeljki predstavke niti njenoj porodici. Oni nikada nisu dobili ni izveštaj o obdukciji niti su obavješteni kada i gde je on navodno sahranjen.¹³

3. Odluka o dopuštenosti

3.1. *Ratione temporis*

Evropski sud za ljudska prava je, kako je to i uobičajeno, na prvom mestu razmatrao da li su ispunjeni procesni uslovi za postupanje po predstavi Zorice Jovanović. Kada je reč o vremenskom važenju Evropske konvencije u odnosu na Srbiju, Sud je, najpre, ponovio svoj davno zauzet načelni stav da njegova nadležnost *ratione temporis* pokriva samo period posle ratifikacije Konvencije ili njenih protokola od strane tužene države, odnosno da navodni propusti i postupci države moraju biti u skladu sa Konvencijom i protokolima uz nju od dana ratifikacije, pa i onda kada su kasnije činjenice samo nastavak već postojeće situacije.¹⁴

Ispitujući dopuštenost predstavke u konkretnom slučaju, Sud se pozvao na sopstvene stavove iz presude Velikog veća u predmetu *Varnava i drugi protiv Turske* i konstatovao da postoji važno razlikovanje u praksi Suda između obaveze da se istraži sumnjiva smrt i obaveze da se istraži sumnjivi nestanak: „Nestanak je veoma specifična pojava, koju karakteritiše neprekidno stanje neizvesnosti i neodgovaranja, u kojoj postoji nedostatak informacija ili čak namerno skrivanje i zataškavanje onoga što se dogodilo. Ova situacija se veoma često proteže, produžavajući patnju roditelja ili rođaka žrtve. Prema tome, ne može se reći da je nestanak, jednostavno, 'trenutan' akt ili događaj. Dodatni element razlikovanja kasnijeg propusta da se odgovara za postojanje i sudbinu nestalih lica dovodi do trajne situacije. Stoga, pozitivna obaveza će potencijalno postojati sve dok se ne utvrdi sudbina tog lica. To je tako čak i kada se na kraju može pretpostaviti smrt“.¹⁵ Budući da je sin podnositeljke predstavke navodno umro/nestao 31. oktobra 1983. godine, dok je Evropska konvencija stupila na snagu u odnosu na Srbiju 3. marta 2004. godine. Sud je ocenio da se navodni propust države da podnositeljki predstavke pruži bilo kakve konačne i/ili pouzdane informacije o sudbini njenog sina nastavio do danas, te da se u takvim okolnostima pritužba podnositeljke odnosi na trajnu situaciju. Tako je Sud našao da je nadležan da razmatra pritužbu podnositeljke u onoj meri u kojoj se ona odnosi na navodni propust države da ispuni proceduralne obaveze prema Konvenciji počev od 3. marta 2004. godine, ali da može uzeti u obzir činjenice pre ratifikacije u onoj meri u kojoj

13 Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, broj predstavke 21794/08 od 26. marta 2013, §§ 7-22, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 33/2013.

14 *Ibid*, § 46.

15 Videti *Case of Varnava and Others v. Turkey*, broj predstavke 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 i 16073/90 od 18. septembra 2009, § 148. U istom smislu i presuda *Zorica Jovanović protiv Srbije, op. cit.* (fusnota br. 13), § 47.

se može smatrati da su stvorile neprekidnu situaciju koja traje i posle tog datuma ili mogu biti relevantne za razumevanje činjenica nastalih posle toga.¹⁶

3.2. Blagovremenost

Ispitujući prigovor blagovremenosti, Evropski sud je pošao od odredbe člana 35. stav 1. Konvencije o šestomesečnom roku za podnošenje predstavke i načelnog stava o početku računanja tog roka za situacije koje traju. Pozivajući se ponovo na stavove iz presude u predmetu *Varnava i drugi protiv Turske*, Sud je konstatovao da sve trajne situacije nisu iste, te da u vezi sa nestancima, podnosioci predstavki ne mogu neprekidno čekati pre podnošenja predstavke.¹⁷ Štaviše, Sud je ukazao i na to da kada postoje inicijative da se situacije nestanka reše, podnosioci predstavki mogu opravdano očekivati razvoj događaja koji bi mogao rešiti presudna činjenična ili pravna pitanja, ali da kada protekne značajno vreme, i kada postoje značajna zakašnjenja i zatišja u istrazi, doći će trenutak kada rođaci moraju da shvate da nema, niti će biti delotvorne istrage. Budući da je Narodna skupština 14. jula 2006. godine usvojila izveštaj koji je pripremio njen Anketni odbor, te da je predsednik Narodne skupštine izjavio da se sprema formiranje skupštinske radne grupe za pripremu novog zakonodavstva sa ciljem pružanja obeštećenja roditeljima „nestalih beba“, Sud je zaključio da se bar do predstavljanja izveštaja Radne grupe dana 28. decembra 2010. godine – kada je postalo očigledno da neće dobiti obeštećenja – ne može reći da je podnositeljka neopravdano očekivala ishod događaja koji bi mogao „rešiti presudna činjenična ili pravna pitanja“ u vezi sa njenom pritužbom. Kako je predstavka podneta 22. aprila 2008. godine Sud je odbacio prigovor Vlade da je predstavka podnositeljke podneta van roka.¹⁸

3.3. Iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava

Ispitujući prigovor o neiscrpljivanju domaćih pravnih sredstava, Evropski sud je pošao od svojih stavova i pravila o teretu dokazivanja u vezi sa ovim pravilom. Naime, u vezi krivične prijave i krivičnog postupka, Sud je konstatovao da je krivična prijava odbačena, bez naznake da li je sprovedena istraga, ali da bi krivični postupak svakako zastareo do oktobra 2003. godine i stoga ne bi bio u stanju da pruži naknadu podnositeljki nakon tog datuma. U vezi sa mogućnošću podnošenja tužbe parničnom sudu, Sud je ocenio da ovaj put naknade ne bi mogao da ispravi sporno stanje stvari, budući da su parnični sudovi u najboljem slučaju mogli priznati povredu „prava ličnosti“ podnositeljke i pružiti naknadu za pretrpljenu nematerijalnu štetu ili naložiti druge oblike naknade koji bi mogli pružiti nematerijalno zadovoljenje, ali da ništa od ovoga ne bi moglo delotvorno pružiti naknadu za pritužbu podnositeljke koja se podrazumeva, a to je njena potreba za informacijama o „stvarnoj sudbini njenog sina“. Sud je konstatovao da ni Narodna skupština ni Zaštitnik građana, u svojim izveštajima, nisu razmatrali ovo pitanje, te da su preporukom da se usvoji *lex specialis* ukazali da nikakvo postojeće domaće pravno sredstvo, uključujući i

16 *Ibid*, §§ 48-49.

17 Videti *Case of Varnava and Others v. Turkey*, *op. cit.* (fusnota br. 15), §§ 162. i 165.

18 Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, *op. cit.* (fusnota br. 13), §§ 55-57.

navedenu parničnu tužbu, nije moglo biti delotvorno. Zbog toga je i ovaj prigovor Vlade morao biti odbačen.¹⁹

4. Odluka o meritumu

Ocenjujući osnovanost predstavke o povredi prava na poštovanje porodičnog života iz člana 8. Evropske konvencije, Evropski sud je, najpre, konstatovao da obostrano uživanje roditelja i deteta u međusobnom odnosu predstavlja osnovni element „porodičnog života” u smislu člana 8. Evropske konvencije, te da je suštinski cilj člana 8. da pojedinca zaštititi od proizvoljnog mešanja javnih vlasti. Međutim, ovoj odredbi mogu biti svojstvene i dodatne pozitivne obaveze koje se protežu, između ostalog, na delotvornost istražnih postupaka u vezi sa poštovanjem privatnog i porodičnog života. Sud se pritom pozvao *mutatis mutandis* – iako je tamo bila reč samo o kontekstu privatnog života – na sopstvenu praksu iz presude u predmetu *M.C. protiv Bugarske* i konstatovao da Sud ne može isključiti mogućnost da se pozitivne obaveze države da osiguraju fizički integritet svakog pojedinca, u okviru člana 8. Evropske konvencije, protežu, između ostalog, i na delotvornost istražnih postupaka u vezi sa privatnim životom.²⁰

Sa druge strane, Evropski sud je u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije* opet *mutatis mutandis* i ponovo vrlo široko primenio stavove i iz presude u predmetu *Varnava i drugi protiv Turske*, a koji se odnose na povredu zabrane mučenja, ili nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, koju garantuje član 3. Evropske konvencije. Naime, u ovom slučaju radilo se o predstavkama srodnika devet vojnika rezervista koji su nestali tokom turskih vojnih operacija u severnom delu Kipra tokom jula i avgusta 1974. godine. Za svakoga od njih devetoro svedoci su tvrdili da su bili turski ratni zarobljenici smešteni u nekom od zatvora u Turskoj, ali im se potom gubio svaki trag, a njihova tela nisu nikada predata rodbini. Evropski sud je u pomenutoj presudi ovako ocenio fenomen nestalosti: „Pojava nestanaka nameće poseban teret rođacima nestalih lica koji ne znaju za sudbinu njihovih voljenih i trpe patnju neizvesnosti. Praksa Suda odavno je priznala da situacija u kojoj se nalaze rođaci može otkriti nečovečno i ponižavajuće postupanje koje je u suprotnosti sa članom 3. Konvencije. Suština povrede nije u tome da je došlo do ozbiljne povrede ljudskih prava u vezi sa nestalim licima; ona je u reakcijama i stavovima državnih organa na ovu situaciju kada im se na to skrene pažnja. ... Ostali relevantni faktori uključuju bliskost porodičnih veza, posebne okolnosti porodičnog odnosa, obim u kome je član porodice bio svedok događaja u pitanju i uključenost člana porodice u pokušaje da dobije informacije o nestalom licu. ... Utvrđivanje takve povrede nije ograničeno samo na slučajeve gde je utvrđeno da je tužena država odgovorna za nestanak ... već može da nastane i kada državni organi ne odgovore na zahtev rođaka za informacijama, ili se na njihovom putu ispreče prepreke, ostavljajući im da snose najveći teret napora da se otkriju bilo kakve činjenice, što se može smatrati

¹⁹ *Ibid*, §§ 60-64.

²⁰ Videti *Case of M.C. v. Bulgaria*, broj predstavke 39272/98 od 4. decembra 2003, §§ 152-153.

iskazivanjem flagrantnog, trajnog i grubog zanemarivanja obaveze da se utvrdi gde je i kakva je sudbina nestalog lica.”²¹

Vraćajući se na činjenično stanje u konkretnom slučaju, Evropski sud je dalje konstatovao da telo sina podnositeljke predstavke nikada nije predato njoj, niti njenoj porodici i da uzrok smrti nije nikada utvrđen, da podnositeljka predstavke uopšte nije dobila izveštaj o obdukciji, niti je obavestena kada je i gde je njen sin navodno sahranjen, kao i da njegova smrt nije nikada zvanično prijavljena, te da izgleda da je krivična prijava koju je podneo suprug podnositeljke predstavke takođe odbačena bez odgovarajućeg razmatranja, a podnositeljka predstavke i dalje nema pouzdane informacije o tome šta se desilo njenom sinu. Štaviše, Sud je primetio, pozivajući se i na Izveštaj Zaštitnika građana od 29. jula 2010. godine, da su „i sami organi Tužene države potvrdili, u raznim prilikama pošto je Srbija ratifikovala Konvenciju, da: (a) je osamdesetih godina prošlog veka bilo ozbiljnih manjkavosti u važećem zakonodavstvu, kao i u postupcima pred raznim državnim telima i zdravstvenim organima; (b) nije bilo doslednih zakonskih propisa o tome kako bi trebalo da se postupa u situacijama kada novorođenče umre u bolnici; (v) preovlađujuće lekarsko mišljenje je bilo da bi roditelje trebalo poštediti duševnog bola sahranjivanja svog novorođenčeta, zbog čega je bilo sasvim moguće da su neki parovi bili namerno lišeni te mogućnosti; (g) ova situacija je opravdala sumnje/brige roditelja zbog toga šta se stvarno desilo sa njihovom decom, pa se prema tome ne bi moglo isključiti da su bebe u pitanju zaista nezakonito oduzete od njihovih porodica; (d) reakcija Tužene države u periodu između 2006. godine i 2010. godine i sama je bila neadekvatna; (đ) a roditeljima prema tome ostaje pravo da saznaju istinu o tome kakva je stvarna sudbina njihove dece“. Konačno, Evropski sud je konstatovao da „uprkos nekoliko naizgled obećavajućih zvaničnih inicijativa između 2003. godine i 2010. godine, izveštaj radne grupe dostavljen Skupštini Srbije 28. decembra 2010. godine zaključio je da postojećem, već izmenjenom zakonodavstvu, nisu potrebne nikakve izmene, izuzev u vezi sa prikupljanjem i upotrebom medicinskih podataka. U tim okolnostima, jasno je da je to samo poboljšalo situaciju *pro futuro*, ali roditeljima u sličnoj situaciji nije ništa delotvorno ponuđeno, uključujući i podnositeljku predstavke, koja je u prošlosti pretrpela opisanu patnju“. Konačno, Sud je saopštio da su navedena razmatranja dovoljna da mu omoguće da zaključi da je podnositeljka predstavke pretrpela trajnu povredu prava na poštovanje njenog porodičnog života usled toga što joj Tužena država u kontinuitetu nije pružala pouzdane informacije o sudbini njenog sina, te da je došlo do povrede člana 8. Evropske konvencije.²²

Sud je obavezao Republiku Srbiju da isplati podnositeljki predstavke iznos od 10.000 evra na ime naknade nematerijalne štete ali je, u smislu člana 46. Konvencije, i obavezao Republiku Srbiju – imajući u vidu i značajan broj potencijalnih podnosilaca predstavki – „da sprovede i određene mere opšte prirode, odnosno da u roku od jedne

21 Videti *Case of Varnava and Others v. Turkey*, *op. cit.* (fusnota br. 15), § 200.

22 Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, *op. cit.* (fusnota br. 13), §§ 71-75. U odnosu na istaknutu povredu prava na delotvorno pravno sredstvo iz člana 13. Evropske konvencije, Evropski sud je ocenio da je pritužba podnositeljke predstavke prema članu 13. suštinski ista kao njena pritužba prema članu 8. Evropske konvencije, te da je pritužba prema članu 13. dopuštena, ali da se njena osnovanost ne mora posebno razmatrati. *Ibid*, § 80.

godine od nastupanja pravosnažnosti presude, po mogućstvu putem *lex specialis*-a, osigura uspostavljanje mehanizma sa ciljem obezbeđenja pojedinačnog obeštećenja svim roditeljima u situaciji kao što je ili koja je dovoljno slična situaciji podnositeljke predstveke. Ovaj mehanizam bi trebalo da nadzire nezavisno telo sa odgovarajućim ovlašćenjima, koje će moći da pruži pouzdane odgovore u vezi sa sudbinom svakog deteta i pruži odgovarajuću naknadu, prema slučaju.²³

5. Kakvi su krajnji dometi presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*?

Ima nekoliko aspekata presude *Zorica Jovanović protiv Srbije* koji zaslužuju da budu dodatno komentarisani.

5.1. Procesni aspekt prava na poštovanje porodičnog života

Najpre, ovo je prva presuda – koliko je meni poznato – u kojoj je Evropski sud za ljudska prava primenio procesni aspekt obaveza država članica Evropske konvencije u kontekstu prava na poštovanje porodičnog života. Naime, ono što nedvosmisleno proizilazi iz dosadašnje jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava, jeste to da je procesni aspekt do sada bio vezivan isključivo za povredu prava na život (član 2. Evropske konvencije) i povredu zabrane mučenja, ili nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (član 3. Evropske konvencije). Zaštita prava na život, naime, sastoji od tri glavna aspekta: prvi je dužnost države da se njeni službenici uzdrže od nezakonitog oduzimanja života (tzv. negativna obaveza države), što znači da lica u nadležnosti države ne mogu da budu samovoljno ili nezakonito lišena života od strane države i njenih organa; drugi je dužnost države da istražuje sumnjive smrtne slučajeve (tzv. procesna obaveza države); najzad, dužnost je države da preduzima korake za zaštitu života, a posebno da sprečava gubitak života koji se mogao izbeći (tzv. pozitivna obaveza države).²⁴ Kada je, dakle, reč o tzv. procesnoj obavezi, ona zahteva da država preuzme obavezu da istraži sve navode o svakom slučaju nezakonitog oduzimanja života. Drugim rečima, objektivni nadzor nad svakim nasilnim lišenjem života važan je kako za rodbinu, tako i za poverenje opšte javnosti u sprovođenje pravde i u privrženost države vladavini prava, odnosno radi sprečavanja postojanja privida o bilo kakvom dosluhu između države i onog ko vrši nezakonita dela.²⁵ To znači da obaveza države da štiti pravo na život, pročitana zajedno sa opštom obavezom iz člana 1. Evropske konvencije prema kojoj države ugovornice „svakome u svojoj nadležnosti jemče prava i slobode određene Konvencijom“, podrazumeva da se traži sprovođenje nekog oblika delotvorne službene istrage kada pojedinci izgube život usled upotrebe sile; štaviše, takva delotvorna istraga bezuslovno mora biti sprovedena kada je ubistvo posledica upotrebe sile, bez obzira da li su navodni učinioci službena lica ili

23 *Ibid*, §§ 92-93.

24 Videti Ovey, C.; White R., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006, str. 56; Žarevac, R., *Pravo na život*, Priručnik Evropska konvencija o ljudskim pravima, Beograd, 2007, str. 143.

25 Videti Korljan, E., *Evropska konvencija o ljudskim pravima i pravo na život*, doktorska disertacija, neobjavljeno, Beograd, 2012, str. 270-275.

treća lica.²⁶ Istraga takođe mora biti temeljna (*thorough*), nezavisna (*independent*) u hijerarhijskom, institucionalnom i praktičnom smislu, nepristrasna (*impartial*) i pažljiva (*careful*),²⁷ odnosno revnosna (*diligent*), sveobuhvatna (*comprehensive*) i smisljena (*meaningful*).²⁸ Najzad, veoma je važan i zahtev promptnosti i razumne brzine (*reasonable expedition*) istrage. Naime, Evropski sud prihvata da mogu postojati prepreke ili poteškoće koje sprečavaju napredak istrage u nekoj konkretnoj situaciji; međutim, brz odgovor vlasti koje istražuju upotrebu smrtonosne sile može se uopšteno smatrati bitnim za očuvanje poverenja javnosti u održavanje vladavine prava.²⁹ Jednom reči, istraga mora biti prava – u tom smislu da je ključna obaveza države da postupa, i to da postupa stvarno, a ne fingirano. Iako je Evropski sud u više navrata ponovio da je ta procesna obaveza države obligacija sredstva, a ne obligacija cilja³⁰ – što znači da država ne može unapred garantovati da će istraga dovesti do zadovoljavajućeg rezultata i otkrivanja svih okolnosti nasilne smrti – država mora da postupa po sopstvenoj inicijativi, obavezna je da preduzme sve razložne korake kako bi bili obezbeđeni dokazi koji mogu da dovedu do identifikacije i kažnjavanja odgovornih i mora da se trudi da to čini brzo, odnosno u razumnim rokovima. Otuda ovaj aspekt prava na život koji je označen kao procesna obaveza država, u svojoj suštini predstavlja i jedan *sui generis* slučaj povrede prava na suđenje u razumnom roku koji je vezan za specifične okolnosti u kojima je ubistvo posledica upotrebe nedozvoljene sile.

Sličnu argumentaciju koristio je Evropski sud i ocenjujući povredu zabrane mučenja koju garantuje član 3. Evropske konvencije, pa je citirajući i u konkretnom slučaju presudu *Varnava i drugi protiv Turske*, primenio sasvim široko svoj stav o tome da država ne mora biti odgovorna za sam nestanak neke osobe, ali da njena odgovornost nastaje kada državni organi ne odgovore na zahtev rodaka za informacijama, odnosno kada različite prepreke na putu saznanja tih važnih činjenica ne budu otklonjene zadovoljavajućom brzinom. Procesni aspekt, dakle, ovde je bio primenjen u sasvim drugom kontekstu – nezadovoljavajuće efikasne istrage o tome šta se dogodilo sa ratnim zarobljenicima u Turskoj – što je samo po sebi bilo kvalifikovano kao mučenje, odnosno ponižavajuće postupanje prema podnosiocima predstavki.

Najzad, Evropski sud je procesni aspekt člana 8. Evropske konvencije primenio i u odnosu na povredu prava na poštovanje privatnog života u presudi *M.C. protiv Bugarske*, smatrajući da se dodatne pozitivne obaveze država protežu i na

26 Videti *Case of McCann and Others v. The United Kingdom*, broj predstavke 18984/91, 27. septembar 1995, § 161, Isti stav Sud je zauzeo i u nedavno donetoj presudi *Mučibabić protiv Srbije*, broj predstavke 34661/07 od 12. jula 2016, § 93.

27 Videti *Case of Velikova v. Bulgaria*, broj predstavke 41488/98 od 18. maja 2000, § 80.

28 Videti *Case of Ipek v. Turkey*, broj predstavke 25760/94 od 17. februara 2004, § 145. Videti opširnije Grdinić, E., *Evropski sud za ljudska prava i zaštita prava na život*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 2/2006, str. 119. Navedeno prema Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava – Strasbourški Acquis*, Zagreb, 2013, str. 900.

29 Videti *Case of Jularić v. Croatia*, broj predstavke 26611/08 od 20. januara 2011, § 43.

30 Videti, umesto svih ostalih, *Case of Kelly and Others v. The United Kingdom*, broj predstavke 30054/96 od 4. maja 2001, § 96.

delotvornost istražnog postupka u vezi sa privatnim životom u kontekstu krivičnog postupka koji je u tom slučaju vođen u Bugarskoj u vezi sa prijavom za navodno silovanje.

Dakle, iako se podnositeljka predstavke nije pozivala ni na povredu prava na život, niti na zabranu mučenja, odnosno povredu prava na poštovanje privatnog života, Evropski sud je zaključio da postoji povreda prava na poštovanje porodičnog života zbog toga što podnositeljki predstavke „tužena država nije u kontinuitetu pružala pouzdane informacije o sudbini njenog sina.“³¹ Sa druge strane, za razliku od nestalosti o kojoj govori Evropski sud u u vezi sa nestalošću ratnih zarobljenika, o kojima Turska nije mogla ponuditi nikakav dokaz u vezi njihove sudbine, u predmetu Zorice Jovanović postojao je izvod iz zvanične evidencije Medicinskog centra u Ćipriji o mestu, danu, satu i nepoznatom uzroku smrti novorođenog deteta podnositeljke predstavke.

5.2. Pravilo o šest meseci

Kako je gore već rečeno, Evropski sud je u ovom slučaju stao na stanovište da je predstavka Zorice Jovanović blagovremena, uzimajući da je ona u trenutku podnošenja predstavke 22. aprila 2008. godine još uvek osnovano mogla očekivati ishod događaja koji bi mogao „rešiti presudna činjenična ili pravna pitanja“ u vezi sa njenom pritužbom, te da je takvo stanje trajalo bar do predstavljanja izveštaja Radne grupe Narodne skupštine 28. decembra 2010. godine, kada je postalo očigledno da neće dobiti obeštećenje. Međutim, zanimljivo je da sud pravilo o šest meseci od iscrpljivanja poslednjeg pravnog sredstva za podnošenje predstavke nije vezao za bilo koji akt koji je bio u dispoziciji podnositeljke predstavke. Drugim rečima, Sud je potpuno izostavio iz svog fokusa činjenicu da je krivičnu prijavu protiv medicinskih radnika Medicinskog centra u Ćipriji podneo suprug podnositeljke predstavke tek 10. januara 2003. godine, svega nekoliko meseci pre nego što će kvalifikovani oblik mogućeg krivičnog dela „oduzimanje maloletnog lica iz koristoljublja ili drugih niskih pobuda“ pogoditi zastarelost. Pozivajući se na svoje načelne stavove o početku računanja tog roka za situacije koje traju, te na konstataciju da sve trajne situacije nisu iste, a da u vezi sa nestancima podnosioci predstavki ne mogu neprekidno čekati pre podnošenja predstavke, Sud je sasvim bez komentara prešao preko činjenice da podnositeljka predstavke apsolutno ništa nije preduzela u ovoj stvari čitavih 20 godina; tačnije, sve dok tokom 2001. godine mediji nisu počeli masovno da izveštavaju o roditeljima koji traže svoju navodno nestalu decu. Ostalo je, naime, nejasno kako je moguće da patnja podnositeljke predstavke za sve to vreme ostane skrivena, a da ona nikada ne pokuša da se obrati bilo kom državnom organu i zainteresuje se za sudbinu svog sina?³² Pritom, nikada i ni u

31 Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, op. cit. (fusnota br. 13), § 74.

32 U dvema presudama koje su najbližnje presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*, Evropski sud je utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života zbog toga što mrtvorodena deca podnositeljki predstavki nisu bila sahranjena sa odgovarajućom pažnjom, ali ni u jednom ni u drugom slučaju roditelji nisu propustili da odmah pokrenu postupke u vezi sa propustima nadležnih državnih organa. Videti *Case of Hadri-Vionnet v. Switzerland*, broj predstavke 55525/2000 od 14. maja 2008, § 56-57 i *Case of Marić v. Croatia*, broj predstavke 50132/12, od 12. septembra 2014, § 70-71.

jednoj prilici nije prezentovala nijedan osnov sumnje koji je mogao imati makar minimalni krivičnopравни značaj da se zaista radi o nekom krivičnom delu u vezi sa oduzimanjem dece ili promenom porodičnog stanja.

Poređenja radi, Evropski sud je nedavno doneo odluku kojom je predstavku protiv Srbije proglasio nedopuštenom u slučaju *Ahmet Kamenica i drugi protiv Srbije* upravo zbog primene pravila o roku od šest meseci. Radilo se, naime, o predstavci 67 Bošnjaka koji se se žalili na povredu člana 3. Konvencije i izostanak delotvorne istrage o navodnom mučenju kome su bili podvrgnuti u dva logora (Šljivovica i Mitrovo Polje) na teritoriji Srbije u periodu od jula 1995. do aprila 1996. godine. Sud je smatrao da je to što su podnosioci predstavke podneli krivičnu prijavu Tužilaštvu za ratne zločine tek 6. septembra 2011. godine, posle više od šesnaest godina nakon spornih događaja, sprečilo krivično gonjenje bilo kog krivičnog dela, uz izuzetak ratnih zločina, zbog zastarelosti. Budući da je Tužilaštvo za ratne zločine u Srbiji dosledno odbijalo da klasifikuje zločine koji su se navodno dogodili na srpskoj teritoriji za vreme rata u Bosni i Hercegovini kao ratne zločine, Sud je zaključio da su podnosioci predstavke 2011. godine, u vreme kada su podneli krivičnu prijavu, trebalo da znaju da neće biti krivičnog gonjenja te je, shodno tome, njihova predstavka podneta van roka od šest meseci.³³ Na stav Suda ni najmanje nije uticalo ni to što je Apelacioni sud u Beogradu još 13. juna 2014. godine, postupajući po parničnoj tužbi za naknadu štete koju su podnela dva podnosioca predstavke, Enes Bogilović i Mušan Džebo, doneo pravosnažnu presudu u parničnom postupku, kojom je utvrdio da su podnosioci predstavke u pitanju pretrpeli „intenzivno mučenje i nečovečno postupanje“ te da su „podnosioci predstavke pretrpeli bez svake sumnje najtežu patnju koju pojedinac može da doživi“. Apelacioni sud je opisao postupke čuvara prema dvojici podnosilaca predstavke i drugim licima u centru kao „ponašanje ... teško dostojno ljudskog bića“.³⁴

5.3. Obavezna obdukcija – da ili ne?

Evropski sud za ljudska prava je u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije* u popis relevantnog domaćeg prava uvrstio i Zakon o zdravstvenoj zaštiti iz 2005. godine,³⁵ iako se sporno rođenje deteta dogodilo 1983. godine, kada je važio Zakon o zdravstvenoj zaštiti iz 1992. godine. Razlika u odredbama ova dva zakona u pogledu obaveznog vršenja obdukcije je očigledna. Naime, prema Zakonu o zdravstvenoj zaštiti iz 1992. godine bilo je propisano da se obdukcija vrši obavezno na lešu: 1) lica umrlog u zdravstvenoj ustanovi ako nije utvrđen tačan uzrok smrti; 2) lica umrlog pre isteka 48 časova od početka lečenja; 3) na zahtev doktora medicine koji je lečio lice koje je umrlo; 4) na zahtev doktora medicine određenog od strane nadležnog organa skupštine opštine za utvrđivanje uzroka smrti; 5) kada je to od posebnog značaja za zaštitu zdravlja građana ili kada to nalažu epidemiološki i sanitarni razlozi; 6)

33 Videti odluku *Ahmet Kamenica i ostali protiv Srbije*, broj predstavke 4159/15 od 4. oktobra 2016, § 50-51.

34 *Ibid*, § 16. Svakom tužiocu je dosuđeno po 300.000 dinara na ime naknade nematerijalne štete.

35 Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije. op. cit.* (fusnota br. 13), § 41.

na zahtev člana uže porodice umrlog lica.³⁶ Naprotiv, prema važećem Zakonu o zdravstvenoj zaštiti obdukcija se obavezno vrši: 1) na licu umrlom u zdravstvenoj ustanovi ako nije utvrđen uzrok smrti; 2) na licu umrlom pre isteka 24 sata od početka lečenja u stacionarnoj zdravstvenoj ustanovi; 3) na novorođenčetu koje je umrlo u zdravstvenoj ustanovi odmah nakon rođenja ili tokom lečenja (podvukla M.D.); 4) na zahtev doktora medicine koji je lečio umrlo lice; 5) na zahtev doktora medicine određenog za utvrđivanje uzroka smrti od strane nadležnog organa opštine, odnosno grada; 6) kada je to od posebnog značaja za zaštitu zdravlja građana ili kada to nalažu epidemiološki ili sanitarni razlozi; 7) na zahtev nadležnog suda; 8) na zahtev člana uže porodice umrlog lica; 9) ako smrt nastupi u toku dijagnostičkog ili terapijskog postupka.³⁷ Drugim rečima, budući da ranije važećim zakonom koji je uređivao sistem zdravstvene zaštite nije bila izričito predviđena ovakva vrsta obaveze kada je reč o novorođenoj deci, već se obdukcija obavezno vršila, pored ostalog, na lešu lica umrlog pre isteka 48 časova od početka lečenja ili na zahtev člana uže porodice umrlog lica, u ovom konkertnom predmetu podnositeljka predstavke, kao član uže porodice, nije tražila obdukciju, što je po zakonu mogla da učini, niti je njen sin preminuo pre isteka 48 sati od početka lečenja, a što je bila druga zakonom propisana situacija kada se vršila obavezna obdukcija. Dakle, Evropski sud je u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*, interpretirajući odredbe važećeg Zakona o zdravstvenoj zaštiti iz 2005. godine, došao do zaključka da je država po tom zakonu bila u obavezi da podnositeljki predstavke dostavi izveštaj o obdukciji. To, međutim, nije bilo tačno; tek donošenjem Zakona o zdravstvenoj zaštiti iz 2005. godine predviđena je obavezna obdukcija na svakom novorođenčetu koje je umrlo u zdravstvenoj ustanovi odmah nakon rođenja ili tokom lečenja. Evropski sud je, međutim, i na trenutak kada je umrlo dete Zorice Jovanović 1983. godine primenio Zakon o zdravstvenoj zaštiti od 2005. godine, iz čega je proizašao zaključak Suda da je država po tom zakonu bila u obavezi da podnositeljki predstavke dostavi izveštaj o obdukciji, zasnivajući svoju presudu delimično i na toj konstataciji. Kao što je već ranije rečeno, Zakon o zdravstvenoj zaštiti upravo je u tom segmentu značajno izmenjen 2005. godine u odnosu na zakon koji mu je prethodio, i to tako da je obdukcija svakog deteta koje je umrlo odmah nakon rođenja ili tokom lečenja postala obavezna. Ono što je svakako neprihvatljivo, to je da se odgovornost države mogla temeljiti, između ostalog, i na retroaktivnoj primeni zakona na događaj koji se odigrao 22 godine ranije!

5.4. „Situacija koja je ista ili dovoljno slična situaciji podnositeljke predstavke“

Veoma je važno da je Evropski sud za ljudska prava primenu člana 46. Konvencije ograničio na situacije koje su iste ili dovoljno slične situaciji podnositeljke predstavke. Ovo zbog toga što je uprkos velikoj javnoj i medijskoj vidljivosti Beogradske grupe roditelja, udruženja građana koje, zajedno sa nekoliko

36 Videti čl. 86. st. 1. i 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 17/92, 26/92, 50/92, 52/93, 53/93, 67/93, 48/94, 25/96, 18/02 i 101/05).

37 Videti čl. 222. st. 1. i 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13 i 93/14).

drugih organizacija, već više od 10 godina okuplja roditelje koji žive sa sumnjom da su im iz srpskih porodilišta na neki nepoznat način ukradena deca i istovremeno vode kampanju da od države dobiju odgovore na pitanja o tome šta se tačno dogodilo sa njihovim umrlim novorođenim bebama, Ustavni sud Srbije odbio je ustavnu žalbu G.R., koji je bio jedan od najagilnijih predstavnika te organizacije.³⁸ Ustavni sud je, naime, zaključio da su navodi i tvrdnje podnosioca ove ustavne žalbe bili bitno slični sa ocenama i stavovima Evropskog suda iz presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*, ali da se činjenice i okolnosti koje je utvrdio Ustavni sud u ovom predmetu povodom ustavne žalbe G.R. bitno razlikuju od činjeničnog stanja koje je utvrdio Evropski sud u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*. Naime, supruga podnosioca ustavne žalbe je prevremeno rodila dva dečaka koji su neposredno nakon porođaja – a zbog ozbiljnih poremećaja osnovnih životnih funkcija koje su dijagnostikovane na rođenju i pružanja adekvatne medicinske nege – upućeni u ustanovu specijalizovanu za novorođenčad, koja se upravo bavi lečenjem beba u neonatalnom periodu kod kojih postoje zdravstveni rizici opasni po život. Ustavni sud je ukazao da su nadležni organi, po zahtevu podnosioca ustavne žalbe, prilikom inspekcijskog nadzora utvrdili da su kako o porođaju, tako i o istoriji bolesti, kliničkoj dijagnozi, otpusnoj listi, premeštaju i prijemu novorođenčadi, izvodima iz matičnih knjiga rođenih i umrlih, kao i sprovednicama leševa evidentirani svi relevantni podaci u odgovarajućim registrima, te da nije bilo nikakvih nepravilnosti u vođenju dokumentacije. Drugim rečima, iz dokumentacije koja je bila prezentirana Ustavnom sudu proizilazi da podnosilac ustavne žalbe nije mogao imati bilo kakve nedoumice povodom izveštaja o smrti svoje dece, niti neizvesnosti u pogledu „presudnih činjeničnih i pravnih pitanja“ o tome šta se stvarno dogodilo sa njegovom decom. Nasuprot tvrdnjama podnosioca ustavne žalbe da je povreda prava iz člana 8. Evropske konvencije izvršena time „što tela dece nikada nisu bila predata porodici, što uzrok smrti nije bio utvrđen, što verodostojan obdukcioni zapisnik nikad nije bio predat porodici, što porodica nije nikada bila obavestena kada i gde su deca bila navodno sahranjena, što je krivična prijava bila odbačena bez adekvatne istrage i što podnosilac ustavne žalbe nema nikakvu verodostojnu informaciju o tome šta se desilo njegovoj deci“, Ustavni sud je utvrdio je da su podnosiocu ustavne žalbe dostavljeni svi uredno vođeni medicinski protokoli sa podacima o zdravstvenom statusu prevremeno rođenih blizanaca, preduzetim dijagnostičkim i terapijskim procedurama, istorijama bolesti i otpusnim listama. Nažalost, i pored svih napora lekara da spasu dvoje prevremeno rođene dece, koja su rođena sa ozbiljnim deficitima osnovnih životnih funkcija, nastupila je njihova smrt. Ustavni sud je takođe utvrdio da su činjenice rođenja i smrti oboje dece uredno zabeležene u odgovarajućim registrima kao i u Matičnoj knjizi rođenih i Matičnoj knjizi umrlih, da roditelji nisu odgovorili na poziv zdravstvene ustanove da sahrane svoju decu, te da postoje verodostojni dokazi da je sahrana obavljena u organizaciji i na trošak Instituta za neonatologiju, gde su deca lečena i gde je nastupio letalni ishod.³⁹

38 Videti odluku Ustavnog suda Už – 7936/2013 od 29. oktobra 2015, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 96/15.

39 Opširnije o ovoj odluci Ustavnog suda videti Draškić, M., *Slučajevi „nestalih beba“: Ustavni sud vs. Evropski sud za ljudska prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2017 (u štampi).

Zbog toga je od presudne važnosti da, u sklopu obaveza Srbije koje proizilaze iz člana 46. Evropske konvencije, a koje je Evropski sud naturio Srbiji u presudi *Zorica Jovanović*, svaki pojedinačni slučaj bude detaljno ispitan i činjenice utvrđene od strane nezavisnog tela. Najvažniji aspekt odluke Ustavnog suda o kojoj je bilo reči u ovom tekstu, jeste upravo saznanje da svi slučajevi pritužbi roditelja – kako pred domaćim organima, tako i pred Evropskim sudom – navodno „nestalih beba“ nisu isti.

5.5. Nacrt Zakona o postupku utvrđivanja činjenica o položaju novorođene dece za koju se sumnja da su nestala u porodilištima u Republici Srbiji

Ministarstvo pravde Republike Srbije objavilo je još 5. avgusta 2015. godine na svojoj web stranici Nacrt Zakona o postupku utvrđivanja činjenica o položaju novorođene dece za koju se sumnja da su nestala u porodilištima u Republici Srbiji (u daljem tekstu: Zakon).⁴⁰ Cilj Zakona jeste, sa jedne strane, utvrđivanje činjenica i okolnosti na osnovu kojih se može utvrditi istina o položaju novorođene dece za koju se sumnja da su nestala u porodilištima u Republici Srbiji nakon 1. januara 1970. godine, a za čije eventualno procesuiranje je nastupila zastarelost krivičnog gonjenja, a sa druge strane, izvršenje obaveze Republike Srbije iz presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Zorica Jovanović protiv Srbije*.⁴¹

Predviđeno je da se postupak vodi pred sudijom pojedincem prema pravilima vanparničnog postupka (u prvom stepenu stvarno nadležni su Viši sudovi u sedištimu Apelacionih sudova u Beogradu, Novom Sadu, Nišu i Kragjevcu), a mesna nadležnost određena je prema mestu u kome se nalazilo porodilište, odnosno prema prebivalištu ili boravištu podnosioca predloga kojim se pokreće postupak.⁴² Po žalbi protiv prvostepenog rešenja odlučuje jedan od četiri apelaciona suda, tako što može odbiti žalbu i potvrditi prvostepeno rešenje ili uvažiti žalbu i preinačiti prvostepeno rešenje. Protiv pravnosnažnog rešenja donetog po žalbi revizija nije dozvoljena.⁴³ Postupak je hitan; pravilo je da važi načelo poverljivosti, osim ako sud ne odluči da na zahtev predlagrača postupak otvori za javnost; najzad, sud se rukovodi istražnim načelom, što znači da sud pribavlja po službenoj dužnosti dokaze i podatke od nadležnih državnih i drugih organa te fizičkih i pravnih lica, a može i samostalno utvrđivati činjenice koje predlagrač nije izneo.⁴⁴

Predlog kojim se pokreće postupak mogu podneti roditelji novorođenog deteta za koje postoji razumna sumnja da je nestalo iz porodilišta, a ako nijedan od roditelja nije živ ili nije poslovno sposoban, ovlašćeni predlagrač su i brat, sestra, deda ili baba deteta. Dodatni uslov za podnošenje predloga jeste i to da su se roditelji deteta obraćali državnim organima u vezi sa položajem deteta za koje sumnjaju da je nestalo iz porodilišta u Republici Srbiji u periodu od 1. januara 1970. godine do 9. septembra 2013. godine, kada je nastupila pravnosnažnost presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Zorica Jovanović protiv Srbije*. Zakon navodi i koje

40 Videti <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php> Pristupljeno 13. marta 2017.

41 Videti čl. 2-3. Zakona.

42 Videti čl. 4, 5. i 14. Zakona.

43 Videti čl. 24-25. Zakona.

44 Videti čl. 8-10. Zakona.

činjenice i dokaze predlog za pokretanje postupka treba da sadrži, kao i da se mora podneti u roku od 6 meseci od dana stupanja na snagu Zakona.⁴⁵

Postupak se okončava donošenjem rešenja kojim se utvrđuju činjenice o smrti deteta za koje se vodi postupak ili činjenice koje ukazuju na položaj nestalog deteta, a ako to nije moguće, rešenjem se konstatuje da nije bilo moguće utvrditi položaj nestalog deteta. Rešenjem se, takođe, može utvrditi da je zbog činjenja ili nečinjenja nadležnog organa predlagачu povređeno pravo na porodični život.⁴⁶ Ako nije bilo moguće utvrditi činjenice o smrti deteta niti o položaju nestalog deteta, kao i kada je utvrđena povreda prava na porodični život (odnosno na poštovanje porodičnog života), sud može predlagачu dosuditi pravičnu naknadu nematerijalne štete, pod uslovom da je takav zahtev bio istaknut u predlogu za pokretanje postupka. Visinu pravične naknade određuje sud po slobodnoj oceni, ceneći sve okolnosti slučaja, ali ona ne može biti veća od 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti na dan donošenja rešenja.⁴⁷

6. Umesto zaključka: jedini mogući ishod

Tekst Nacrta Zakona o postupku utvrđivanja činjenica o položaju novorođene dece za koju se sumnja da su nestala u porodilištima u Republici Srbiji dočekan je sa velikim nezadovoljstvom tokom javne rasprave koja još uvek traje, kako od roditelja koji tragaju za svojom navodno nestalom decom,⁴⁸ tako i od strane nekih nevladinih organizacija koje ih podržavaju. Osnovni prigovor je u tome da Nacrtom Zakona nije predviđen neki posebni istražni krivični postupak, a ne vanparnični postupak, koji bi bio pogodan da se dođe do saznanja o svim relevantnim činjenicama u vezi sa podacima o bebama koje su umrle u porodilištima odmah nakon rođenja, a njihova smrt nije dokumentovana na zadovoljavajući način.⁴⁹

45 Videti čl. 15-17. Zakona.

46 Videti čl. 21. Zakona. Bolje bi bilo da je upotrebljena sintagma "pravo na poštovanje porodičnog života" kako je to učinjeno u čl. 8. Evropske konvencije i čl. 2. st. 2. Porodičnog zakona Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2005 i 6/2015), budući da pojam "poštovanje" u očima Evropskog suda podrazumeva postojanje takvih pravnih mehanizama u domaćem pravu koji će obezbediti da se izvrše kako negativne, tako i pozitivne obaveze država članica Konvencije. Negativne obaveze odnose se na dužnost države da se uzdrži od mešanja u pravo na poštovanje porodičnog života, osim ukoliko je to u skladu sa standardima koje propisuje član 8. stav 2. Konvencije, dok pozitivne obaveze znače da država mora aktivno da deluje kako bi omogućila poštovanje nekog od prava koja ulaze u domen prava na privatnost i zaštićena su članom 8. Konvencije.

47 Videti čl. 22-23. Zakona. Predlagач Zakona se u pogledu maksimalne visine naknade očigledno rukovodio standardom iz presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*, u kojoj je podnositeljki priznato pravo upravo na toliki iznos naknade. Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, *op. cit.* (fusnota br. 13), § 93.

48 Evo, na primer, izjave Mirjane Novokmet, jedne od majki koje tragaju za svojom decom: „Pa ključ cele naše priče, je dobra istraga, veštačenja, DNK - da li je dete živo ili mrtvo, nama je potreban dokaz, a dokaz su upravo ili leš deteta da se uradi DNK ili živo dete i da država naravno mora da saopšti tom detetu ko su mu biološki roditelji i da on konačno sazna istinu.” Dostupno na web adresi <http://rs.n1info.com/a207592/Vesti/Vesti/Sta-su-nedostaci-predlozenog-zakona-o-nestalim-bebama.html> Pristupljeno 15. marta 2017.

49 Videti, umesto svih drugih, saopštenje Jukoma od 21. septembra 2016. godine. Dostupno na web adresi <http://rs.n1info.com/a195305/Vesti/Vesti/Jukom-Nacrt-zakona-o-nestalim-bebama-nije-dobar.html> Pristupljeno 15. marta 2017.

Takav novi krivični postupak, međutim, nije moguće sprovesti, zbog toga što ne postoji ustavna mogućnost da se naknadnim donošenjem kasnijeg zakona omogući procesuiranje ranije nastalih slučajeva navodnog nestanka novorođene dece iz porodilišta, niti bi bilo opravdano vršiti izmene odredaba Krivičnog zakonika i Zakonika o krivičnom postupku. Ustav Srbije, naime, izričito odredbom zabranjuje da zakoni i svi drugi opšti akti imaju povratno dejstvo, a da odredba krivičnog zakonika može imati povratno dejstvo samo ako je blaža za učinioca krivičnog dela.⁵⁰ To znači da činjenicu da je za sva eventualna krivična dela za koja je nastupila apsolutna zastarelost – što je upravo i bio smisao donošenja ovakvog *lex specialis*-a – ne bi bilo moguće zakonskom intervencijom promeniti tako što bi se produžili rokovi zastarelosti, jer bi takva izmena svakako bila strožija, a ne blaža za mogućeg učinioca krivičnog dela. Sa druge strane, propisivanje novih krivičnih dela izmenama krivičnog zakonodavstva takođe bi bilo u suprotnosti sa drevnim pravilom krivičnog prava i ustavnog prava, da se niko ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena.⁵¹

Stoga je ovakav tekst Nacrta Zakona, po mom mišljenju, jedini prihvatljiv put da se u svakom pojedinom slučaju uvrđi da li postoji relevantna dokumentacija koja potvrđuje eventualno lečenje, smrt, obdukciju i sahranjivanje deteta ili takvi dokazi ne postoje i ni na koji drugi način nije moguće utvrditi pouzdano šta se dogodilo sa telom umrlog novorođenčeta. U tom slučaju, država je dužna da podnosiocu predloga u ovom postupku isplati pravičnu naknadu nematerijalne štete zbog toga što nije bila u prilici da ponudi urednu dokumentaciju koja bi roditelje lišila daljih sumnji i neizvesnosti o tome šta se stvarno dogodilo sa njihovom decom. Najzad, ni iz teksta presude *Zorica Jovanović protiv Srbije* ne proizilazi da je odgovornost države Srbije u tome što nije sankcionisala eventualno učinjeno krivično delo, već u tome što podnositeljki predstavke „u kontinuitetu nije pružala pouzdane informacije o sudbini njenog sina.“⁵² Otuda i obaveza koja je izrečena Srbiji, u skladu sa članom 46. Evropske konvencije, ne glasi na ponovno vođenje krivičnih postupaka ili izmenu krivičnog zakonodavstva i produžavanje rokova zastarelosti, kao što je to tražila podnositeljka predstavke, već samo na preduzimanje svih odgovarajućih mera, po mogućstvu putem *lex specialis*-a, kako bi se osiguralo „uspostavljanje mehanizma sa ciljem obezbeđenja pojedinačnog obeštećenja svim roditeljima u situaciji kao što je ili koja je dovoljno slična situaciji podnositeljke predstavke. Ovaj mehanizam bi trebalo da nadzire nezavisno telo, sa odgovarajućim ovlašćenjima, koje će moći da pruži pouzdane odgovore u vezi sa sudbinom svakog deteta i pruži odgovarajuću naknadu, prema slučaju.“⁵³

50 Videti čl. 197. Ustava Srbije.

51 Videti čl. 34. st. 1. Ustava Srbije.

52 Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, *op. cit.* (fusnota br. 13), § 74.

53 *Ibid.*, § 92.

Dr. sc. Marija Draškić, full professor
Faculty of Law, University in Beograd

JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS *Zorica Jovanovic v. SERBIA*: WHAT LEGAL OBLIGATIONS FOLLOW?

Summary

The author of the article reviews and comments with criticism on the judgment of the European Court of Human Rights *Zorica Jovanovic v. Serbia*. The Court concludes that there has been a violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights because „the applicant has suffered a continuing violation of the right to respect for her family life on account of the respondent State’s continuing failure to provide her with credible information as to the fate of her son”. It is one of the so-called ”missing babies” cases, what is in fact the public alleging by the parents who deem that they did not receive complete documentation on the death of their children who died in the hospital shortly after birth. The Court ordered the Serbian state to pay the applicant non-pecuniary damage of 10 000 euros, but also „to take all appropriate measures, preferably by means of a *lex specialis* to secure the establishment of a mechanism aimed at providing individual redress to all parents in a situation such as, or sufficiently similar to, the applicant’s. This mechanism should be supervised by an independent body, with adequate powers, which would be capable of providing credible answers regarding the fate of each child and awarding adequate compensation as appropriate.” This meant that Serbia needed to adopt a special law on the basis of which will be resolved all the controversial cases within one year from the date on which this judgment became final. Such a law unfortunately has not been adopted for the time being; for now there is a draft law and the public hearing is going on for which the author believes that satisfactorily meets the requirements of the judgment *Zorica Jovanović v. Serbia*.

Key words: the judgment *Zorica Jovanović v. Serbia*, the right to respect for family life, ”missing babies”

dr. sc. Suzana Bubić, profesor emeritus
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

ULOGA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PRIZNAVANJU ISTOSPOLNIH ZAJEDNICA

Autorica u radu razmatra ulogu koju Evropski sud za ljudska prava ima u procesu priznavanja istospolnih zajednica u nacionalnim zakonodavstvima. Istraživanjem prakse ovog Suda utvrđuje da ona ima uticaj tek u posljednje vrijeme, kada Sud, prihvativši evoluciju mišljenja i stavova te zakonskih rješenja u nacionalnim pravima i evropskom pravu, počinje obavezivati nacionalne zakonodavce da urede registrovane zajednice i priznaju prava i dužnosti registrovanim partnerima.

Nakon uvodnih napomena o problemima s kojima se Sud susretao i reformama izvršenim u cilju poboljšanja efikasnosti Suda, autorica analizira proces evolucije stavova Suda u pogledu utvrđenja povrede pojedinih konvencijskih prava istospolno orijentisanih osoba i istospolnih parova. Iza toga slijedi razmatranje okolnosti koje Sud uvažava pri donošenju presuda u analiziranim predmetima, na osnovu kojih su izvedeni i zaključci o mogućoj, odnosno očekivanoj budućoj praksi Suda u ovoj oblasti.

Ključne riječi: pravo na brak, istospolna zajednica, istospolni brak

1. Uvodne napomene

Od vremena osnivanja pa do danas uloga Evropskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: Sud) kao zaštitnika prava normiranih u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje u tekstu: Konvencija) bitno se izmijenila. Njegov značaj je lagano i postepeno rastao do kraja 80-ih godina prošlog vijeka, od kada se broj predmeta pokrenutih i vođenih pred njim počeo naglo povećavati.¹ To

¹ Prema statističkim podacima, broj registrovanih aplikacija (registrovanih nakon prethodnog ispitivanja i dodijeljenih na odlučivanje) je u stalnom porastu: 404 u 1981. godini, 2.037 u 1993, 4.750 u 1997, 8.400 u 1999 (podaci preuzeti iz: Keller, H; Fischer, A; Kühne, D, *Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals*. The European Journal of International Law 2010, 21 (4), str. 1027, dostupno na [https://academic.oup.com/ejil/article/21/4/1025/418149/Debating-the-Future-of-the-European-Court-of-Human-pristup](https://academic.oup.com/ejil/article/21/4/1025/418149/Debating-the-Future-of-the-European-Court-of-Human-) 3.2.2017). U 2001. godini broj registrovanih aplikacija je porastao na 13.800, a do 2013. godine njihov stalno rastući broj se popeo na 65.800. U sljedeće dvije godine on pada – u 2014. na 56.200, a u 2015. na 40.650, dok u 2016. godini ponovo bilježi rast - 53.500 (za 32% u odnosu na 2015; Cour européenne de droit des hommes, Rapport annuel 2016 Version provisoire, Conseil de l' Europe - Cour européenne de droit de l' hommes, Strasbourg, 2017, str. 206, dostupan na http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_FRA.pdf., pristup 3.2.2017). U 2014. godini Sud je donio 2388, u 2015. godini 2441 (Cour européenne de droit de l' hommes, Rapport annuel 2015, Greffe de Cour européenne de

je bilo posljedica ne samo češćeg kršenja ljudskih prava, već i odlučnosti subjekata da traže njihovu zaštitu pred ovim Sudom. Razlog ovog povećanja je i porast broja država članica Vijeća Evrope, odnosno populacije unutar Vijeća Evrope i činjenice da se protiv Rusije i Turske, najmnogoljudnijih članica, pokretao veliki broj predmeta.² Broj pendentnih predstavi se također povećavao do 2011, ali se do kraja 2015. godine znatno smanjio (sa 150.000 na 64.000), zahvaljujući reformi izvršenoj Protokolom br.14³ Veliki broj predmeta doveo je do zagušenja Suda, odnosno do ugrožavanja efikasnosti konvencijskog sistema zaštite i „nemogućnosti da ispuni svoju centralnu misiju pružanja pravne zaštite ljudskih prava na evropskom nivou.“⁴ Efikasnost zaštite koju Sud pruža ugrožena je dugim trajanjem postupaka, čije skraćivanje se nije uspjelo postići ni izvršenom reformom. Kao primjer za to može se navesti predmet iz novije prakse - Chapin & Charpentier p. Francuske, u kojem je presuda donesena devet godina nakon podnošenja predstave.⁵

Porast broja predmeta o kojima je odlučivao imao je za posljedicu i pad kvaliteta presuda Suda, odnosno njihovih obrazloženja. U vrijeme kada Sudu nije podnošen veliki broj predstavi, njegove presude su, sasvim razumljivo, bile kvalitetne i obrazložene na način koji se od njega i očekivao. Naprotiv, suočenom s problemom ogromnog broja predmeta, postalo mu je teže donositi „principijelne odluke u velikim slučajevima“, osigurati „dosljednost sudske prakse, kvalitet motiva, kredibilitet presuda“ i izbjeći mogućnost da pogriješi i odstupi od načina koje primjenjuje u praksi.⁶

Dalja reforma, usmjerena na poboljšanje efikasnosti i legitimiteta Suda, izvršena je Protokolom broj 16.⁷ Radi jačanja odnosa između nacionalnih organa i Suda i osnaženja primjene Konvencije, u skladu s principom supsidijarnosti (tačka 3. Preambule), nadležnost Suda je proširena uvođenjem mehanizma koji omogućava određenim domaćim sudovima (vrhovnim i tribunalima) da od Suda traže

droit de l'homme, Strasbourg, 2016, str. 195,

http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_FRA.pdf, pristup 3.2.2017), a u 2016. godini 1926 presuda (manje za 21% u odnosu na 2015; Rapport annuel 2016). U 2016. godini porastao je i broj pendentnih predmeta na 79.750 (23% u odnosu na 2015; Rapport annuel 2016, str. 201).

2 U periodu od 2005 – 2008. godine više od polovine predmeta vodilo se protiv pet država, dok je oko 60% pendentnih predmeta u toku 2009. godini također vođeno protiv pet država: protiv Rusije 28,1%, Turske 11%, Ukrajine 8,4%, Rumunije 8,2% i Italije 6%) (*supra note* 1).

3 Protokolom broj 14 uz Konvenciju o izmjeni nadzornog sistema Konvencije uvedena je mogućnost da Sud zasjeda kao sudija pojedinac, s ovlaštenjem da zahtjev proglasi nedopuštenim ili ga briše sa sudske liste slučajeva, onda kada takvu odluku može donijeti bez daljeg razmatranja (član 27 Konvencije). te su priznata nova ovlaštenja vijeću od trojice sudija (član 28) (dostupan na: <http://www.sabor.hr/fgs.axd?id=4301>, pristup 19. 1. 2017)

4 Keller, H; Fischer, A, Kühne, D, *ibidem* p. 1025.-

5 Affaire Chapin et Charpentier c. France, Requête no 40183/07, Arrêt Strasbourg, 9 juin 2016, Définitif 09/09/2016, dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163436#{"itemid":\["001-163436"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163436#{), pristup 1.3.17.

6 Costa, Jean-Paul, *La Cour européenne des droits de l'homme*, izlaganje na: Conférence à l'Académie des Sciences Morales et Politiques Paris, Institut de France, 25 janvier 2016, dostupno na: http://www.asmp.fr/travaux/communications/2016_01_25_Costa.htm, pristup 7.7.2016.

7 Protocol No 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg 2. 10. 2013, dostupan na: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf, pristup 19. 1. 2017.

savjetodavna mišljenja. Ova mišljenja se mogu tražiti samo o načelnim pitanjima koja se tiču tumačenja ili primjene prava i sloboda definisanih Konvencijom i njenim protokolima (stav 1. člana 1. Protokola), a u kontekstu predmeta koji se vodi pred Sudom, uz navođenje razloga traženja i dostavljanje relevantne pravne i činjenične osnove predmeta (stavovi 2. i 3. člana 1).

Jačanju autoriteta i utjecaja Suda doprinosi njegovo tumačenje odredaba Konvencije⁸ Metode koje Sud primjenjuje su evolutivna i teleološka metoda.⁹ ¹⁰ Njihovom primjenom se odredbama Konvencije koje su u vrijeme kada su donesene imale jedno značenje daje sasvim drugačiji, novi smisao koji je u skladu s novim shvatanjima, uslovima i potrebama života. Polazeći od toga da odredbe Konvencije nisu statične već su odraz društvenih promjena, Sud zauzima stav da se pri njihovom tumačenju mora uzeti u obzir savremena stvarnost i stavovi, a ne situacija koja je prevladavala u vrijeme donošenja Konvencije, tako da ono što je tada bilo prihvatljivo, nije nužno prihvatljivo i nakon proteka dužeg vremenskog perioda.¹¹ U nizu presuda, počevši od presude u predmetu *Tyrer p. UK (1978)*¹², Sud je isticao da se Konvencija, kao živ instrument, «mora čitati u svjetlu uslova današnjeg života».¹³ Ovome je u presudi u predmetu *Marckx p. Belgije (1979)* dodao da Sud „ne može da ne uzme u obzir činjenicu da je nacionalno pravo u većini država članica Vijeća Evrope evoluiralo i da se nastavlja razvijati zajedno sa svim relevantnim međunarodnim instrumentima.“¹⁴

Ovo tumačenje Konvencije u svjetlu drugih međunarodnih instrumenata izričito je normirano Bečkom konvencijom o pravu međunarodnih ugovora (članovi 31. i 33), na koju se Sud pozvao u više presuda. U njima je ponavljao da po opštem pravilu tumačenja sadržanom u članu 31. ove Konvencije „postupak otkrivanja i utvrđivanja pravog značenja termina iz ugovora je cjelina, jedna povezana aktivnost“. U ovoj odredbi su navedeni elementi koji se koriste pri tumačenju i njihov redosljed,

8 Prema članu 32. stav 1. Sud je nadležan za sva pitanja koja se tiču tumačenja i primjene Konvencije i protokola uz nju, bilo da se radi o međudržavnim sporovima ili pojedinačnim predstavkama, izvršenju presuda ili o savjetodavnim mišljenjima.

9 O primjeni teleološke metode i shvatanju pravila Konvencije u funkciji ciljeva kojima teži Vijeće Evrope, vidjeti: Grataloup, S, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, Paris 1998, str. 24.

10 Pored ovih navodi se i metoda *pro victima* (Costa, Jean-Paul, supra note 6).

11 U tom smislu P. van Dijk, J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, Hague 1998, str.77-78; Bubić S, *Istospolni brak u pozitivnom pravu i perspektive*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu (Drugo međunarodno savjetovanje "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse –Neum, 2005), Mostar 2005.

12 Case of *Tyrer v. the United Kingdom*, Application no. 5856/72, Judgment Strasbourg 25 April 1978, § 31, dostupno na <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1978/2.html>, 22. 1. 2017.

13 Intervenijenti u predmetu *Schalk i Kopf p. Austrije* su naveli da Sud ovaj pristup koristi za razvoj prakse samo kada utvrdi usklađenost standarda između država članica (§ 46, *infra note 39*)

14 Case of *Marckx v. Belgium*, Application no. 6833/74, Judgment Strasbourg, 13 June 1979, § 41, dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["6833/74"\],"itemid":\["001-57534"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pristup 22. 1. 2017.

pri čemu je kao prvi određen „otkrivanje uobičajenog značenja termina iz ugovora – u njegovom kontekstu i u svjetlu njegovog predmeta i cilja“.¹⁵

Ovakvo tumačenje Konvencije i presude koje Sud donosi polazeći od utvrđenog značenja relevantnih pojmova, odnosno vezanost država članica ovim presudama, imaju za posljedicu smanjenje suvereniteta država. Presude Suda su obavezujuće; država mora, postupajući po njima, izmijeniti zakonski propis koji vrijeđa pravo iz Konvencije i unaprijediti postojeće stanje kada državni organ učini povredu. Smanjenju suvereniteta doprinosi i direktna primjena međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, za što se kao ilustracija može navesti Povelja EU o osnovnim ljudskim pravima, a upravo vezano za pravo na brak. Prema članu 9. Povelje nacionalna prava imaju glavnu ulogu i slobodu u normiranju ovog prava, u skladu s odgovarajućim društvenim i kulturnim konceptima. Međutim, ona ipak ne mogu potpuno samostalno uređivati ostvarivanje ovog prava, što je posljedica njegovog uključenja u centralne instrumente o ljudskim pravima kojim se, nezavisno od domaćih propisa, garantuje određeni minimum standarda ljudskih prava.¹⁶¹⁷

Primjena evolutivne metode tumačenja može se pratiti u predmetima koji se tiču kako osoba istospolne orijentacije, tako i istospolnih partnera, odnosno onih koji se tiču istospolne zajednice i istospolnog braka. U prvoj grupi predmeta Sud je priznao pravo na poštovanje privatnog života i na zaštitu od diskriminacije puno prije nego u drugoj grupi.

2. Praksa Evropskog suda za ljudska prava u predmetima koji se tiču istospolno orijentisanih osoba i istospolnih zajednica

U najranijoj praksi homoseksualno orijentisane osobe su se obraćale Sudu predstavkama u kojima su tvrdile da je pojedinim zakonskim rješenjima sadržanim u nacionalnom pravnom sistemu ili postupanjem nadležnih organa u praksi povrijeđeno njihovo pravo na poštovanje privatnog života. Stoga su se i presude Suda kojim je utvrđivana povreda privatnog, a kasnije i porodičnog života, odnosile samo na istospolno orijentisane pojedince, a tek kasnije na istospolne partnere.

15 Case of Witold Litwa v. Poland, Application no. 26629/95 Judgment 4 April 2000, §§58 – 59, dostupno na:

http://www.google.ba/url?url=http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-58537%26filename%3D001-58537.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwj_nuu4-afOAhXGuhQKHcDzCf4QFggXMAE&usg=AFQjCNGIV7wpmUWwDUjB1ym6GGjQuRTjcg, pristup 22. 1. 2017.

16 The Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the Union, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, june 2006, str. 99, dostupno na: <http://cridho.uclouvain.be/documents/Download.Rep/NetworkCommentaryFinal.pdf>, pristup 22. 1. 2017.

17 U komentaru Povelje navedeno je da član 9. ne zahtijeva izričito „da domaća prava treba da olakšaju brakove [osoba istog spola]. Međunarodni sudovi i komiteti su do sada oklijevali proširiti primjenu prava na brak na istospolne parove...“ (ibidem, str. 103)

Tako je Sud povredu prava na poštovanje privatnog života¹⁸ utvrdio, naprimjer, u slučaju zakonskog normiranja mogućnosti krivičnog gonjenja i kažnjavanja homoseksualnog ponašanja, odnosno zabrane homoseksualne aktivnosti.¹⁹ Polazište mu je bilo to da domaći sudovi ne mogu uvažavati činjenicu da su u „maloj manjini“ evropske zemlje koje koriste blanketnu zakonsku zabranu prema homoseksualcima u svojim oružanim snagama. Tu činjenicu ni sam Sud ne može previdjeti, iako su tek „relativno nedavno“ rasprostranjeni i dosljedno se razvijaju stavovi i s njima povezane pravne promjene u državama ugovornicama vezane za ovo pitanje.²⁰

Zaštita istospolno orijentisanih osoba kao pojedinaca je pretpostavka za zaštitu istospolnih zajednica primjenom Konvencije. Upravo su ovim redosljedom evoluirali i stavovi Komisije²¹ i Suda u pružanju zaštite koju su ove osobe zahtijevale. Tako je Sud utvrdio i zabranio njihovu diskriminaciju u oblasti ostvarivanja roditeljskog staranja (Salgueiro da Silva Mouta p. Portugala, 1999²²) i usvojenja

18 Pojam „privatni život“ nije definisan ni u članu 8. Konvencije, a nije određen ni u praksi Suda. U presudi u predmetu Niemietz p. Njemačke Sud je naveo da „ne smatra mogućim ili potrebnim pokušati iscrpno definisati pojam ‘privatni život’. Međutim, bilo bi previše restriktivno ograničiti pojam na ‘unutrašnji krug’ u kojem pojedinac može živjeti svoj vlastiti lični život kako odabere i da iz toga potpuno isključi vanjski svijet neobuhvaćen tim krugom. Poštovanje privatnog života mora također sadržati u određenoj mjeri pravo na uspostavljanje i razvoj odnosa s drugim ljudima“ (§ 29). Tumačenje cilja člana 8. kao zaštite pojedinaca od arbitrnog miješanja javnih vlasti „ne bi nepotrebno ometalo države ugovornice, jer bi zadržale svoje pravo na ‘miješanje’ u mjeri u kojoj to dozvoljava stav 2. člana 8“ (§ 31). (Case of Niemietz v. Germany, Application no. 13710/88, Judgment, Strasbourg, 16 December 1992, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1992/80.html>, pristup 4. 3. 2017)

Isti stav o nepodložnosti iscrpnom definisanju ovog širokog pojma je ponovljen i u presudi u predmetu Bensaid v. UK. Kao važne elemente lične oblasti zaštićene članom 8. utvrdio je rodnu identifikaciju, ime, spolnu orijentaciju i spolni život. (Case of Bensaid v. The United Kingdom, Application no. 44599/98, Judgment Strasbourg, 6 February 2001, Final, 06/05/2001, § 47, <http://www.refworld.org/pdfid/3deb8a1e4.pdf>, pristup 14. 3. 2017)

19 Dudgeon v. the United Kingdom, Application no. 7525/76, Judgment, Strasbourg 22 October 1981, § 41 (dostupno na: <http://ceere.eu/wp-content/uploads/2016/03/CASE-OF-DUDGEON-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>, pristup 4. 3. 2017); Norris p. Irske, Application no. 10581/83, Judgment, Strasbourg 26 October 1988, § 47 (dostupno na: <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1988/22.html>, pristup 4. 3. 2017); Modinos v. Cyprus, Application 15070/1989, Judgment, Strasbourg 22. April 1993, § 24 (dostupno na:

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695711"\],"itemid":\["001-57834"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pristup 4. 3. 2017) Ni u jednom od ovih predmeta Sud nije utvrđivao i diskriminaciju podnositelja po osnovu spolne orijentacije. Samo u prvom predmetu je kratko obrazložio zašto nije smatrao potrebnim ispitivati ovaj predmet u kontekstu člana 14. Konvencije. Naveo je da „nije svrsishodno da se zakonska svrha koristi u određenju da li je on dodatno trpio diskriminaciju u poređenju s drugim osobama izloženim manjoj diskriminaciji. Ne može se reći da jasna nejednakost u tretmanu ostaje osnovni aspekt predmeta.“ (§§ 69. i 70).

20 Case of *Smith and Grady v. UK*, Applications nos 33985 and 33896, Judgment Strasbourg 27 September 1999, Final 27. 12. 1999, § 104, dostupno na:

<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-smith-and-grady-v-united-kingdom-applications-nos-3398596-3398696>, pristup 1. 3. 2017.

Stav o nemogućnosti zanemarivanja promjena koje su se desile u nacionalnim pravima država članica Sud je zauzimao i u ranijim predmetima, naprimjer u *Dudgeon v. UK*, § 60, supra note 18.

21 Evropska komisija za ljudska prava je, pored Suda, obavljala sudsku funkciju do stupanja na snagu Protokola 11. Evropske konvencije o ljudskim pravima koji ju je ukinuo. Međutim, radi okončanja pendentnih postupaka, nastavila je s radom do 31. 10. 1999. godine.

22 Application 33290/96, Decision 21.12.1999, <http://www.echr.fr/hudoc>, pristup 2. 7. 2002.

(E. B. p. Francuske, 2008²³). Na proces zakonskog priznanja istospolnih zajednica i brakova praksa Suda sve do nedavno nije imala uticaj, već je ovaj proces započeo u nacionalnim zakonodavstvima, kao rezultat zahtjeva različitih organizacija. Uloga Suda dolazi do izražaja tek u posljednje vrijeme, kada Sud, prihvativši evoluciju mišljenja i stavova, zakonskih rješenja u nacionalnim pravima i u evropskom pravu, počinje obavezivati nacionalne zakonodavce da urede registrovane zajednice i priznaju prava i dužnosti registrovanim partnerima. Sud je dugo znatno zaostajao kako za nacionalnim, tako i evropskim zakonodavcem. U vrijeme kada su nacionalni zakonodavci već legalizovali istospolne zajednice, bilo da se radi o registrovanim partnerstvima bilo o brakovima, on je još uvijek ustrajavao na odbijanju intervencije u nacionalno pravo i praksu vezane za ove zajednice. Ishodište ovakvog stava Suda nije ni evropsko zakonodavstvo, s obzirom da je više dokumenata Vijeća Evrope, kao i Evropske unije, upućivalo na priznavanje šireg ili užeg kruga prava partnerima iz registrovane zajednice, a neobavezujući dokumenti od država zahtijevali čak i priznavanje ovih zajednica i njihovo izjednačenje s brakom (Rezolucija o jednakim pravima homoseksualaca i lezbijki u EZ /1994/, Rezolucija o poštovanju ljudskih prava u EU /2000.g./, Rezolucija o situaciji vezanoj za osnovna prava u EU /2003/, Direktiva o ponovnom spajanju porodice /2003/, Direktiva Evropskog parlamenta i Vijeća EU o pravu na slobodno kretanje i zadržavanje /2004/).²⁴

Što se tiče prakse nacionalnih sudova, vrhovni sudovi evropskih država su, prije legalizovanja istospolnih zajednica odnosno brakova u nacionalnom pravu, zauzimali stavove da njihovi ustavi ne zabranjuju isključenje istospolnih parova iz zakonskog braka.²⁵ Međutim, jedan broj ustavnih sudova, odnosno jedan broj sudija pri donošenju odluka odstupa od ovakvog tumačenja.²⁶

Kao primjer ovakvog postupanja može se navesti odluka Ustavnog suda Slovenije iz 2009. godine. Postupajući po zahtjevu za utvrđenje neustavnosti odredbe člana 22. Zakona o registraciji istospolne partnerske zajednice (dalje: ZRIPZ) kao diskriminirajuće u pogledu nasljednog prava partnera, ovaj sud je pošao od stava da se o diskriminaciji radi kada država na osnovu ličnih okolnosti različito tretira pojedince u istim situacijama. U skladu s tim imao je zadatak uporediti položaj podnositelja predstavke s položajem bračnog partnera. Pošto je utvrdio da je registrovana partnerska zajednica odnos u suštini sličan braku ili vanbračnoj zajednici, čije je bitno obilježje stabilna veza dvije bliske osobe koje se međusobno pomažu i podržavaju (t.12), zaključio je da je uređenje nasljeđivanja po ZRIPZ u suprotnosti sa stavom 1.

23 Application no.43546/02, Judgment 22. januar 2008, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["43546/02"\],"itemid":\["001-84571"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pristup: 13. 4. 2014.

24 O ovim dokumentima v.: Bubić, S, *supra* note 11.

25 Wintemute, R, *Written Comments of FIDH, ICJ, AIRE CENTRE & ILGA-EUROPE Submitted on 27 October 2009*, dostupno na: https://www.fidh.org/IMG/pdf/chaplin_charpentier_v_france_fidh_writtencomments_oct2009.pdf, pristup 6. 3. 2017.

26 Tako je Savezni njemački ustavni sud odlučio da se registrovanim partnerima istog i različitog spola moraju priznati iste porodične penzije (Odluka od 7. 7. 2009, *ibidem*).

Pri donošenju odluke od 9. 7. 2009. godine dvojica od petorice sudija Ustavnog suda u Portugalu izrazila su neslaganje s odlukom većine da se, i pored izričite zabrane diskriminacije po osnovu spolne orijentacije, podrži isključenje istospolnih parova iz zakonskog braka (*ibidem*).

žive zajedno, pa je utvrdila da nije učinjena ni povreda člana 14, pa je predstavku proglasila nedopustivom.

Od stavova zauzetih u odlukama u razmatrana dva starija predmeta (X. i Y. te Simpson) Sud je pošao i u predmetu Mata Estevez p. Španije (2001), pa nije utvrdio ni povredu prava na poštovanje porodičnog ni privatnog života. „U skladu s ustanovljenom praksom konvencijskih institucija (u maju 2001) dugotrajni homoseksualni odnosi između dva muškarca ne spadaju u okvir prava na poštovanje porodičnog života.“ I pored toga što je priznao da „se emocionalni i spolni odnos podnositelja predstavke tiče njegovog privatnog života“, odbijanje da se podnosiocu dosudi porodična penzija nakon smrti partnera nije utvrdio kao povredu prava na poštovanje privatnog života. Uz to, naveo je, s obzirom na to da Konvencija ne garantuje pravo na penziju, da je miješanje u privatni život bilo opravdano i da je razlika u tretmanu imala zakonit cilj - zaštitu porodice zasnovane na braku te da ona spada u slobodnu procjenu države. Stoga je predstavku proglasio nedopustivom.³²

2. 1. 2. Priznanje prava na poštovanje doma

U situaciji vrlo sličnoj onoj u predmetu Simpson, Sud je 17 godina kasnije, u predmetu Karner p. Austrije (2003),³³ odlučio sasvim drugačije. Spremniji nego u starijoj praksi prihvatiti ideju o potrebi zaštite istospolnih zajednica, pružio je zaštitu istospolnom partneru kojem su austrijski nadležni organi negirali pravo da naslijedi zakup stana nakon smrti partnera – zakupca s kojim je u stanu živio pet godina te pravo da ostane živjeti u njemu. Sud ni u ovom predmetu nije utvrdio da je ovakvim postupanjem povrijeđeno podnositeljevo pravo na poštovanje porodičnog života, već mu je zaštitu pružio u kontekstu prava na dom. Naveo je da mora razmotriti da li predmet spada u domen člana 8, naglašavajući da ne treba utvrđivati pojmove „privatni život“ ili „porodični život“, s obzirom da se prigovor podnositelja odnosi samo na način na koji je navodna razlika u tretmanu negativno uticala na uživanje njegovog prava na poštovanje doma (§§ 32 -33).

Što se tiče diskriminacije, Sud je i u ovom predmetu ponovio da član 14. dopunjava druge materijalne odredbe Konvencije i njenih protokola i da ima dejstvo samo u odnosu na „prava i slobode“ zagarantovane drugim odredbama (§ 31).

Nakon ispitivanja da li u konkretnom slučaju postoji opravdanje za ograničavanje prava na poštovanje porodičnog doma, prihvatio je stav, suprotan onom zauzetom u predmetu Simpson, da „zaštita porodice u tradicionalnom smislu je, u principu, značajan i legitiman razlog koji može opravdati razliku u tretmanu“ (§ 40). Što se tiče principa proporcionalnosti, stav Suda je da on, onda kada država

³² Mata Estevez c. Spain, 56501/00, Decision 10/05/2001, dostupno na:

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["56501/00"\],"itemid":\["001-22334"\]},](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) pristup 17. 3. 2107.

³³ Karner v. Austria, Application no. 40016/98, Judgment Strasbourg, 24 July 2003, Final 24/10/2003, dostupno na:

https://www.google.ba/search?q=karner+v.+austria&rls=com.microsoft:bs-ba:IE-Address&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&gws_rd=cr,ssl&ei=FF7AWJ7IFcWlsAH70KXwAg, pristup 1. 3. 2017.

Podnositelj predstavke je prigovorio da je bio žrtva diskriminacije po osnovu spolne orijentacije koju je učinio Vrhovni sud Austrije odlukom kojom mu je osporio status „životnog partnera“ u smislu Zakona o zakupu, sprečavajući ga time da naslijedi zakup umrlog partnera (§ 29).

ima usku slobodnu procjenu, kakva je u slučaju razlike u tretmanu po osnovu spola ili spolne orijentacije, „ne zahtijeva samo da odabrana mjera u principu odgovara ostvarivanju postavljenog cilja“, već da se mora i dokazati da je bila „nužna radi postizanja ovog cilja da se neke kategorije ljudi – u ovom slučaju osobe koje žive u homoseksualnom odnosu – isključe iz oblasti primjene člana 14. Zakona o zakupu.“ (§ 41). Utvrdio je da Vlada nije ponudila uvjerljiv i važan razlog koji može opravdati razliku u tretmanu, odnosno usko tumačenje relevantnih zakonskih odredaba (§ 42) i zaključio da je učinjena povreda člana 14. Konvencije u vezi s članom 8 (§ 43).

Za razliku od predmeta Simpson, Sud je, znači, utvrdio postojanje diskriminacije između partnera različitog i istog spola, što ovu presudu i čini značajnom. Iako spolna orijentacija nije izričito navedena ni u Konvenciji ni u Protokolu br.12 Konvencije kao osnov diskriminacije, zaštita istospolnim partnerima se može pružiti, i Sud je pruža, po osnovu „svake druge okolnosti“, navedene uz ostale zabranjene osnove diskriminacije. Nakon priznanja istospolnim partnerima prava na poštovanje doma, moglo se očekivati i priznanje prava na poštovanje porodičnog života.³⁴

Po nekim autorima³⁵ to je učinjeno presudom u predmetu Emonet p. Švajcarske (2007)³⁶, u kojoj je Sud naveo da „pojam porodica, u smislu člana 8, nije ograničen samo na odnos zasnovan na braku, već može obuhvatiti i druge *de facto* ‘porodične veze’ u kojim partneri žive zajedno a da nisu u braku“ (§ 34). Na tome što u presudi ni na jednom mjestu nije pomenut spol partnera³⁷ zasnovan je stav da „ništa (...) ne sugerise da ‘partneri’ ili ‘par’ ne mogu biti istog spola“. Drugačijim tumačenjem pojma „porodični život“ – isključenjem istospolnih parova koji nisu u braku, „činila bi se diskriminacija na osnovu spolne orijentacije, suprotno principu prihvaćenom u predmetu Karner“ (§ 36). Međutim, ovaj stav se ne čini prihvatljivim ako se uzme u obzir da je među faktorima relevantnim za ocjenu postojanja porodičnog života Sud naveo, pored zajedničkog života i dužine odnosa partnera, međusobnu privrženost pokazanu naprimjer time što imaju zajedničku djecu (mada postojanje zajedničke djece nije osnovni faktor). Navođenje postojanja zajedničke djece upućuje prije na zaključak da Sud ipak ima u vidu partnere različitog spola.

2. 1. 3. Priznanje prava na poštovanje porodičnog života

Pravo istospolnih parova na poštovanje porodičnog života Sud počinje priznavati u presudama donesenim nakon 2010. godine, u postupcima vođenim protiv država zbog nepriznavanja istospolne zajednice. Od tada Sud istospolnim parovima zaštitu pruža u kontekstu ovog prava. Prvu presudu u kojoj je priznao da odnos

34 U pravnoj literaturi se još odranije naglašavala evolucija stavova Suda. Tako se u kontekstu uticaja na engleske sudove isticalo da je, zbog evolutivne prirode Konvencije, samo pitanje vremena kada će Sud zauzeti stav da diskriminacija države prema istospolnim parovima znači povredu Konvencije. Karsten, I, Atypical Families and the Human Rights Act: The rights of Unmarried Fathers, Same sex Couples and Transsexuals, European Human Rights, 1999/2, str. 204)

35 Wintemute, R, *supra note* 25.

36 Emonet and Others v. Switzerland, Application no. 39051/03, Judgment Strasbourg 13.12. 2007, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["39051/03"\],"itemid":\["001-83992"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pristup 17. 3. 2017.

37 Podnositelji zahtjeva su vanbračni partneri različitog spola i dijete partnerice koje je usvojio njen partner

istospolnog para spada u pojam i privatnog i porodičnog života donio je u predmetu Schalk i Kopf p. Austrije (2010).³⁸ Imajući u vidu evoluciju društvenih stavova prema istospolnim parovima u državama članicama i zakonodavstva EU, Sud je naveo da je neprirodno zadržati stav da istopolni par ne može uživati "porodični život" u smislu člana 8. isto kao i par kojeg čine osobe različitog spola te zaključio da odnos podnositelja - istospolnog para koji živi zajedno u stabilnom *de facto* partnerstvu, spada u pojam "porodičnog života", baš kao i odnos para osoba različitog spola u istoj situaciji (§§ 93 - 94). Isti stav je ponovio u presudi u predmetu Vallianatos i drugi p. Grčke (2013),³⁹ s tim što je ovdje priznao postojanje porodičnog života iako istospolni partneri zbog profesionalnih i društvenih razloga ne žive zajedno: činjenica nekohabitacije njihov odnos ne lišava stabilnosti i ne sprečava da se on uključi u okvir porodičnog života u smislu člana 8 (§ 73).

2. 1. 4. Utvrđenje povrede člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije

Povredu člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije Sud je utvrdio u više presuda. Jedna od njih je presuda u predmetu Kozak p. Poljske (2010)⁴⁰, donesena po predstavlci skoro identičnoj onoj u predmetu Karner. Pored utvrđenja diskriminacije učinjene u vezi s poštovanjem privatnog i porodičnog života, pozvao se i na postojanje veze između činjenica konkretnog predmeta i prava na poštovanje doma (§ 84).

Istu povredu utvrdio je i u presudi u predmetu P. B. i J. S. p. Austrije (2010),⁴¹ navodeći kao nesporno da je odnos istospolnog para obuhvaćen pojmom privatnog života, a imajući u vidu evoluciju stavova prema istospolnim parovima u stabilnom *de facto* odnosu naveo je i da je on uključen u pojam porodičnog života (§ 30). Ponovio je da države imaju usku slobodnu procjenu kada je razlika u tretmanu zasnovana na spolnoj orijentaciji i da takva razlika mora biti nužna radi postizanja opravdanog cilja. Pošto se nije pokazalo da je bilo neophodno radi postizanja cilja isključiti osobe koje žive u homoseksualnom odnosu iz kruga primjene specifičnih zakonskih odredaba, utvrdio je da je u razmatranom periodu učinjena povreda člana 14. u vezi s članom 8 (§42).

Ova povreda je utvrđena i u novijim presudama donesenim po predstavkama podnositelja zbog nepriznavanja prava na brak, odnosno zajednice života (Schalk i

38 Case of Schalk and Kopf v. Austria, (Application no. 30141/04, Judgment Strasbourg 24 June 2010 Final 22/11/2010, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99605#{"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99605#{)}, pristup 30. 7. 2016.

39 Applications nos. 29381/09 and 32684/09, Judgment 7 November 2013, http://www.google.ba/url?url=http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-128294%26filename%3D001-128294.pdf%26TID%3Duy_nlohkyr&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKewjo-8GV46DOAhXDPxQKHWmzDa8QEggSMAA&usq=AFQjCNFLb3Hq4nqt_8XsYgK0IDI230vj2A, pristup 1. 8. 2016.

40 Case of Kozak v. Poland, Application no. 13102/02, Judgment, Strasbourg, 2 March 2010, Final 02/06/2010, dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["863720"\],"itemid":\["001-97597"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)}, pristup 18. 3. 2017.

41 P. B. and J. S. v. Austria, Application no. 18984/02, Judgment, Strasbourg, 22. July 2010, dostupno na: http://www.hosiwien.at/img/pdf/CASE_OF_PB_AND_JS_v_AUSTRIA.pdf, pristup 29. 7. 2016.

efikasnog poštovanja njime zaštićenih prava. Ove obaveze mogu uključivati usvajanje mjera čiji je cilj osiguranje poštovanja privatnog ili porodičnog života, čak i u sferi međusobnih odnosa pojedinaca (§ 159).

Za procjenu sadržaja ovih obaveza u praksi su prihvaćeni određeni faktori kao relevantni, a u ovom predmetu Sud značajnim smatra uticaj na podnositelja predstavke situacije u kojoj postoji raskorak između društvene stvarnosti i zakona te povezanost upravnih i sudskih praksi u domaćem sistemu. Od drugih prihvaćenih faktora razmatrao je pitanje o kakvoj se obavezi radi - da li je ona uska i precizna ili je pak široka i neodređena, odnosno obim tereta obaveze koja bi se nametnula državi (§ 161).

S tim u vezi zauzeo je stav da, prema članu 8. Konvencije, države u izvršavanju pozitivnih obaveza uživaju određenu slobodnu procjenu čija širine zavisi od različitih faktora koji se moraju uzeti u obzir pri njenom određenju. U kontekstu "privatnog života" Sud smatra da će ona biti ograničena u predmetima u kojim se radi "o posebno važnom aspektu postojanja ili identiteta pojedinca u pitanju". Naprotiv, slobodna procjena je šira u oblastima u kojim u državama članicama Vijeća Evrope "ne postoji konsenzus o relativnoj važnosti interesa u pitanju ili o najboljim sredstvima njegove zaštite, posebno kada se predmet tiče osjetljivih moralnih ili etičkih pitanja", što je upravo utvrdio u ovom predmetu. Široko polje slobodne procjene postoji i onda kada "država zahtijeva uspostavljanje ravnoteže između privatnih i javnih interesa ili konvencijskih prava" (§ 162).

Sud je podsjetio na to da je još u predmetu Schalk i Kopf utvrdio da države uživaju određenu slobodnu procjenu o statusu koji se stiče alternativnim sredstvima priznanja te pravima i obavezama stečenim u takvoj zajednici ili registrovanom partnerstvu. Za ovaj predmet navodi da se odnosi „isključivo na opću potrebu za pravnim priznanjem i osnovnu zaštitu podnositelja kao istospolnih parova“ (§177). Nije se upuštao u određivanje prava i obaveza koje bi zakonodavac trebalo da prizna istospolnim partnerima, ostavljajući mu slobodu da uredi ovo pitanje na način koji ocijeni najadekvatnijim.

U više predmeta Sud je naglasio uživanje široke slobodne procjene na strani države u oblasti zakonskog i sudskog priznanja stabilnih *de facto* istospolnih partnerstava onda kada između država članica postoji „mala zajednička osnova“. Takvu osnovu utvrdio je u odluci u predmetu Mata Estevez i pored prisutne tendencije u brojnim evropskim državama prema zakonskom i sudskom priznanju ovakvih partnerstava.

U odluci u predmetu Karner Sud je kao primjer uske slobodne procjene države naveo slučaj u kojem se različito postupanje zasniva na spolu ili spolnoj orijentaciji (§ 41).

2. 2. 2. Relevantnost (ne)postojanja sukoba između društvene stvarnosti podnositelja i zakona

Sud bitnim za odlučivanje smatra utvrđenje postojanja ili nepostojanja sukoba između društvene stvarnosti podnositelja i zakona koji im ne daje zvanično priznanje, odnosno to da li je između njih uspostavljena pravična ravnoteža.

U predmetu Oliari i drugi Sud je utvrdio da podnositelji imaju poseban interes da, u odsustvu braka, dobiju mogućnost zasnivanja registrovane zajednice ili registrovanog partnerstva. Vezano za opšta načela, primijetio je da postoji sukob između društvene stvarnosti podnositelja predstavke koji uglavnom u Italiji otvoreno žive zajedno i zakona koji im ne daje zvanično priznanje. Naveo je da talijanska država ne bi bila pretjerano opterećena obavezom osiguranja priznanja i zaštite istospolnih zajednica, a omogućila bi da zakon odrazi stvarnost podnositelja predstavke (§ 173).

Na osnovu utvrđenog stanja Sud je zauzeo stav da istospolni partneri - podnositelji predstavke imaju poseban interes da, u odsustvu braka, dobiju mogućnost zasnivanja registrovane zajednice ili registrovanog partnerstva, jer bi se time njihov odnos zakonski priznao i garantovala bi im se zaštita na najadekvatniji način, a na strani partnera dodatno bi se stvorio osjećaj legitimiteta (§ 174).

Što se tiče pozitivnih obaveza države, Sud ponavlja da se u njihovoj procjeni mora uzeti u obzir da se između suprotstavljenih interesa pojedinca i zajednice u cjelini treba uspostaviti pravična ravnoteža (§175). U tom smislu je, budući da je već utvrdio interese pojedinaca - podnositelja predstavke, razmatrao koliko su oni u suprotnosti s interesom zajednice. Primijetio je da talijanska Vlada nije izričito istakla ono što, po njenom mišljenju, odgovara interesima zajednice u cjelini.

Vlada je iznijela stav da je "nužno potrebno vrijeme da se postigne postepeno sazrijevanje zajedničkog gledišta nacionalne zajednice o priznavanju ovog novog oblika porodice". Uz to, uputila je na osjetljivost ovog društvenog problema i na traženje jednoglasne saglasnosti stavova i mišljenja o njemu, kategorički negirajući da se nenormiranjem priznanja i zaštite istospolnih zajednica pokušao zaštititi „tradicionalni koncept porodice ili moral društva“. Pozvala se na svoju „slobodnu procjenu u izboru vremena i načina normiranja, obzirom da je bila u boljem položaju da procijeni osjećaje svoje zajednice“ (§ 176).

Sud je naveo da u ovom predmetu talijanski zakonodavac nije pridao poseban značaj nagovještajima nacionalne zajednice, kako stanovništva, tako i najviših pravosudnih tijela u Italiji. Ustavni i Kasacioni sud su utvrdili potrebu priznanja i zaštite istospolnih zajednica, što je ponovljeno u više odluka Ustavnog suda, ali uz naglašavanje da to može uraditi samo zakonodavac (§§ 179. i 180).⁴⁷ Sud je ovakvu sudsku praksu ocijenio kao odraz osjećaja većine talijanskog stanovništva, odnosno prihvatanja istospolnih parova i podrške njihovom priznanju i zaštiti (§181). Konstatovao je i da je talijanska Vlada potvrdila postojanje potrebe za takvom

⁴⁷ Ocjenjujući nedopuštenim ustavni prigovor podnositelja - istospolnih partnera zbog odbijanja odobrenja sklapanja braka, Ustavni sud (2010) je iznio stav da jedino zakonodavac može intervenisati u skladu s principom jednakosti u specifičnim situacijama koje se odnose na osnovna prava istospolnog para u kojim se zahtijeva isti tretman bračnih i istospolnih parova. U nadležnosti Ustavnog suda bila bi samo procjena opravdanosti propisanih mjera. Sama ustavna norma se odnosi na tradicionalni brak i ne može se proširiti na istospolne zajednice. Zaključio je da relevantnim zakonodavstvom nije učinjena nerazumna diskriminacija s obzirom da se istospolne zajednice ne mogu smatrati ekvivalentom braka i da ni član 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima niti član 9. Povelje o osnovnim pravima ne zahtijevaju punu ravnopravnost između istospolnih zajednica i brakova osoba različitog spola, već je to ostavljeno u nadležnosti nacionalnih zakona. Apelacioni sud je, polazeći od ove odluke, u potpunosti odbacio zahtjeve apelanata (§§10 - 19).

zaštitom, priznajući da u Italiji raste popularnost ovih zajednica (§182). Međutim, talijanski zakonodavac, uprkos pokušajima prisutnim već tri decenije, nije uspio donijeti relevantno zakonodavstvo (§ 183).

Vezano za nedonošenje zakona i pored ovakvih odluka najviših sudova, Sud je naveo svoj raniji stav da ovakvo postupanje izvršne i zakonodavne vlasti ne samo da se ne može objasniti u smislu legitimnog javnog interesa i interesa zajednice kao cjeline, već da može dovesti do „podrivanja kredibiliteta i autoriteta sudske vlasti i ugrožavanja njegove efikasnosti, što su faktori od izuzetne važnosti s gledišta osnovnih načela na kojima počiva Konvencija“ (§ 184).

Konstatovao je da zakonodavac, namjerno ili zbog neodlučnosti, nije postupio po ponovljenim pozivima najviših talijanskih sudova. Naglasio je da je i sam predsjednik Ustavnog suda u godišnjem izvještaju izrazio žaljenje zbog izostanka reakcije zakonodavca na njegove odluke i preporuke, čime su zainteresovani pojedinci ostali u situaciji pravne nesigurnosti koju Sud mora uzeti u obzir (§184).

„U odsustvu prevladavajućeg interesa zajednice koje je iznijela talijanska Vlada, protivno ravnoteži važnih interesa podnositelja predstavke (...), te u svjetlu zaključaka domaćih sudova o pitanju koje je ostalo nezapaženo, Sud je utvrdio da je talijanska Vlada prekoračila slobodnu procjenu, a nije izvršila svoju pozitivnu obavezu da osigura da podnositelji predstavke imaju na raspolaganju poseban pravni okvir koji pruža priznanje i zaštitu njihovih istospolnih zajednica“ (§ 185).

Sud je naglasio da bi drugačije mogao odlučiti samo ako ne bi bio voljan uzeti u obzir uslove koji se mijenjaju u Italiji i ako ne bi primjenjivao Konvenciju na praktičan i efikasan način (§ 186). U skladu s tim utvrdio je povredu člana 8. Konvencije (§ 187).

U predmetu Vallianatos i drugi, koji su pokrenula 4 istospolna para prigovarajući da je rezervisanjem građanske zajednice (Zakonom iz 2008) samo za parove različitog spola povrijeđeno njihovo pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života te da je njihovom diskriminacijom po osnovu spolne orijentacije povrijeđen član 14. u vezi s članom 8. Konvencije, Sud je također razmatrao stavove zauzete u Grčkoj povodom donošenja ovog Zakona, odnosno isključenjem iz njega istospolnih zajednica. U vezi s njima primijetio je sljedeće: Vlada nije ponudila Sudu prihvatljive argumente i opravdala razliku u tretmanu istospolnih i parova različitog spola te isključenje prvih iz djelokruga Zakona; za zakonodavca ne bi bilo nemoguće proširiti mogućnost zasnivanja građanske zajednice i na istopolne parove; u izvještaju s obrazloženjem Zakona nije ponuđena odluka zakonodavca da ograniči građansku zajednicu na parove različitog spola; Nacionalna komisija za ljudska prava ocijenila je prijedlog zakona diskriminatornim zbog toga što se ne odnosi na istopolne parove, a sličan stav je zauzelo i Naučno vijeće Parlamenta (§ 89).

2. 2. 3. Uvažavanje stalnog kretanja prema priznavanju istospolnih parova u nacionalnom zakonodavstvu i sudskoj praksi te na međunarodnom planu

Pri razmatranju predmeta Sud ne uvažava samo zakonodavstvo i praksu u tuženoj državi, već i rješenja prihvaćena u evropskim i vanevropskim državama te na međunarodnom planu.

U presudi u predmetu Vallianatos i drugi Sud je ukazao na činjenicu da, iako o tome ne postoji konsenzus, u pravnim sistemima država članica Vijeća Evrope izražen je trend pravnog priznanja istospolnih odnosa. Naveo je da 9 država članica normira istospolne brakove, da njih 17 odobrava istopolnim parovima neki oblik civilnog partnerstva, a da samo dvije - Litvanija i Grčka, registrovano partnerstvo rezervišu isključivo za parove različitog spola. Konstatovao je da se, uz ova dva izuzetka, države članice Vijeća Evrope, kada odluče donijeti zakon koji uvodi novi sistem registrovanog partnerstva kao alternativu braku za vanbračne parove, uključuju u njih i istopolne parove. Uz to, Sud je, pozivajući se naročito na Rezoluciju 1728 (2010) Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope i Preporuku Komiteta ministara CM/Rec (2010) 5, ukazao na ovaj trend i u relevantnim dokumentima Vijeća Evrope (§ 91).

U presudi u predmetu Oliari i drugi Sud je naveo da je za njegovo razmatranje važno i nezaobilazno, pored ostalog, i stalno kretanje prema zakonskom priznavanju istospolnih parova prisutno u evropskim državama i na međunarodnom planu. Naglasio je da ne može a da ne prida značaj brzom razvoju na globalnom nivou, posebno u zemljama Amerike i Okeanije (§178). U ovoj, kao i u ostalim presudama, Sud je u dijelu “Uporedno i evropsko pravo i praksa” razmatrao relevantne dokumente Vijeća Evrope: Preporuku 924 (1981) o diskriminaciji homoseksualaca, Preporuku 1474 (2000) o situaciji lezbijki i gejeva u državama članicama VE, Rezoluciju 1547 (2007), Rezoluciju 1728 (2010) “Diskriminacija na osnovu spolne orijentacije i rodnog identiteta”, Preporuku CM/Rec(2010)5 o mjerama za borbu protiv diskriminacije na osnovu spolne orijentacije i rodnog identiteta. Nakon osvrta na Povelju o osnovnim pravima EU i njenog Komentara (§§ 56 - 64), uputio je na dokumente Evropske Unije navedene u presudi u predmetu Vallianatos i drugi: Direktivu o ponovnom spajanju porodice (2003) i Direktivu Evropskog parlamenta i Vijeća EU o pravu na slobodno kretanje i zadržavanje (2004) (§§33 – 34). U ovom dijelu presude naveo je i rezultate vlastitog istraživanja relevantne prakse Vrhovnog suda SAD (§ 65) te stanje u uporednom pravu prema navodima intervenijenata (§§ 134 i 135).

2. 2. 4. Neobaveznost ograničavanja prava na brak samo na osobe različitog spola

U novijim presudama Sud zastupa stav da pravo na brak ne mora u svim slučajevima biti ograničeno na osobe različitog spola. Međutim, zbog nepostojanja konsenzusa između država, Sud smatra da one uživaju slobodnu procjenu pri uređenju istospolnog braka i da same treba da odluče hoće li ga regulisati.

U predmetu Schalk i Kopf zauzeo je stav da, iako je u zadnjoj deceniji porastao broj država koje zakonski priznaju istospolne parove, ipak ne postoji konsenzus o tome i da države uživaju slobodnu procjenu u vrijeme uvođenja zakonskih promjena (§ 105 - 106). U presudi u predmetu Hämäläinen naveo je da, iako su neke države proširile pravo na brak na istospolne partnere, član 12. Konvencije se ne može tumačiti kao nametanje obaveze državama ugovornicama da odobre pristup braku

istospolnim parovima (§ 191).⁴⁸: Isto je ponovio i u presudi u predmetu Oliari i drugi (§§ 164. i 192). Polazeći od toga, kao i od činjenice da je u vrijeme vođenja postupka u predmetu Oliari i drugi samo šest od četrdeset i sedam država članica Vijeća Evrope dozvoljavalo istospolni brak, regulisanje (ne)dopuštenja istospolnog braka Sud je ostavio nacionalnim propisima države ugovornice. Ocijenio je da ne mora žuriti da svojom odlukom zamijeni odluku državnih organa koji mogu najbolje procijeniti potrebe društva i odgovoriti na njih.

Sud je naveo da su, uprkos postepenoj evoluciji država o pitanju priznavanja istospolnog braka, zaključci iz ranija dva predmeta i dalje primjenjivi. Ono što je rečeno u predmetu Schalk i Kopf o tome da se član 14. u vezi s članom 8. ne može tumačiti kao nametanje takve obaveze, sud je ocijenio prihvatljivim i za član 14. u vezi s članom 12 (§ 193). Stoga je zaključio da su oba prigovora - na osnovu samog člana 12. i na osnovu člana 14. u vezi s članom 12, očigledno neosnovana i da ih treba odbiti u skladu s članom 35. §§ 3. i 4. Konvencije (§ 194).

Ispitujući da li je došlo do povrede prava na brak u predmetu Chapin i Charpentier (2016),⁴⁹ nakon što je ponovio ono što je već naveo u ranijim presudama, Sud je naveo da „ne vidi nijedan razlog da dođe do drugačijeg zaključka u ovom predmetu s obzirom na kratko vrijeme koje je proteklo od presuda donesenih u slučajevima Hämäläinen i Oliari i drugi“. Pored toga, primijetio je da je, nakon podnošenja predstavke u ovom predmetu, francuski Zakon od 17. maja 2013. godine učinio dostupnim brak istospolnim parovima i da su podnositelji od tada slobodni sklopiti brak (§ 39). Na osnovu toga je odlučio da nije došlo do povrede člana 12. u vezi s članom 14. Konvencije (§ 40). Što se tiče prigovora podnositelja predstavke da im je povrijeđeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života i da su diskriminisani po osnovu spolne orijentacije, Sud je podsjetio na stavove iz ranijih presuda da su države slobodne brak učiniti dostupnim samo heteroseksualnim parovima (§ 41).

2. 2. 5. Relevantnost (ne)priznavanja bilo kojeg oblika istospolne zajednice kao razlog za (ne)utvrđenje povrede članova 8, 12. i 14. EKLJP

Stav Suda je, kako je već navedeno, da su države slobodne brak učiniti dostupnim samo heteroseksualnim parovima. Pri donošenju presude o tome da li je tužena država povrijedila pravo istospolnih partnera na poštovanje privatnog i porodičnog života i napravila diskriminaciju po osnovu spolne orijentacije, Sud relevantnim smatra to da li država jeste ili nije priznala bilo koji oblik istospolne zajednice, odnosno da li je građansku zajednicu učinila dostupnom samo parovima različitog spola ili i onima istog spola.

Tako je u predmetu Schalk i Kopf, ispitujući da li je tužena država (Austrija)

48 U ovom predmetu podnositelj zahtjeva (transseksualac) je prigovorio da je njegovo pravo na privatni i porodični život povrijeđeno time što je puno priznanje njegovog novog roda uslovljeno transformacijom njegovog braka u registrovano partnerstvo (§ 34). Sud je naveo da “član 12. osigurava osnovno pravo muškarca i žene da sklope brak i zasnuju porodicu (§ 96).

49 Predmet je vođen po zahtjevu istospolnog para zbog navodne povrede člana 14. u vezi s članovima 8. i 12. Konvencije, a povodom poništenja njihovog braka.

trebala osigurati podnositeljima alternativno sredstvo zakonskog priznanja njihovog partnerstva prije no što je donijela Zakon o registrovanom partnerstvu, utvrdio da ovaj Zakon upravo odražava tendenciju prisutnu u evropskim zemljama i evoluciju postizanja konsenzusa između država o priznanju istospolnih parova te da je dio tog nastajućeg evropskog konsenzusa. Stoga je zaključio da se austrijskom zakonodavcu ne može prigovoriti što nije ranije donio Zakon o registrovanom partnerstvu. Nije prihvatio argumente podnositelja da država, ako odluči obezbijediti istospolnim parovima alternativno sredstvo priznanja, ima obavezu dati im status koji u svakom pogledu odgovara braku, makar se ne označavao tako, već drugim nazivom. Suprotno ovim argumentima, pošao je od stava da su države još slobodne, po članu 12. kao i po članu 14. u vezi s članom 8. Konvencije, ograničiti pristup braku parovima različitog spola i da uživaju određenu slobodnu procjenu u pogledu preciznog statusa dodijeljenog alternativnim sredstvom priznanja. Sud nije utvrdio ni da je tužena država prekoračila svoju slobodnu procjenu priznavanjem određenih prava i obaveza registrovanim partnerima, odnosno ograničavanjem nekih prava koja imaju bračni partneri. Na osnovu svega ovoga je zaključio da nije učinjena povreda člana 14. u vezi s članom 8. Konvencije (§§104 - 111).

U predmetu Vallianatos i drugi Sud je poredio mogućnosti koje u grčkom pravu imaju istospolni parovi i parovi različitog spola. Utvrdio je da je odnos ovih drugih mogao biti pravno priznat i prije stupanja na snagu Zakona br. 3719/2008⁵⁰, bilo kao brak bilo kao *de facto* partnerstvo uređeno Građanskim zakonikom. Naprotiv, istospolni partneri nemaju mogućnost stupiti u bilo koji oblik priznate zajednice. Zaključio je da istopolni parovi imaju poseban interes za ulazak u građansku zajednicu, jer bi to bio jedini osnov po kojem bi njihov odnos bio pravno priznat (§ 90). Smatrajući da grčka Vlada nije ponudila uvjerljive i važne razloge podobne da opravdaju isključenje istospolnih parova iz djelokruga ovog Zakona, utvrdio je povredu člana 14. Konvencije u vezi s članom 8 (§ 92).

U predmeta Oliari i drugi Sud je konstatovao da podnositelji (u odsustvu braka) još nemaju mogućnost u Italiji stupiti u građansku zajednicu ili registrovano partnerstvo. Zbog toga je smatrao da treba da utvrdi da li je Italija u vrijeme donošenja presude u ovom predmetu (u 2015. godini) propustila, suprotno pozitivnoj obavezi, osigurati poštovanje privatnog i porodičnog života podnositelja, posebno kroz odredbu o pravnom okviru koji im omogućava da žive u odnosu priznatom i zaštićenom domaćim zakonom.

Pri razmatranju statusa podnositelja predstavke u talijanskom pravnom sistemu, napomenuo je da oni u ovom predmetu nisu mogli sklopiti ni brak ni građansku zajednicu ili registrovano partnerstvo koji bi im mogli osigurati priznanje statusa i garantovati im određena prava relevantna za par u stabilnoj i ozbiljnoj vezi (§ 167). Uzeo je u obzir to da mogućnost registracije istospolnih zajednica u "lokalnim registrima za građanske zajednice" u jednom broju opština "ima samo simboličnu vrijednost i relevantna je za statističke svrhe", da podnosiocima predstavke ne

50 Zakon br. 3719/2008, označen kao "Reforme koje se tiču porodice, djece i društva" je po prvi put uveo u Grčkoj zvaničnu formu partnerstva pored braka, poznatu kao „građanska zajednica“, u koju mogu stupiti samo dvije odrasle osobe različitog spola (§ 9 presude u ovom predmetu).

priznaje nikakav zvaničan građanski status niti bilo koja prava, kao i da nema bilo kakvu dokaznu snagu pred domaćim sudovima (§ 168).

Status koji podnosioci imaju u talijanskom pravnom sistemu, prema Sudu, može se smatrati samo kao “*de facto*” zajednica, koja se može urediti privatnim ugovorom o kohabitaciji.⁵¹ Međutim, ovim ugovorom se ne uređuju osnovna međusobna prava i obaveze, kao što su moralna i materijalna podrška, izdržavanje i nasljeđivanje. Nezavisno od činjenice da ugovori o kohabitaciji nisu bili na raspolaganju podnosiocima prije decembra 2013. godine, Sud smatra da se ovim ugovorima ne priznaje niti dovoljno štiti zajednica podnositelja. To im, doduše, nije ni cilj, s obzirom da ih mogu sklapati i osobe koje ne žive u stabilnom ozbiljnom istospolnom odnosu. Osim toga, istospolnim partnerima su dostupni samo ako žive zajedno, što je suprotno stavu o nezavisnosti postojanja stabilne zajednice od kohabitacije, zauzetom u predmetu Vallianatos i drugi (§ 169).

Postupanje sudova u praksi ne otklanja neizvjesnost za istospolne zajednice i partnere, sudovi postupaju od slučaja do slučaja, strogo poštujući samo neka prava, priznajući u različitoj mjeri zaštitu ovih zajednica u pojedinim granama, što je priznala i talijanska Vlada (§ 170).

Sud smatra da je značajna smetnja naporima podnositelja predstavke za osiguranje poštovanja privatnog i porodičnog života to što se oni moraju stalno obraćati domaćim preopterećenim sudovima i tražiti jednak tretman u pogledu brojnih aspekata njihovih prava i obaveza (§ 171).

Sud je iz ovoga izveo zaključak da trenutno dostupna zaštita ima nedostatke ne samo u sadržaju nego i u nedovoljnoj stabilnosti, pošto zavisi od kohabitacije partnera i od stava sudova, a nekada i uprave (§ 172).

Drugačija presuda je donesena u predmetu Chapin i Charpentier. Sud je iznio stav da su podnositelji predstavke, u vrijeme kada im u francuskom pravu nije bio dostupan brak, mogli sklopiti pakt građanske solidarnosti normiran u Građanskom zakoniku, na osnovu kojeg stiču neka prava i obaveze u poreskoj, imovinskoj i socijalnoj oblasti (§ 49). Naglasio je da je situacija u ovom predmetu drugačija od onih u kojima je Sud utvrdio povredu članova 8. i 14. Konvencije - Vallianatos i drugi te Oliari i drugi. Naime, u grčkom pravu je ugovor o zajedničkom životu bio dostupan samo parovima različitog, a ne i istog spola, a u talijanskom pravu ni na koji način nisu bili zakonski priznati istospolni parovi (§ 50). Stoga je ocijenio da u ovom predmetu nije učinjena povreda člana 8. u vezi s članom 14. Konvencije (§ 52).

2. 2. 6. Potreba istospolnih partnera za pravnim priznanjem i zaštitom njihovog odnosa

Sud je u presudi u predmetu Schalk i Kopf pošao od pretpostavke da su istospolni parovi sposobni, isto kao i parovi različitog spola, stupiti u stabilne i ozbiljne odnose te da su u vrlo sličnoj situaciji kao i ovi drugi u pogledu potrebe

⁵¹ Da bi se popunila praznina u pisanom pravu, s dejstvom od 2.12.2013. bilo je moguće sklopiti “ugovore o kohabitaciji”, naime privatni akt za čije zaključenje zakonom nije propisana posebna forma, a koji mogu sklopiti partneri koji žive zajedno, ne samo istospolni, već i oni koji su u roditeljskom odnosu, partneri, prijatelji (osim bračnoga para). Takav ugovor uglavnom reguliše finansijske aspekte zajedničkog života, prestanka kohabitacije i pomoć u slučaju bolesti ili nesposobnosti (§ 41).

za pravnim priznanjem i zaštitom njihovog odnosa (§ 99). Prvi stav je ponovio i u presudi u predmetu Vallianatos, dodajući da istospolni parovi imaju iste potrebe u pogledu međusobne podrške i pomoći te da bi proširenje građanske zajednice na istospolne parove omogućilo regulisanje pitanja koja se tiču imovine, izdržavanja i nasljeđivanja na osnovu zakonskih pravila koja uređuju građanske zajednice (§§ 78. i 81).

U presudi u predmetu Oliari i drugi ponovio je navedene stavove iz presuda u ovim predmetima (§ 165). U prilog tome pozvao se na Preporuku Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope 1474 (2000)⁵² u kojoj je preporučeno Komitetu ministara da pozove države članice “da usvoje zakone koji normiraju registrovana partnerstva“ i na Preporuku Komiteta ministara državama članicama (2010)⁵³ u kojoj su pozvane države članice čije zakonodavstvo ne poznaje niti priznaje prava ili obaveze registrovanim istospolnim zajednicama (i nevjenčanim parovima) da razmotre mogućnost da im se osiguraju sva pravna i druga sredstava radi rješavanja praktičnih problema vezanih za društvenu stvarnost u kojoj žive (§ 166).

Zaključna razmatranja

1. Pri odlučivanju o postojanju povrede odredaba članova 8, 12. i 14. Konvencije Sud cijeni činjenicu (ne)postojanja alternativnih oblika zaštite istospolnih parova u nacionalnom pravu države protiv koje se vodi postupak, odnosno (ne)priznanje istospolnim *de facto* zajednicama nekih dejstava i (ne)mogućnosti partnera iz takvih zajednica da zaključe ugovor kojim bi regulisali svoje odnose. Ukoliko je nacionalni zakon legalizovao registrovanu istospolnu zajednicu, stav Suda je da se nepriznavanjem istospolnim partnerima prava na brak ne krši odredba člana 12, jer se ona ne može tumačiti kao da nameće obavezu tuženoj vladi da istospolnom paru odobri pristup braku.

U novijim presudama Sud zahtijeva od država, odnosno od njih očekuje donošenje zakona koji priznaju neki od oblika istospolne zajednice. Tako je u presudi u predmetu Oliari i drugi utvrdio da talijanska vlada, prekoračujući slobodnu procjenu, nije izvršila pozitivnu obavezu da podnositeljima osigura poseban pravni okvir koji priznaje i štiti njihove istospolne zajednice“. Isto tako i u kasnije donesenoj presudi u predmetu Chapin i Charpentier, nije utvrdio povredu zbog nepriznavanja istospolnog braka, nije pokazao spremnost, niti je izvjesno da će je pokazati u bližoj budućnosti, da ide tako daleko da države obaveže na pravno priznanje istospolnog braka.⁵⁴

Kao što ni Povelja EU o osnovnim ljudskim pravima izričito ne zahtijeva da domaća prava treba da olakšaju brakove osoba istog spola, tako i Sud još uvijek

52 Recommendation 1474 (2000) Situation of lesbians and gays in Council of Europe member states, tačka 11, alineja i.

53 Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, IV dio, tačke 23-28.

54 O tome v.: Cranmer, Frank, “The ECtHR, France and same-sex marriage: Chapin & Charpentier” in *Law & Religion UK*, 9 June 2016, <http://www.lawandreligionuk.com/2016/06/09/the-ecthr-france-and-same-sex-marriage-chapin-charpentier/>

oklijeva proširiti primjenu prava na brak na istospolne parove. U predmetu Oliari naveo je da ne mora svojom odlukom zamijeniti odluku državnih organa, s obzirom na to da oni mogu najbolje procijeniti potrebe društva i odgovoriti na njih. Znači, stav Suda je da je nepriznavanje istospolnog braka u nadležnosti država ugovornica.

2. Pri razmatranju predmeta, Sud kao okolnosti relevantne za odlučivanje uvažava kako one koje su bitne bez obzira na to koja je država tužena, tako i one koje se tiču situacije koja postoji u tuženoj državi. U tom kontekstu moglo bi se postaviti pitanje da li bi u predmetu vođenom protiv Bosne i Hercegovine Sud donio identičnu presudu kao u predmetu Oliari – da li bi i Bosnu i Hercegovinu uputio na priznanje istospolne zajednice.

Sam Sud je naveo da iz njegovih stavova u presudama u predmetima Oliari i Vallianatos slijedi da je već priznao da istopolni parovi imaju potrebu za pravnim priznanjem i zaštitom njihovog odnosa. Iz toga se može zaključiti da su sve države, a ne samo tužena, obavezne pravno priznati i zaštititi ih. Međutim, Sud je u isto vrijeme u predmetu Oliari primijetio, a dijelom na tome i zasnovao presudu, da istopolni partneri u Italiji uglavnom otvoreno žive zajedno, da većina stanovništva u Italiji, kao i najviša pravosudna tijela – Ustavni i Kasacioni sud, prihvataju istospolne parove i podržavaju njihovo priznanje i zaštitu.

Situacija u Bosni i Hercegovini je, međutim, sasvim drugačija od ove. Uglavnom ne postoji pozitivan stav građana prema osobama istospolne orijentacije, a pogotovo prema istospolnim zajednicama, a ni u domaćoj sudskoj praksi nema odluka koje se tiču ovih zajednica, tako da izostaju i pozivi iz prakse domaćem zakonodavcu da legalizuje ove zajednice.⁵⁵

Ova dva stava Suda upućuje na moguće različite odgovore na postavljeno pitanje, a odgovor se može naći i u izdvojenom mišljenju trojice sudija.⁵⁶ U njemu je izražena sumnja o konceptualnoj mogućnosti ograničenja pozitivne obaveze države prema Konvenciji na lokalne uslove. Uz to je navedeno da izgleda da se ostale sudije ipak oslanjaju, barem djelomično, na opšte zaključke koji se mogu shvatiti kao da impliciraju samostojeću pozitivnu obavezu svih država potpisnica da normiraju zakonski okvir za istospolne zajednice (t. 10). Trojica sudija su naglasila da izdvajanje njihovog mišljenja ne treba shvatiti kao izjašnjavanje o pitanju da li u 2015. godini „u svjetlu evoluirajućih stavova u demokratskom društvu u Evropi, stav 1. člana 8. treba tumačiti tako da sadrži, za Italiju ili generalno za sve države potpisnice, pozitivnu obavezu da prihvate odgovarajuće pravno priznanje i zaštitu istospolnih zajednica.“ Zaključili su da u ovom slučaju nema potrebe pribjegavati takvom „novom“ tumačenju, kada je svakako odlučeno u korist podnositelja „na užoj osnovi na bazi postojeće sudske prakse i postojeće klasične analize predstavljeni

55 U Specijalnom izvještaju o pravima LGBT osoba u Bosni i Hercegovini navedeno je da „se ove osobe u svakodnevnom životu susreću sa stereotipima i predrasudama iz razloga što društvo nije spremno da ih prihvati kao ravnopravne članove zajednice. Zbog animoziteta okoline, a često i zbog straha od osude porodice, rijetko i nerado otkrivaju svoju seksualnu orijentaciju.“ (Institucija ombudsmena/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Banja Luka, septembar 2016, strana 78. Izvještaj dostupan na:

http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obmudsmen_doc2016110413333704bos.pdf)

56 Izdvajanje se tiče razloga za utvrđenje povrede člana 8. u ovom predmetu.

koji prate aktivnu intervenciju države koja reguliše ostvarivanje prava na poštovanje privatnog i porodičnog života iz člana 8 Konvencije“(t. 12).

3. Na prethodno pitanje može se nadovezati sljedeće: da li se dejstva presude donesene protiv jedne države mogu proširiti i na druge države, odnosno konkretnije: da li se dejstva presude u predmetu Oliari mogu proširiti na Bosnu i Hercegovinu? Direktan odgovor je sadržan u članu 46. Konvencije, koji normira da je država članica obavezna povinovati se konačnoj presudi Suda u svakom predmetu u kome je stranka. Međutim, ne može se zanemariti činjenica da presude Suda djeluju snagom autoriteta u svim državama članicama Vijeća Evrope, da nacionalni zakonodavci pri uređenju pojedinih ustanova uvažavaju stavove zauzete u praksi ovog Suda i u pravilu usvajaju rješenja koja su u skladu s njima. Pri tome zakonodavci, pa i naš, moraju voditi računa o tome da ta rješenja budu u skladu s tradicijom, sviješću, potrebama i shvatanjima građana o homoseksualnosti i istospolnim zajednicama, što je uvažavao i Sud u predmetu Oliari, U prilog tome može se navesti i dio komentara presude u predmetu Chapin i Charpentier: „Čini se da je presuda bila vrlo pažljivo formulisana kako ne bi nagazila na prste država koje još nisu priznale istospolne brakove i, u nekim slučajevima, nije vjerovatno da će to učiniti u dogledno vrijeme“.⁵⁷

4. O doprinosu prakse Suda trendu prisutnom u zakonodavstvu evropskih država, odnosno o direktnom uticaju odluka Suda na nacionalne zakonodavce u smislu donošenja novih propisa zbog čijeg nepostojanja je utvrđena povreda odredaba Konvencije, može se govoriti tek u posljednje vrijeme. Primjer za to su presuda Vallianatos, pod čijim uticajem je u Grčkoj 2015. godine usvojen novi Zakon o ugovornoj kohabitaciji kojim je obuhvaćena i kohabitacija osoba istog spola te presuda Oliari koja je uticala na donošenje talijanskog Zakona iz 2016. o građanskim zajednicama osoba istog spola i kohabitaciji.

57 Supra note 54.

Dr. Suzana Bubić, professor emeritus.
Faculty of Law, University Džemal Bijedić Mostar

THE ROLE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE RECOGNIZING OF THE HOMOSEXUAL UNIONS

Summary

The author of the paper considers the role that the European Court of Human Rights had and is having in the process of recognition the same-sex unions in the national legislations. Researching the Court's jurisprudence the author, only recently, finds its impact, when The Court, accepted the evolution of opinions and attitudes, legal solutions in national laws and European law, and started to oblige national legislators to regulate registered partnerships and to recognize the rights and duties of registered partners.

Following introductory remarks on the problems encountered by the Court and the attempts of their removal by reforms, in order to improve the efficiency of the Court, the author analyzes the evolution of Court attitudes regarding the finding of a violation of Convention rights of homosexual oriented persons and homosexual couples. This is followed by research and consideration of the circumstances, that Court respected in the judgment's making in individually analyzed cases, on which basis the conclusions were derived on possible or expected future case-law in this field.

Key words: right to marriage, same-sex union, same-sex marriage

Dr. sc. Dušica Palačković, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

ZAŠTITA OD NASILJA U PORODICI U PRAVNOM SISTEMU REPUBLIKE SRBIJE KAO ODRAZ MEĐUNARODNIH STANDARDA I PRAKSE ESLJP

U radu su analizirani referentni međunarodni i regionalni dokumenti u oblasti zaštite od nasilja u porodici, pre svega obavezujući, koji formulišu standarde u oblastima prevencije, normativnog okvira za efikasnu istragu, procesuiranje i adekvatno sankcionisanje učinilaca, obezbeđenje kompenzacije žrtvama i njihovu sveobuhvatnu zaštitu na nacionalnom nivou. Kao posebno vredan prepoznaje se standard "due diligence" u postupanju organa nacionalnih vlasti u ispunjavanju pozitivnih obaveza u zaštiti od ovog vida nasilja. U analiziranim aktima i praksi ESLJP prepoznaju se postupci i načini kojima država (ne)ispunjava ovakve obaveze i (ne)sprečava povredu ljudskih prava aktima pojedinaca, odnosno (ne)odgovornost države za takve akte. Najznačajnija posledica prihvatanja u Republici Srbiji niza dokumenata, posebno Istanbulske konvencije, ali i stavova iz prakse ovog Suda, svakako je donošenje Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, pa je u radu analiziran i ovaj propis sa aspekta ispunjenosti niza standarda u oblasti porodičnog nasilja uz uočavanje izvesnih nejasnoća i nedoslednosti regulative.

Ključne reči: nasilje u porodici, međunarodni akti, regionalni akti, praksa Suda za ljudska prava, pravni okvir u Srbiji

1. Uvodna razmatranja

Nasilje u porodici je nesumnjivo univerzalni fenomen, značajan globalni problem i povreda ljudskih prava. Odnosi nasilnika i žrtve, činjenica da je reč o članovima porodice,¹ ovaj vid nasilja čine specifičnim, kontroverznim i visoko politizovanim.² Pre svega, porodično nasilje nastaje u okvirima zajednice koja se zasniva, i u kojoj bi trebalo da se razvijaju, odnosi ljubavi, poštovanja, poverenja i međusobne zaštite njenih članova.³ Zatim, oblici njegovog ispoljavanja su

1 Napomenimo da se termin "domestic violence" sve češće prevodi kao "nasilje u domu", što implicira ekstenzivan pristup u određivanju kruga lica između kojih se nasilje tretira kao specifično, "porodično". Istovremeno, ovim se naglašava i okolnost da sam pojam porodice nije opšteusvojen, da se menja i da je klasični pojam porodice prevaziđen.

2 Jaffe, P.G., Lemon, N.K.D., Poisson, S., *Child Custody & Domestic Violence*, s. 10, <https://books.google.rs/books?hl=sr>

3 Ono je na raskršću intimnosti i ljubavi na jednoj i mržnje na drugoj strani, Ponjavić, Z., Palačković, D., *Prekogranično odvođenje dece i porodično nasilje*, "Prava djeteta i ravnopravnost polova - između normativnog i stvarnog", Zbornik radova, Istočno Sarajevo, 2010., str. 54.

mnogobrojni i različiti, od ekonomskog, preko psihičkog, mentalnog, odnosno verbalnog, do nasilja u najizrazitijem vidu kakvo je seksualno i telesno koje vodi ne samo povredama nego i ubistvima.⁴ Porodično nasilje je, uz to, u stalnom porastu i nije limitirano ni državnim granicama ni društvenim uređenjem, ni kulturološkim, religijskim, rasnim ili drugim faktorima.⁵ Ovaj vid nasilja počinje, najčešće, u "blažoj" formi, mentalnog ili ekonomskog, da bi, zatim, poprimao sve surovije oblike. Žrtve, a najčešće su to žene, nerado i u relativno dugom periodu ne prijavljuju nasilje, koje, opet najčešće, prema njima čine muževi. Ako je poređenje uopšte primereno, posebno su tragične situacije kada su žrtve nasilja deca⁶ - neposredno ili, najčešće posredno, i kao svedoci akata nasilja i kao žrtve teških poremećaja porodičnih odnosa u okolnostima nasilja.⁷ Sve češće je i nasilje nad starim osobama članovima porodice, ali i nad drugim posebno ranjivim društvenom grupama.⁸

4 U Republici Srbiji za poslednjih deset godina ubijeno je 328 žena, a za samo 72 sata 2015. 7 žena je ubio partner ili suprug, a preko 1000 žena godišnje napusti dom zbog nasilja, <http://mondo.rs/a959248/Magazin/Porodica/Nasilje-nad-zenama-nasilje-u-porodici.html>. Za deset meseci 2016. godine evidentirano je preko 4 500 krivičnih dela nasilja u porodici ili 15,8 % više nego u istom periodu 2015. god. Svaka druga žena u Srbiji ima iskustvo nasilja u porodici, jedna od tri žene u Evropi takodje, skoro polovinu ubistava žena izvršio je intimni partner ili član porodice, <http://www.blic.rs/>, 25.05.2016. Mreža Žena Srbije upozorava da svake nedelje nasilnici ubiju jednu ženu, a raspoloživi podaci, mada nema jedinstvenih baza, pokazuju porast prijava ovog vida nasilja u ukupno prijavljenim krivičnim delima (Posebni izveštaj Zaštitnika građana, Beograd, jun 2011., <http://www.zastitnik.rs/index.php/lang-sr/izvestaji/posebni-izvestaji/2106-2012-01-12-13-43-33>).

5 O razlozima, Markus, I., *Tamne brojke: Istraživanje o kućnom nasilju u centralnoj i istočnoj Evropi*, u "Ženska prava i društvena tranzicija", Centar za ženske studije, istraživanja i komunikaciju, Beograd, str. 101.; Lukić, V., *Kriminološka analiza nasilja u porodici*, mag. teza, Niš, 2003.; Mršević, Z., *Pravni aspekti strukturalnih uzroka nasilja*, u "Pravom protiv nasilja u porodici, ŽIC, Niš, 2002. god; DeMaris, A., Benson, L.M. et al., *Distal and Proximal Factors in Domestic Violence: A Test of an Integrated Model*, Journal of Marriage and Family, Vol. 65, No. 3(Aug. 2003.), pp. 652-667, http://www.jstor.org/stable/3600030?seq=1#page_scan_tab_contents, Bornistein, R.F., *The Complex Relationship Between Dependency and Domestic Violence, Converging Psychological Factors and Social Forces*, American Psychologist, September 2006., pp. 595-606., https://scholar.google.com/scholar?start=20&q=factors+of+domestic+violence&hl=sr&as_sdt=0,5&as_vis=1,

6 O nasilju nad decom videti Salcido Carter, L., Weithorn, L.A., Behrman, R., *Domestic Violence and Children: Analysis and Recommendation, The Future of Children*, Princeton University, Vol. 9, No. 3, 1999., http://www.jstor.org/stable/1602778?seq=16#page_scan_tab_contents, Meier, S.J., *Domestic Violence, Child Custody and Child Protection: Understanding Judicial resistance and Imagining the Solutions*, Legal Studies Research paper No.528, Journal of Gender, Social Policy & The law, Vol. 11:2, 2003., <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=>,

7 Petrušić, N., *Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u pravu Republike Srbije*, "Novo porodično zakonodavstvo", Zbornik radova, Pravni fakultet u Kragujevcu, 2006., str. 21.

8 Već dugo je u pripremi konvencija o zaštiti starih osoba, a o razlozima donošenja, Strengthening Older People's Rights, Towards a UN Convention, https://social.un.org/ageing-working_group/documents/ i Why it's time for a convention on the rights of older people, <http://cotavic.org.au/wp-content/uploads/2013/02/Why-convention-older-people1.pdf>. Vid. i Interameričku konvenciju za zaštitu ljudskih prava starijih osoba, http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_a-70_human_rights_older_persons.asp. Fredvang, M., Bigss, S., *The rights of older persons, Protection and gaps under human rights law*, Social Policy Working paper No 16., Centre for Public Policy University og Melbourne, 2012., o tzv. *soft law protection* posebno Madrid International Plan of Action on Ageing (MIPAA), <http://www.un-ngls.org/orf/pdf/MIPAA.pdf>, Rešetar Čulo, I., *Zaštita prava starijih osoba u Evropi: trenutno stanje, nedostaci i izazovi*, Pravni vjesnik, God. 30, Br.2, 2014., <https://www.google.rs/search?q=Definiciju+nasilja+nad+starima+daje+Svetski+izveštaj+o+nasilju+i+zdravlju> koji je usvojila

Veoma dugo porodično nasilje je smatrano "privatnom stvari" i izolovanim incidentima pa je izostajao i sveobuhvatni sistem preveniranja i adekvatna intervencija državnih organa. Ipak, eskalacija akata i sve veći broj prijava porodičnog nasilja najpre usled emancipacije žena kao globalnog i svestranog procesa, uslovlila je prepoznavanje i sve ozbiljniji pristup ovom problemu kao "modelu ponašanja", a ne izolovanom incidentu, pa i stav o neophodnosti uspostavljanja mehanizama pravne i faktičke zaštite žrtava. Od nastanka pokreta za prava žena,¹⁰ pa i kao žrtava porodičnog nasilja, i otvaranja prvih "sigurnih kuća" osamdesetih godina prošlog veka, do savremenog pristupa koji karakteriše usvajanje niza nacionalnih, regionalnih i međunarodnih akata, trasiran je put sveobuhvatnoj normativnoj zaštiti, a kontrolni mehanizmi na regionalnom i međunarodnom nivou vode stvarnoj zaštiti. Ciljevi su, svakako, eliminisanje i otklanjanje uzroka, te, ma koliko to utopistički zvučalo, sankcionisanje učinilaca i pomoć žrtvi i širem krugu lica koja trpe posledice. Za razliku od preovlađujuće kogentnih nacionalnih akata, među kojima su i oni koji regulišu porodične odnose i posebni zakoni o zaštiti od nasilja u porodici, krivični zakoni, prekršajni, i niz drugih, regionalni akti i oni međunarodnog karaktera imaju često formu preporuka, uputstava ili smernica za nacionalne vlasti. U odabiru najoptimalnijih načina i sredstava za realizaciju navedenih ciljeva udruženi su, sve intenzivnije, vladin i nevladin sektor, odnosno države, regionalne i međunarodne organizacije. Ipak, pokazatelji nasilja u porodici i dalje zabrinjavaju.

Porodično nasilje je prema savremenom shvatanju društveni problem i socijalna patologija,¹¹ a podaci da su najčešće žrtve žene ukazuju "da je fenomen nasilja u porodici omogućen rodnom diskriminacijom i nedostatkom društvene odgovornosti za nasilje nad onima koji nemaju moć, niti sposobnost da mu se odupru"¹² Momenat prepoznavanja i prihvatanja stava da je nasilje u porodici povreda ljudskih prava,¹³ a

SZO: "svaki pojedinačni ili ponavljajući čin ili nedostatak odgovarajućeg postupanja, koji se događa u bilo kojem odnosu očekivanja i poverenja, a koji uzrokuje štetu, bol, neprilike i/ili nevolju starijoj osobi", World report on violence and health, WHO, Geneva, 2002., p.5,

http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf. Ajduković, M., Risac, S., Ogresta, J., *Izloženost starijih osoba nasilju u obitelji*, Revija za socijalnu politiku, 1/2008, str. 4; Rusac, S., *Nasilje nad starijim osobama*, Ljetopis socijalnog rada, <http://hrcaak.srce.hr/7709>, kao i Petrušić, N., Todorović, N., Vračević, M., *Uvod u staranje i ljudska prava starijih - Pilot studija o finasijskom zlostavljanju starijih*, Beograd, 2015. Videti i npr., Specijalni izveštaj Ombudsmana za ljudska prava BiH, 2010., posebno preporuke, str. 40-44, http://www.diskriminacija.ba/sites/default/files/node_file_upload/obmudsmen_doc2013020406211683bos1.pdf.

9 Kao privatnu treba da je reše sami članovi porodice osim kod treških telesnih povreda ili ubistva, Petrušić, N., *Rad institucija u zaštiti od nasilja u porodici na području Pčinjskog okruga*, Vranje, 2010., str. 13.

10 O ulozi feminističkog pokreta u zaštiti od nasilja u porodici videti više, Mršević, Z., nav. delo, str. 38-42.

11 Petrušić, N., nav. delo, str. 14.

12 *Ibidem*, str. 14 i 15.

13 Videti o tome Tiroch, K., *Violence against Women by Private Actors: The Inter-American Court's Judgement in the Case of Gonzales et. al. ("Cotton Field") v. Mexico*, Max Planck UNYB 14 (2010), http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_09_tiroch_14.pdf, a tekst Konvencije (Convention of Belem do Para), od 06.09.1994., dostupan je na <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>; Hawkins D., Humes, M., *Human Rights and Domestic Violence*, Political Science Quarterly, Vol. 117, No. 2 (Summer, 2002), pp. 231-257., http://www.jstor.org/stable/798182?seq=1#page_scan

u skladu sa tim i okolnosti da je, bez obzira na to da su porodični odnosi ekskluzivno privatni odnosi, država ta koja ima obavezu da i njihove učesnike štiti,¹⁴ od presudne je važnosti.

2. Međunarodni standardi u odnosu na nasilje u porodici

Prihvatanje stava da nasilje u porodici predstavlja vid kršenja ljudskih prava, kao i okolnost da koncept ljudskih prava podrazumeva odgovornost države za njihovo kršenje i od strane pojedinaca, privatnih lica pod jurisdikcijom države (tzv. horizontalni odnos),¹⁵ uslovilo je i uspostavljanje tzv. pozitivnih obaveza države (preduzimanje svih neophodnih mera kako bi se sprečilo kršenje ljudskih prava ili, u slučaju da je do toga došlo, sankcionisali odgovorni), pored onih negativnih (uzdržavanje od aktivnosti kojima bi se ljudska prava povredila ili ugrozila), i odgovornost za neispunjavanje ovih obaveza u slučajevima nasilja u porodici ili domu.¹⁶ Doktrina odgovornosti države implicira da one, sa "dužnom pažnjom" ("*due diligence*") moraju preduzimati preventivne mere za sprečavanje porodičnog nasilja,¹⁷ sprovesti efikasnu istragu, kazniti učinioce i obezbediti kompenzaciju žrtvama, uz primenu principa jednake zaštite svih i, konačno, da se porodično nasilje može tretirati i kao forma torture.¹⁸ Standard "*due diligence*" prepoznat je u međunarodnim okvirima u Deklaraciji o sprečavanju nasilja nad ženama (art.4.c).¹⁹ Komitet za eliminisanje svih oblika diskriminacije žena, u svom Opštem komentaru br. 19,²⁰ pored eksplicitnog određenja da se odredbe Konvencije UN o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena²¹ odnose i na slučajeve nasilja nad ženama usvaja i stav da su države odgovorne za privatne akte kada su propustile da deluju sa dužnom pažnjom u zaštiti od nasilja. Pekinška platforma za akciju iz 1995. god. (par. 125(b))²² jasnije specifikuje obaveze države u sprečavanju i eliminisanju nasilja nad ženama

tab_contents; Thomas, D. Q., Beasley M. E., *Domestic Violence as a Human Rights Issue*, Human Rights Quarterly, Vol.15, No 1(Feb., 1993), pp. 36-62., McQuigg, R. J.A., *Domestic Violence as a Human Rights Issue: Rumor v. Italy*, European Journal of International Law, <http://www.ejil.org/article.php?article=2618&issue=129>; Bettinger-Lopez, C., *Human Rights at Home: Domestic Violence as a Human Rights Violation*, CHRLR, 11/18/2008, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r21710.pdf>.

14 Čl. 1 Convention of Belam do Para

15 Nikolić-Ristanović, V.; Dokmanović, M., "*Medjunarodni standardi o nasilju u porodici i njihova primena na Zapadnom Balkanu*", "Podrška ženskim ljudskim pravima na Zapadnom Balkanu", Beograd, 2006., str. 50-53.

16 Izveštaj "Violence against women in the family", E/CN.4/1999/68, March 1999., par. 22, nadalje "Izveštaj", <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/AnnualReports.aspx>

17 Obaveze iz Izveštaja odnose se na slučajeve porodičnog nasilja nad ženama.

18 Izveštaj, par.22.

19 Declaration on the Elimination of violence against women, Doc. A/RES/48/104, <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>.

20 CEDAW General Recommendation 19, UN Doc. A/47/38, usvojena na jedanaestom zasedanju 1992. god za Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena., Videti Zakon o ratifikaciji Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, "Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 11/81

21 Konvencija je usvojena 18. decembra 1979., u Njujorku.

22 Pekinška deklaracija i Platforma za akciju, Ministarstvo za ljudska prava i izbeglice BiH, str. 60-66, http://www.e-jednakost.org.rs/kurs/kurs/download/pekinška_deklaracija.pdf

u oblastima: osude nasilja; uzdržavanja od iznošenja tradicionalnih i verskih stavova u cilju izbegavanja obaveza države; uzdržavanja od angažovanja u nasilju i primeni uobičajene pažnje u prevenciji, istrazi i, u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom, kažnjavanju za učinjene akte od strane države ili pojedinaca; procesuiranja i sankcionisanja (krivične, građanske, radne ili administrativne prirode); usvajanja, primene i periodičnog revidiranja nacionalnih zakona; obezbeđenja pristupa žrtava pravičnim i delotvornim pravnim lekovima, uključujući i kompenzaciju i rehabilitaciju; implementiranja normi i instrumenata međunarodnih ljudskih prava; donošenja i sprovođenja akcionih planova; mera za izmenu društvenih i kulturnih uzusa ponašanja muškaraca i žena, uklanjanja predrasuda i prakse zasnovane na ideji inferiornosti ili superiornosti ili stereotipima o ulozi polova; stvaranja i jačanja institucionalnih mehanizama da bi žene i ženska deca mogli prijaviti nasilje u sigurnoj i poverljivoj sredini, bez straha od kazne ili osvete; programa obuke osoblja u organima vlasti kako bi se izbeglo iskorišćavanje moći što bi vodilo nasilju; donošenja i primene propisa o odgovornosti policijskih i drugih državnih agenata koji učestvuju u nasilju u vršenju dužnosti; obezbeđenja državnih sredstava za sve aktivnosti; uključivanja u izveštaje o primeni važećih instrumenata UN o ljudskim pravima podataka o nasilju nad ženama i preduzetim merama i saradnja sa Specijalnom izveštačicom UN za nasilje nad ženama i dr.²³

Odgovornost države za akte pojedinca pod njenom jurisdikcijom veoma rano prihvata i praksa međunarodnih sudova, pa je već 1988. god. Interamerički sud za ljudska prava, u poznatom sličaju *Velasquez-Rodriquez* usvojio stav da akti pojedinaca mogu usloviti međunarodnu odgovornost države kada propusti da spreči povredu ljudskih prava ili ne poštuje međunarodne (obavezujuće) akte.²⁴

I na nivou EU usvojen je niz dokumenata koji se odnose na suzbijanje nasilja u porodici²⁵ kojima se ukazuje na odgovornost država za neaktivnost u sprečavanju, kažnjavanju i pružanju pomoći žrtvama nasilja, obavezu da ove akte kvalifikuje kao krivična dela i da žrtvama obezbedi sudsku zaštitu, psihološku i finansijsku podršku.²⁶ Posebno je značajna Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda,²⁷ koja, mada ne pominje izričito zabranu nasilja, predstavlja osnovni dokument u oblasti poštovanja integriteta i dostojanstva ljudske ličnosti, ljudskih prava i sloboda, kao i praksa ESLJP koji je u nizu odluka zauzeo stav da

23 *Ibidem*, str. 63-66.

24 Tekst odluke dostupan na http://hrlibrary.umn.edu/iachr/b_11_12d.htm

25 Pomenimo Preporuku o nasilju u porodici, No. R(85)4 (1985); Preporuku o socijalnim merama koje se odnose na nasilje unutar porodice, Np. R(90)2 (1990); Preporuku o hitnim merama koje se odnose na porodicu, No. R(91)1 (1998); Preporuku o posredovanju u porodici, No. R(98)1 (1998); Preporuku o nasilju u porodici prema ženama, No. 1582(2002)1; Preporuka o nasilju nad ženama No. 1450 (2000), <http://www.legislationline.org/topics/organisation/4/topic/7/subtopic/25>

26 Preporuka No. 1681 (2004) Kampanja za suzbijanje nasilja u porodici protiv žena, čl. 2. i 3., <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17273&lang=EN>

27 Konvencija je donesena 1950. godine, videti Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnih protokola br. 11, 4, 6, 7, 12 i 13, "Službeni list SCG - Međunarodni ugovori", br. 9/2003 i 5/2005.

porodično nasilje može predstavljati kršenje niza konvencijskih prava i da države odgovaraju za neizvršavanje tzv. pozitivnih obaveza i u ovoj oblasti.

Moglo bi se zaključiti da se standardi u odnosu na fenomen nasilja u porodici odnose, pre svega, na neophodnost definisanja ovog fenomena, zahtev uspostavljanja čvrstog nacionalnog normativnog okvira (supstancijalno i procesno pravo, a u okvirima procesnog delotvornu zaštitu primenom specifičnih pravila građanskih, krivičnih i prekršajnih postupaka), uspostavljanje sistema prevencije i specifičnih zaštitnih mera za žrtve nasilja u porodici i sistemsko prikupljanje, razvrstavanje i analizu podataka, odnosno evidenciju i mere monitoringa.²⁸

3. Istanbulska konvencija

U evropskim okvirima posebno je važna Konvencija SE o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija).²⁹ To je jedini evropski pravno obavezujući instrument u ovoj oblasti koji, takođe, prihvata standard "dužne pažnje", "potpune posvećenosti" u prevenciji, zaštiti, procesuiranju i sankcionisanju akata nasilja. Tekst ove Konvencije takođe navodi ključne oblasti delovanja i precizira obaveze koje nacionalnim politikama i regulativom treba realizovati. I među njima je prva oblast definisanje nasilja kao oblika povrede ljudskih prava, a sama Konvencija (čl. 3) ga definiše ekstenzivno, u skladu sa standardima.³⁰ Reč je o svakom delu³¹ fizičkog, seksualnog, psihičkog, odnosno ekonomskog nasilja³² u okviru porodice ili doma, između bivših ili sadašnjih supružnika ili partnera, nezavisno od toga da li dele isto boravište sa žrtvom. Nasilje nad ženama izričito se definiše kao "kršenje ljudskih prava" (čl. 3(a) i "oblik diskriminacije nad ženama", a čine ga sva dela "rodno zasnovanog nasilja" koja su precizirana.³³ Prema odredbi čl. 5, sloboda od nasilja u porodici obavezuje države na "uzdržavanje od učešće u bilo kakvom činu nasilja", "preduzimanje neophodnih zakonodavnih i drugih mera" i postupanje sa "potpunom posvećenošću".

Visok stepen preciznosti obaveza ukazuje na doprinose ove Konvencije. Pored usvajanja i preciziranja "*due diligence*" standarda i reafirmisanja rodnog razumevanja fenomena nasilja nad ženama³⁴ to su: neophodnost integrisanja odluka Evropskog suda za ljudska prava i Komiteta CEDAW u nacionalne pravne sisteme; uspostavljanje jasnih standarda u normativi; prevencija; obuhvatne mere pravne i

28 Videti, npr., Nikolić-Ristanović, V.; Dokmanović, M., nav. delo, str. 73-125.

29 Tekst Konvencije dostupan na: <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/zakoni/2013/2246-13Lat.pdf>, a stupila je na snagu u Republici Srbiji 1. avgusta 2014.

30 Nikolić-Ristanović, V.; Dokmanović, M., nav. delo, str. 74. navode smernice preuzete iz međunarodnih dokumenata u pogledu definisanja "domaćeg nasilja" ili "nasilja u domu".

31 Pojam "delo" ili "akt" mora podrazumevati ne samo grubu prinudu već i druge, suptilnije kontrolne obrasce, Nikolić-Ristanović, V.; Dokmanović, M., nav. delo, str. 74.

32 Za ovaj tip nasilja, ako je uključen u definiciju, mora se jasno odrediti šta se pod njim podrazumeva, Nikolić-Ristanović, V.; Dokmanović, M., nav. delo, str. 74.

33 Ono je definisano kao nasilje usmereno protiv žene zato što je žena i koje nesrazmerno pogađa žene.

34 Branković, B., *Vesti iz budućnosti: Istanbulska konvencije i odgovornost države za borbu protiv nasilja nad ženama*, 2013., str. 16. <http://www.sigurnakuca.net/upload/documents/VestilzBudučnosti.pdf>

institucionalne zaštite i podrške žrtvama, posebno hitne zaštitne mere; efikasnost procesuiranja i kažnjavanja učinilaca; programi tretmana za učinioce; promocija i integrisanje modela dobre prakse evropskih zemalja, uključujući koordinisane akcije institucija i specijalizovanih NVO i njihove principe rada sa žrtvama; postavljanje smernica i standarda za kreiranje zakonodavno-strateškog nacionalnog okvira i efikasnu implementaciju, što uslovljava neophodnost značajnih izmena ovog okvira u svim segmentima zaštite; prepoznavanje probleme višestruko diskriminiranih žrtava (izbeglice, migranti/kinje, azilanti/kinje), uspostavljanje nezavisnog međunarodnog mehanizma za nadgledanje i praćenje implementacije Konvencije - Komitet GREVIO i promovisanje međunarodne saradnje.³⁵

U oblasti prevencije kao opšte obaveze država navode se: promocija promene stereotipa o ulozi žena i muškaraca, iskorenjivanje predrasuda, običaja, i druge prakse zasnovane na ideji inferiornosti žena; podizanje svesti u javnosti o nasilju, posledicama po decu i potrebi sprečavanja; uvođenje u nastavne planove tema povezanih uz jednakost polova, nestereotipne rodne uloge i sl.; obuka stručnjaka koji se bave na bilo koji način žrtvama; rad sa izvršiocima; podsticanje privatnog i sektora javnog informisanja za uključivanje u aktivnosti; zaštita i podrška žrtvama i svedocima koja, pored opštih obaveza u sprovođenju sudskih i drugih postupaka, predviđa i informisanje žrtava i svedoka o uslugama podrške i pravnim merama na jeziku koji razumeju.³⁶

Kao opšte usluge podrške žrtvama pominju se izričito: pravna i psihološka savetovaništva, finansijska pomoć, stanovanje, obrazovanje i obuka i pomoć pri zapošljavanju kao i informisanje i efektivan pristup žrtava podnošenju individualnih ili kolektivnih žalbi pred regionalnim ili međunarodnim organima, a kao specijalizovane usluge podrške posebno ženama i deci: sigurne kuće, SOS telefoni (non-stop), krizni centri za žrtve silovanja, odnosno seksualnog nasilja, zaštita i podrška deci svedocima nasilja, mere kojima se obezbeđuje da svako ko je svedok prijavi nasilje, opravdanu sumnju da je učinjeno ili da se može očekivati dalje nasilje i preduzimanje neophodnih mera kako pravila o poverljivosti za određene stručnjake ne bi bila smetnja prijavi nasilja.³⁷

U oblasti krivičnog zakonodavstva obaveze se odnose na: obezbeđenje pravnih sredstava protiv izvršioca i državnih organa koji nisu preduzeli preventivne i zaštitne mere u okviru svojih ovlašćenja; pravo na naknadu od počinioca krivičnog dela, ali i od države uz ispunjenje određenih uslova; uzimanje u obzir akata nasilja kod dodele staranja i održavanja ličnih odnosa sa decom; omogućavanje poništaja prinudnih brakova ili razvoda bez nepotrebnog opterećenja žrtve; inkriminisanje psihičkog nasilja, proganjanja, fizičkog, seksualnog nasilja uključujući i silovanje, prinudnog braka, genitalnog sakaćenja žena, prinudnog abortusa i sterilizacije i seksualnog uznemiravanja, kao i pomaganja, podstrekavanja i pokušaja za većinu ovih krivičnih dela.³⁸ Države moraju obezbediti da se u pokrenutim krivičnim postupcima za bilo

35 *Ibidem*, str. 16, 17.

36 Videti odredbe čl. 12, 13, 15, 16, 17 i 19. Istanbulske konvencije.

37 Videti odredbe čl. 20-28. Istanbulske konvencije

38 Videti odredbe čl. 29-41. Istanbulske konvencije.

koje delo iz Konvencije ne smatraju opravdanjem kultura, običaji, religija, tradicija ili tzv. "časť" (čl. 42), da delotvornost i srazmernost sankcija odvraća od vršenja dela (čl. 45/1), mogućnost praćenja i nadzora učinioca i oduzimanje roditeljskih prava u skladu sa principom najboljeg interesa deteta (čl. 45/2). Postupci obaveznog alternativnog rešavanja sporova ili izricanja kazne su zabranjeni, istrage moraju biti hitne, obavezna je procena rizika i izdavanje naloga za napuštanje mesta stanovanja žrtve ili ugroženog lica u dovoljno dugom vremenskom periodu, naloga za zabranu povrede boravišta i stupanja u kontakt sa žrtvom ili ugroženim licem, a sve ove mere moraju biti dostupne bez nepotrebnih opterećenja žrtve i nezavisno od sudskih postupaka prema učiniocu.³⁹ Za veći broj krivičnih dela države moraju obezbediti da istrage i sudski postupci ne zavise isključivo od prijave žrtve (čl. 55/1). Pravna i besplatna pravna pomoć obezbeđuju se u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom (čl. 57), a za najteža krivična dela rok zastarelosti za pokretanja krivičnog postupka mora biti dovoljno dug i srazmeran težini tog dela (čl. 58).

4. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

ESLJP je problem nasilja u porodici, odnosno domu razmatrao u nizu slučajeva u kontekstu povrede više konvencijskih prava: prava na život (čl. 2),⁴⁰ zabrane mučenja i nečovečnog, odnosno ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (čl. 3),⁴¹ zabrane ropstva i prinudnog rada (čl. 4), prava na pravično suđenje (čl. 6),⁴² prava na poštovanje porodičnog života (čl. 8),⁴³ prava na delotvoran pravni lek (čl. 13) i prava na nediskriminaciju (čl. 14).⁴⁴ Još u presudi u slučaju *Airley protiv Irske*⁴⁵ Sud je zauzeo stav da država, u okviru prava na poštovanje porodičnog života, ima obavezu da obezbedi servise za pravnu pomoć ženama koje nemaju finansijska sredstva za vođenje postupka razvoda braka od nasilnog supruga. U slučaju *Bevacqua i S. protiv Bugarske*⁴⁶ Sud je našao da je država propustila da obezbedi adekvatnu zaštitu žene

39 Videti odredbe čl. 49-53. Istanbulske konvencije.

40 *Kontrovà v. Slovakia*, Appl. No. 7510/04, presuda od 13. 06. 2006., *Tomašić and Others v. Croatia*, Appl. No. 46598/06, presuda od 15.01. 2009. i *Durmaz v. Turkey*, Appl. No. 3621/07, presuda od 13. 11. 2014., <http://hudoc.echr.coe.int/eng>,

41 Videti presude u slučajevima: *E.S. and Others v. Slovakia*, Appl. No. 8227/04, presuda od 15. 09. 2009; *Rumor v. Italy*, Appl. No. 72964/10, presuda od 27. 05. 2014, i *Eremia and Others v. Republic of Moldova*, Appl. No. 3564/11, presuda od 28. 05. 2013. <http://hudoc.echr.coe.int/eng>,

42 Videti *Wasiewska v. Poland*, Appl. No. 9873/11, presuda od 02.12.2014. <http://hudoc.echr.coe.int/eng>,

43 Videti *Y.C. v. the United Kingdom*, Appl. No. 4547/10, presuda od 13. 03. 2012.

44 Videti *Opuz v. Turkey*, Appl. No. 33401/02, presuda od 09.06.2009., *A. v. Croatia*, Appl. No. 55164/08, presuda od 14.10.2013. <http://hudoc.echr.coe.int/eng>, Videti McQuigg, R.J.A. *The European Court of Human Rights and Domestic Violence: Valiuliene v. Lithuania*, IJHR, 2014, 18(7-8), p. 756-773.

http://pure.qub.ac.uk/portal/files/17206480/european_court.pdf, a, pregled odluka Suda videti u ECHR, Factsheet - Domestic Violence, March 2017., http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Domestic_violence_ENG.pdf.

45 *Airley v. Ireland*, Appl. No. 6289/73, presuda od 9. oktobra 1979., <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1979/3.html>

46 *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, Appl. No. 71127/01, presuda od 12. juna 2008., <https://rm.coe.int/>.

u pokrenutom postupku za razvod braka od nasilnog supruga i za staranje o deci, odnosno da poštovanje čl. 8 podrazumeva "dužnost usvajanja i efikasne primene u praksi zakonskog okvira koji omogućava zaštitu od akata nasilja koje izvršavaju privatna lica" i da je potencirana obaveza zaštite posebno osetljivih kategorija lica pa je država odgovorna za nemar lokalnih vlasti prema pritužbama aplikantkinje.⁴⁷ U presudi u slučaju *Kontrova protiv Slovačke*,⁴⁸ Sud formuliše stav da država ima pozitivne obaveze "kada je znala ili morala znati u relevantnom vremenu za postojanje realnog i neposrednog rizika za život određenog lica od kriminalnog ponašanja trećeg i da je propustila da primeni mere u skladu sa svojim nadležnostima koje su morale biti preduzete da bi se otklonio takav rizik".⁴⁹ Sud, međutim, mora biti uveren da su vlasti znale ili morale znati za realnu i jasnu opasnost.⁵⁰ Na obaveze države ukazuje i CEDAW Komitet - preduzimanje mera radi zaštite fizičkog i mentalnog integriteta žrtve i njene porodice, obezbeđenje sigurnog boravišta za nju i decu, sredstava za izdržavanje, pravne pomoći i kompenzacije, a preporučio je uspostavljanje efikasnih istražnih, pravnih i sudskih postupaka i povećanje kapaciteta države za brigu i podršku.⁵¹

U kontekstu zaštite prava na život i nediskriminaciju⁵² Sud u presudi u slučaju *Opuz protiv Turske*⁵³ ponavlja stav da pri razmatranju cilja i svrhe odredaba Konvencije uzima u obzir i međunarodnopravnu pozadinu pravnog pitanja i da zajednički međunarodni ili domaći pravni standardi evropskih država odražavaju stvarnost koju Sud ne može zanemariti pri objašnjenju obima odredbe Konvencije koja se ne može sa dovoljnom sigurnošću definisati konvencijskim načinom tumačenja. Pri razmatranju definicije i obima diskriminacije žena, pored opštijeg značenja diskriminacije iz svoje prakse, Sud uzima u obzir odredbe specijalizovanih pravnih instrumenata i odluke međunarodnih pravnih tela o nasilju nad ženama.⁵⁴

U ovom slučaju Sud je usvojio (ili ponovio) niz stavova, od kojih su najznačajniji da je postojanje kontinuiranih akata porodičnog nasilja u dužem periodu, o kojima su

47 Par. 64, 65 i 84. presude u slučaju *Bevacqua and S. v. Bulgaria*.

48 Videti napomenu br. 40.

49 *Kontrova v. Slovakia*, vid. nap. br. 40, par. 116., kao i par. 49. u kome je citirana presuda u slučaju *Osman protiv UK*, presuda od 28. oktobra 1998, par. 115. u kojoj Sud isto rezonuje.

50 Abdel-Monem, T., *Opuz v. Turkey: Europe's Landmark Judgement on Violence against Women*, HRB, 2009., Vol. 17, Issue 1, p. 2, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/>, i par. 130. presude u slučaju *Opuz protiv Turske*.

51 Videti mišljenja Komiteta CEDAW u slučajevima A.T. protiv Mađarske, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisionsviews/CEDAW%20Decision%20on%20AT%20vs%20Hungary%20English.pdf> i *Fatma Yildirim protiv Austrije*, [http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Fatma](http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Fatma%20Yildirim%20deceased_%20v%20Austria.pdf)

[%20Yildirim%20deceased_%20v%20Austria.pdf](http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Fatma%20Yildirim%20deceased_%20v%20Austria.pdf)

52 *Opuz protiv Turske*, videti napomenu br. 44, par.184-198 - podnositeljka je dokazala uverljive indicije da nasilje u porodici u Turskoj uglavnom pogađa žene i da opšta i diskriminatorna sudska pasivnost stvara ambijent pogodan za nasilje.

53 Videti napomenu br. 44.

54 Pri tome se Sud poziva i na Convention of Belém do Pará, videti napomenu br. 13., koja u čl.6. izričito definiše da pravo žene na slobodu od nasilja uključuje i pravo da bude slobodna od svih formi diskriminacije, koja je stoga nasilje, <http://www.oas.org/en/mesecvi/docs/BelemDoPara-ENGLISH.pdf>, par. 164. *Opuz protiv Turske*.

vlasti bile obavestene, bilo razlog za preduzimanje mera zaštite, posebno stoga što su u pitanju teška krivična dela, a počinilac je bio od ranije poznat policiji zbog nasilja u porodici i da je, stoga, postojao značajan rizik od budućeg nasilja (par. 134, 135). Lokalne vlasti su mogle predvideti smrtonosni napad nad majkom aplikantkinje, pa je, bez obzira na to da Sud ne može sa sigurnošću zaključiti da bi se situacija drugačije razvijala i da do ubistva ne bi došlo da su vlasti drugačije postupale "samo nepreduzimanje razumnih mera koje bi realno mogle dovesti do drugačijeg ishoda odnosno umanjiti štetu" dovoljan osnov za utvrđivanje odgovornosti države.⁵⁵ Konstatujući da među državama članicama nema saglasnosti o nastavku krivičnog gonjenja kada žrtva povuče prijavu, Sud smatra da države moraju uspostaviti ravnotežu između prava na život i zabrane nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i prava na poštovanje porodičnog života i da stoga pri donošenju odluke o nastavku krivičnog gonjenja treba uzeti u obzir: težinu dela, nanošenje fizičke ili psihičke povrede, upotrebu oružja, upućivanje pretnji nakon napada, planiranje napada, uticaj akta na decu, stalnost pretnji po zdravlje i sigurnost žrtve, dotadašnji razvoj odnosa, posebno eventualno nasilje iz prošlosti i da li je počinilac od ranije poznat policiji, posebno po nasilju u porodici (par. 138). Države ne smeju da se uzdržavaju od mešanja isključivo s pozivom da je reč o "porodičnim stvarima", a kada se prijave nasilja povuku moraju ispitati motive povlačenja (koje je i u ovom slučaju bilo pod pritiskom izvršioca) i postojanje pretnji nasiljem.⁵⁶

U odnosu na legislativni nacionalni okvir, Sud smatra da odredba tada važećeg Krivičnog zakona Turske da se gonjenje *ex officio* vrši kada krivično delo rezultira bolešću ili radnom nesposobnošću žrtve u trajanju od deset ili više dana ne omogućava ispunjavanje zahteva vezanih za pozitivne obaveze države da uspostavi i efikasno primeni sistem kažnjavanja nasilja u porodici i odgovarajuće zaštite žrtve (par. 145). Po prijavama policija i organi gonjenja nisu adekvatno reagovali, procenili rizik ni preduzeli mere u skladu sa težinom situacije (par.147, 147), a krivični postupak traje već šest godina što nije promptna reakcija vlasti na namerno ubistvo koje je počinilac priznao.

U odnosu na zabranu diskriminacije Sud je, bez obzira na to da se ona u ovom slučaju nije zasnivala na zakonskoj regulativi *per se*, konstatovao da je stav lokalnih vlasti da se u porodično nasilje ne treba mešati, da se po prijavi žena nastoji posredovati i ubediti žrtvu da se vrati kući i povuče prijavu, što je aplikantkinja i potvrdila izveštajima i statistikama dve vodeće nevladine organizacije - Advokatska komora u Dijanbaru i Amnesty International, koje je Sud prihvatio kao relevantan dokaz.⁵⁷ U pogledu primene čl. 3. (zabrana mučenja i nečovečnog postupanja), Sud konstatuje da zlostavljanje "mora dostići minimalni nivo ozbiljnosti" i da se procena vrši *in concreto*, mada utvrđuje neke od kriterijuma: prirodu i kontekst takvog

55 Par. 136. presude u slučaju *Opuz protiv Turske*, kao i par. 99. presude u slučaju *E. i dr. protiv Velike Britanije*, Appl. No. 33218/96., na koju se Sud poziva.

56 Videti par. 143. presude u slučaju *Opuz protiv Turske*, kao i par 81. presude u slučaju *K.A. and A.D. v. Belgium*, Appl. No. 42758/98 and 45558/99, presuda od 17. 02. 2005., <http://hudoc.echr.coe.int/eng->

57 Videti par. 180. presude u slučaju *Opuz protiv Turske* kao i presudu u slučaju *Hoogendijk v. Netherlands*, Appl. No. 58641/00, od 06.01. 2005. god., <https://www.google.rs/search?q=>

ponašanja, trajanje, fizičke i mentalne posledice ponašanja, ali i pol, starosnu dob i zdravstveno stanje žrtve u nekim slučajevima.⁵⁸

U slučaju *Branko Tomašić i dr. protiv Hrvatske*⁵⁹ reč je o ubistvu supruge i ćerke od strane supruga (oca) koji je ranije u više mahova ozbiljno pretio smrću obema, pa i u prostorijama Centra za socijalno staranje (par. 5). U pokrenutom krivičnom postupku u psihijatrijskom mišljenju je navedeno da je reč o osobi koja pati od dubokog poremećaja ličnosti i urođene disfunkcije mozga pa je smanjeno uračunljiva i da postoji velika opasnost da ponovi isto ili slično krivično delo, uz preporuku obaveznog lečenja uz ostale mere (par. 7). Prema čl. 75. Krivičnog zakona Hrvatske, od strane nacionalnog suda mera obaveznog lečenja prema počiniocu traje do prestanka izvršenja kazne zatvora pa je u ovom slučaju skraćena na ovo vreme (par. 9. i 20), a nedugo posle puštanja iz zatvora počinitelj je izvršio dvostruko ubistvo i samoubistvo. Sud je utvrdio da država nije preduzela sve potrebne mere zaštite života ljudi od postupaka opasnog kriminalca koji je kao takav utvrđen od strane nadležnih organa, da nije naložen pretres njegovog vozila i stana mada je pretio da ima bombu, čak i kada je pretnju izrekao pred državnim organom (par.54), da nisu pokrenuti postupci protiv osoba od kojih je izvršilac nabavio oružje kao ni dalji postupci prema izvršiocu na osnovu izveštaja o njegovom psihijatrijskom statusu i lečenju tokom izdržavanja kazne zatvora. Država je odgovorna za veoma uopštene propise o obaveznom psihijatrijskom lečenju koji primenu mera prepuštaju slobodi zatvorskih vlasti (par. 56. i 57) i za neodgovarajuće psihijatrijsko lečenje u zatvoru kao i nedostatak ocene stanja pre puštanja kako bi se procenio rizik pretnje o lišavanju života (par. 58). U predmetima koji se odnose na smrt u okolnostima iz kojih bi mogla proizaći odgovornost države Sud je zaključio da vlasti moraju delovati *ex officio* čim za to saznaju, odnosno ne mogu prepustiti rodbini ni podnošenje formalne prijave ni pokretanje istrage.⁶⁰

5. Nacionalni okvir u Republici Srbiji

Kao odraz niza akata koje je Republika Srbija prihvatila, nasilje u porodici je prvi put regulisano Porodičnim zakonom iz 2005.⁶¹ Nacionalna strategija za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima,⁶² koja se od 2011. godine implementira u skladu sa akcionim planovima, sadrži četiri opšta dugoročna cilja koji odgovaraju onima iz međunarodnih akata. Prvi cilj je uspostavljanje sistema primarne, sekundarne i tercijerne prevencije, drugi,

58 Pri tome Sud upućuje na odluku Komisije u slučaju *Costello-Roberts v. UK*, Appl. No. 13134/87, od 13. 12. 1990., par. 30, <https://www.google.rs/search?q=>

59 Case of *Branko Tomašić and Others v. Croatia*, Appl. No. 46598/06, presuda od 15. 01.2009.

60 Sud se poziva na presude u slučajevima *Slimani v. France*, Appl. No. 57671/00, EHCR 2004-IX., par. 29. i *McKerr v. United Kingdom*, Appl. No. 28883/95, EHCR 2001-III, par. 111.

61 "Porodični zakon", nadalje "PZ RS", "Službeni glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015.

62 Nacionalna strategija za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima, "Službeni glasnik RS", br. 27/2011. U ovom periodu donesena su i dva važna zakona: Zakon o ravnopravnosti polova, "Službeni glasnik RS", br. 104/2009. i Zakon o zabrani diskriminacije, "Službeni glasnik RS", br. 22/2009.

unapređenje normativnog okvira, treći, unapređenje međusektorske saradnje i podizanje kapaciteta organa i službi i uspostavljanje mehanizama za njihovu efikasnu i kontinuiranu saradnju, i četvrti, unapređenje sistema mera zaštite i podrške žrtvama. Ipak, u Zaključnim zapažanjima o kombinovanom Drugom i Trećem periodičnom izveštaju Republike Srbije o primeni Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, iz 2013. god.,⁶³ u delu koji govori o nasilju nad ženama konstatuje se da je bez obzira na donošenje strategije i niza protokola⁶⁴ ovaj vid nasilja i dalje u porastu; da postoje značajne razlike između broja policijskih intervencija, broja podnetih krivičnih prijava i broja osuđenih lica; da nedostaje regulisanje naloga za hitnu zaštitu i sistematizovanje podataka o svim oblicima nasilja nad ženama, te da se još uvek ne može govoriti o ispunjenosti niza međunarodnih standarda. Stoga Komitet preporučuje, pozivajući se na svoju Opštu preporuku br.19, da Srbija: razmotri i revidira Krivični zakonik, Porodični zakon i druge relevantne zakone; podstakne žene da prijave slučajeve porodičnog i seksualnog nasilja podizanjem nivoa svesti o krivičnoj prirodi takvih akata; obezbedi efikasnu istragu, krivično gonjenje i kažnjavanje počinitelaca srazmerno težini dela; obezbedi adekvatnu pomoć i nesmetan pristup efikasnoj zaštiti svim ženama žrtvama nasilja time što će formirati i finansirati iz državnog budžeta dovoljan broj skloništa; poboljša saradnju sa organizacijama civilnog društva; unapredi sistem prikupljanja i sistematizacije podataka, i, konačno, ubrzano ratifikuje Istanbulsku konvenciju.

U cilju realizacije zaključaka iz ovog Izveštaja, Istanbulska konvencija je u Srbija ratifikovana upravo te, 2013. god.,⁶⁵ a donošenje Zakona o sprečavanju nasilja u porodici,⁶⁶ čija primena počinje 1. juna ove godine, najznačajnija je posledica ratifikacije. No, treba podsetiti da je PZ RS definisao nasilje u porodici (čl. 197. st. 1), predvideo mere zaštite (čl. 198) i specifičnosti postupka u sporu za zaštitu od nasilja u porodici (čl. 283-289). Takođe, u cilju prihvatanja standarda povezanih uz obavezu normiranja određenih krivičnih dela, najnovijim dopunama Krivičnog zakonika⁶⁷ to je i učinjeno. Sve ovo ukazuje da je u Srbiji na normativnom nivou dosta učinjeno,⁶⁸ ali izvesni problemi, a na neke od njih ćemo i ukazati, svakako postoje.

63 Izveštaj je dostupan na <http://www.rodnaravnopravnost.rs/images/stories/dok/cedaw.pdf>.

64 Poseban protokol Ministarstva zdravlja za zaštitu i postupanje sa ženama koje su izložene nasilju, iz 2011.; Poseban protokol Ministarstva rada, zapošljavanja i socijalne politike o postupanju centara za socijalni rad u slučajevima nasilja nad ženama u porodici i partnerskim odnosima, iz 2013.; Poseban protokol Ministarstva unutrašnjih poslova o postupanju policijskih službenika u slučajevima nasilja nad ženama u porodici i partnerskim odnosima, iz 2013.; Poseban protokol za pravosuđe u slučajevima nasilja nad ženama u porodici i partnerskim odnosima, iz 2014.; Pravilnik o protokolu postupanja i odgovoru na nasilje, zlostavljanje i zanemarivanje Ministarstva prosvete, iz 2011.; Opšti protokol za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja u vezi Nacionalnog plana akcije za decu iz 2004.

65 Videti napomenu br. 30.

66 Zakon o sprečavanju nasilja u porodici, nadalje "ZSNP", "Službeni glasnik RS", br. 94/2016.

67 Videti Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srbije, "Službeni glasnik RS", br. 94/2016., čl. 121a, 138a, 182a, 185a, 187a.

68 Od niza preventivnih mera treba pomenuti Intrenet kampanju "Isključi nasilje" koju je u avgustu 2016. pokrenulo Ministarstvo pravde u cilju podizanja svesti u društvu o nasilju u porodici, informisanja različitih ciljnih grupa o nasilju i novim zakonskim merama i sa pozivom na akciju svih koji se mogu dovesti u vezu sa nasiljem u porodici.

Pre svih, kada je definisanje ovog vida nasilja u pitanju, treba reći da postoji nesklad na nacionalnom nivou. Dok Nacionalna strategija ne daje samostalnu definiciju, već se poziva na Deklaraciju UN o ukidanju nasilja nad ženama iz 1993,⁶⁹ i Nacrt Istanbulske konvencije i nabroja (negde i taksativno - seksualno nasilje, npr.) manifestacije fizičkog, seksualnog, psihičkog i ekonomskog nasilja, ukazuje na okolnost da je nasilje u porodici posledica zloupotrebe moći i da definicija diskriminacije obuhvata nasilje zasnovano na polnoj različitosti prema Opštoj preporuci 19. Porodični zakon definiše nasilje u porodici korišćenjem najopštijih pravnih standarda, a sudovima je prepušteno da im, *in concreto*, određuju pravo značenje.⁷⁰ Ipak, *exempli causa* se navode postupci koji će se "naročito" smatrati nasiljem u porodici.⁷¹ ZSNP sadrži opštu definiciju⁷² uz nabrojanje lica između kojih su akti porodičnog nasilja mogući. Obe definicije su dovoljno široke da obuhvate i porodično i nasilje u domu ("domaćinstvu") što je najširi način definisanja i odgovara međunarodnim standardima. No, definicije se u pogledu kruga lica razlikuju, pri čemu je taj krug širi prema PZ RS.⁷³ To otvara problem primene odredaba ZSNP u odnosu, npr., na lica koja nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu, a bila su ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, odnosno imaju zajedničko dete, ili na lica sa kojima se učinilac nalazi u krvnom srodstvu dalje od drugog stepena pobočne linije (čl.3.).

Problem definisanja postoji i kada je reč o rodno zasnovanom nasilju koje nije definisano, uprkos ratifikacije Istanbulske konvencije koja ima jasnu rodnu perspektivu. U Srbiji nije donesen ni zakon o rodnoj ravnopravnosti,⁷⁴ a tekst koji je kao Model Zakona prezentovan javnosti još u toku 2014. god.⁷⁵ upravo je sadržao definiciju rodno zasnovanog nasilja kao "ponašanja kojim se ugrožava telesni

69 Videti napomenu br. 19.

70 Draškić, M., *Nasilje u porodici: prva presuda VSS*, Anali PF u Beogradu, god. LVI, 2/2008, str. 346.

71 Prema odredbi čl. 197. stav 2. PZ RS, to su: nanošenje ili pokušaj nanošenja telesne povrede; izazivanje straha pretnjom ubistvom ili nanošenjem povrede članu porodice ili njemu bliskom licu; prisiljavanje na seksualni odnos; navođenje na seksualni odnos ili seksualni odnos sa licem koje nije navršilo 14. godinu života ili nemoćnim licem; ograničavanje slobode kretanja ili komuniciranja sa trećim licima i vređanje, kao i svako drugo drsko, bezobzirno i zlonamerno ponašanje

72 Videti Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Crne Gore, "Službeni list CG", br. 46/2010, čl. 2. i 3; Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Federacije BiH, "Službene novine Federacije BiH", br. 20/13, čl. 7; Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji Republike Hrvatske, "Narodne novine", br. 137/09, 14/10 i 60/10, čl. 3. i 4; Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske", br. 102/2012, čl. 6. i 7; Zakon o preprečivanju nasilja v družini Republike Slovenije, "Uradni list", br. 16/08 i 68/16, čl. 2. i 3.

73 Prema odredbi čl. 197. st. 3 to su: supružnici ili bivši supružnici; deca, roditelji i ostali krvni srodnici, te lica u tazbinskom ili adoptivnom srodstvu, odnosno lica koja vezuje hraniteljstvo; lica koja žive ili su živela u istom porodičnom domaćinstvu, vanbračni partneri ili bivši vanbračni partneri i lica koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, odnosno koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.

74 Nasilje nad muškarcima je sve češće, svaka šesta žrtva je muškarac, <http://www.021.rs/story/Info/Srbija/139086/>; videti i: Poredoš Lavor, D., Jerković, S., *Nasilje nad muškarcima*, Policijska sigurnost, Zagreb, God. 20.(2011), br. 3.

75 Model zakona o rodnoj ravnopravnosti, http://www.ombudsman.rs/attachments/3621_druga%20verzija%201.pdf.

integritet, duševno zdravlje ili spokojstvo,⁷⁶ ili nanosi materijalna šteta licu, kao i ozbiljna pretnja takvim ponašanjem, koje sprečava ili ograničava neko lice da uživa prava i slobode na principu ravnopravnosti polova”(čl. 11). U tom smislu bi trebalo izvršiti dopunu normative.

Pomenimo da je svakako pozitivan pomak okolnost da se u Nacionalnoj strategiji poziva i na Preporuku br. 1905(2010) Parlamentarne skupštine SE iz 2010. godine o zaštiti dece koja su svedoci nasilja u porodici, a koja je posledica Rezolucije 1714(2010) o deci svedocima nasilja u porodici.⁷⁷ Moglo bi se zaključiti da bi, pored usklađivanja definicija nasilja u porodici u domaćoj regulativi bilo neophodno posebno definisati određene vidove nasilja u porodici, usled niza specifičnosti koje ih karakterišu - nasilje nad ženama ili rodno zasnovano nasilje kao tip i nasilje nad tzv. ranjivim grupama.

U odnosu na odredbe ZSNP neophodno je, bez obzira na okolnost da se on još uvek ne primenjuje pa nedostaju iskustva prakse, pomenuti nekoliko problema koji se mogu prepoznati *prima facie*, ali i rešenja i aktivnosti koje govore u prilog ispunjavanju prihvaćenih standarda. Pre svega, u prilog primene standarda govore ciljevi ZSNP - prevencija, odnosno preduzimanje svih mera u sprečavanju pojave nasilja u porodici i zaštita žrtve koja mora biti blagovremena i delotvorna, zatim podrška žrtvi (čl. 2), ali i okolnost da je definisana neposredna opasnost od nasilja u porodici (“kada iz ponašanja mogućeg učinioca i drugih okolnosti proizlazi da je on spreman da u vremenu koje neposredno predstoji po prvi put učini ili ponovi nasilje u porodici”, čl. 3 st.2).⁷⁸

Za razliku od većine zakona država u regionu, ZSNP Srbije predviđa ovlašćenje nadležnog policijskog službenika da po prijavi nasilja zadrži najduže osam sati mogućeg učinioca koji je priveden u nadležnu organizacionu jedinicu policije (čl. 14.). Nesporno je da je ovim upotpunjen manevarski prostor koji je bio sužen u situacijama kada je prijavljeno nasilje, ali je postojala dilema da li izvršioca zadržati 48 sati (tzv. policijsko zadržavanje) i onda predložiti pritvor, ili ga, zbog bojazni da nema dovoljno osnova za pritvor pustiti i nastaviti redovnu sudsku proceduru (što se u praksi najčešće i dešavalo). Nisu zanemarena ni prava potencijalnog izvršioca kome se mora omogućiti izjašnjavanje kao i kontakt i korišćenje usluga branioca

76 Ovo je formulacija koju usvaja i PZ, pa bi konzistentnost zahtevala ujednačavanje po uzoru na definicije nasilja iz Istanbulske konvencije, o čemu je već bilo reči.

77 Recommendation 1905(2010), Final version, Children who witness domestic violence, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=17825&lang=EN>, a videti i Report “Children who witness domestic violence, Rapporteur Ms Ohlsson, C., Doc 1211, [http://semanticspace.net/tools/pdf.aspx?](http://semanticspace.net/tools/pdf.aspx?doc=,)

doc=, u kome se, npr., navodi da istraživanja pokazuju da je 95% dece bilo u domu kada su majke bile izložene zlostavljanju, odnosno 77% u istoj prostoriji te da je 62% dece i samo bilo izloženo psihičkom nasilju od strane muškarca koji je zlostavljao njihovu majku; Osofsky, J.D., Children Who Witness Domestic Violence: The Invisible Victims, Social Policy Report, Vol IX, No. 3, 1995., s. 4-6, <https://pdfs.semanticscholar.org/3fb7/52fb41b84983ab6cda487fb1083e186c2e1a.pdf>, o teškim posledicama izloženosti nasilju u porodici u kategorijama veoma male i dece školskog uzrasta, odnosno adolescenata.

78 Većina zakona u okruženju ne daje ovu definiciju, osim Zakona o zaštiti od nasilja u porodici Federacije BiH, čl. 7. st. 2.

i pravne pomoći (čl. 14 st. 3 i čl. 15 st. 1). Posebno su vredna pažnje rešenja o neodložnoj proceni rizika neposredne opasnosti od nasilja i izricanju hitnih mera za sprečavanje nasilja kada se rizik utvrdi (čl. 15 st. 1 i čl. 17 st. 1). Prema smernicama iz čl. 16 za procenu rizika zadržavanje je moguće i kada je akt nasilja već izvršen i kada postoji neposredna pretnja, što je takođe dobro rešenje, a isto važi i za faktore procene rizika (čl. 16 st. 2) koji su brojni i nisu taksativno nabrojani, kao i za dve hitne mere: privremeno udaljenje učinioca iz stana i privremena zabrana kontakta sa žrtvom i prilaza žrtvi koje izriče nadležni policijski službenik (alternativno ili kumulativno, čl. 17 st. 2 i 3) uz trajanje od 48 sati. Po uručenju naređenja o meri učiniocu, ono se dostavlja osnovnom javnom tužiocu, centru za socijalni rad⁷⁹ i grupi za koordinaciju i saradnju, a o naređenju se pismeno obaveštava i žrtva. Nadležni javni tužilac je dužan da prouči obaveštenje i vrednovanje procene od strane policijskog službenika i podnese predlog sudu da se hitna mera produži i to u roku od 24 sata od uručenja naređenja učiniocu. No, kako policijski službenik može zadržati izvršioca najduže osam sati u policijskoj jedinici, a nema odredaba o nadležnosti policije u sprovođenju hitnih mera (osim kada je mera produžena od strane suda pa je dužan da prati učinioca pri uzimanju ličnih stvari iz stana ili kuće, čl. 21 st. 3)⁸⁰ to je pretnja nasiljem i nasilje i dalje moguće,⁸¹ što je i najozbiljnija primedba na rešenja ZSNP. Naime, nejasna je pravna priroda hitnih mera,⁸² a nije predviđena shodna primena Zakona o prekršajima ni Zakona o izvršenju krivičnih sankcija u njihovom izvršenju (čl. 5).

Odredbe ZSNP o tzv. individualnom planu zaštite i podrške žrtvi koji sadrži "celovite i delotvorne mere zaštite i podrške žrtvi, ali i drugim članovima porodice kojima je potrebna" svakako su u skladu sa važećim standardima. Očekuje se formiranje Saveta za suzbijanje nasilja u porodici, ali se kao nedostatak može primetiti da nije obavezno uključivanje nevladinog sektora u njegov rad, kao ni predstavnika naučnih i drugih stručnih institucija (čl. 35.). U toku je obuka preko 400 javnih tužalaca, zamenika javnih tužilaca i sudija, kao i preko 400 policijskih službenika, a u cilju obezbeđenja efikasne primene ZSNP, što je, takođe, jedan od prihvaćenih standarda. Načelno, treba upozoriti da je, bez obzira na odredbu o besplatnoj pravnoj pomoći žrtvama, koja sledi standarde (čl. 30), neizvesno donošenje

79 Mislimo da bi bilo dobro predvideti obavezu policijskog službenika da pre konačne procene rizika zatraži mišljenje centra za socijalni rad, a ne dati mu samo takvu mogućnost.

80 Hrvatski zakonodavac je (čl. 9) obavezao sud da izda nalog policiji da "otprati osobu izloženu nasilju u kuću, stan ili drugi stambeni prostor radi uzimanja osobnih stvari i osobnih stvari drugih lica koje su sa njom napustile navedeni prostor, koje su neophodne za zadovoljavanje svakodnevnih potreba".

81 ZSNP samo predviđa (čl. 36) da se prekršajem smatra kršenje hitnih mera, što podrazumeva vođenje prekršajnog postupka i kažnjavanje, ali i novi gubitak vremena, bez obzira na to da se osuđujuća presuda izvršava pre pravosnažnosti (st. 3). Krivični zakonik (čl. 194. st. 5) predviđa još uvek, bez obzira na izmene i dopune iz 2016, da se samo kršenje mere zaštite od nasilja u porodici koju izrekne sud, a ne i policijski službenik, smatra krivičnim delom, a ni Poseban protokol o postupanju policijskih službenika u slučajevima nasilja nad ženama i u partnerskim odnosima nije izmenjen i prilagođen rešenjima ZSNP u momentu pisanja ovog rada.

82 Za razliku od našeg zakona, u Hrvatskoj, Bosni i Hercegovini i Crnoj Gori sistem zaštitnih mera je u okvirima prekršajnopravne ili pseudoprekršajne zaštite, pa je i izvršavanje zaštitnih mera time određeno.

zakona kojim se ova oblast reguliše u Srbiji. Saradnja u sprečavanju nasilja kroz uvođenje i određivanje nadležnosti lica određenih za vezu (pri policijskim upravama, osnovnim i višim javnim tužilaštvima, osnovnim i višim sudovima i centrima za socijalni rad, čl.24) i grupa za koordinaciju i saradnju (na području osnovnih javnih tužilaštava, čl. 25), svakako je u skladu sa međunarodnim standardima, ali je, kao i u slučaju Saveta, nedostatak skoro potpuna isključenost nevladinog sektora. Mada je uvedena opšta obaveza prijavljivanja nasilja i neposredne pretnje nasiljem (čl. 13 st. 1) sankcionisanje neprijavlivanja, opstruiranja prijavljivanja ili nereagovanja na saznanje o nasilju ili neposrednoj opasnosti od nasilja predviđeno je samo za odgovorna lica u državnim i drugim organima, organizacijama i ustanovama (čl. 36. st. 2).⁸³

Značajno je pomenuti da se odredbe ZSNP o saradnji u sprečavanju nasilja i pružanju zaštite i podrške žrtvama primenjuju i kod izvršenja krivičnog dela nasilja u porodici, ali i kod niza drugih, obuhvatajući i nova krivična dela uvedena u Krivičnom zakonu 2016.god., kao i da svako mora prijaviti policiji ili javnom tužiocu počinioca (čl. 22), a da sud hitno izriče mere iz čl. 23.

83 Time se ovo rešenje približava zapravo rešenjima zakona država u regionu koji uglavnom nabrajaju lica, organe ili organizacije i udruženja koja imaju obavezu prijavljivanja kada saznaju o nasilju u obavljanju poslova i za koje je predviđeno prekršajno kažnjavanje u slučaju neprijavlivanja, npr., čl. 8. Hrvatskog i čl. 8 zakona BiH.

Dr. sc. Dušica Palačković, full professor
University of Kragujevac Faculty of Law

THE PROTECTION AGAINST DOMESTIC VIOLENCE IN THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA AS A REFLECTION OF THE INTERNATIONAL STANDARDS AND THE PRACTICE OF ECHR

Summary

Domestic violence has escalated on a global level for a long period of time. It is a serious and difficult problem that originates in a “private sphere”, but is not exclusively a private problem. The scope and brutality of this type of acts, mostly exercised on women, as well as the fact that they also, either directly or indirectly, involve children and other vulnerable groups have led to the adoption of a set of international and regional documents that regulate different areas aimed at combating domestic violence and protecting victims. At the level of EU, the most important document is the Istanbul Convention, adopted in 2011, which imposes a number of obligations for member states, that is standard procedures of acting in the field of prevention, discovery, efficient investigation, legal actions, adequate sanctions of perpetrators, compensations for victims and their comprehensive protection. Accepting the stand that domestic violence represents the violation of human rights assumes that the state is responsible for the acts of violence executed by private citizens, that is for not fulfilling the positive law obligations related to their prevention. Therefore, despite the fact that the European Convention does not regulate the issue of domestic violence, European Court of Human Rights has passed several decisions establishing the violation of Convention rights as a result of the failure of the state to prevent domestic violence. As the most significant outcome of Istanbul Convention is that it establishes “*due diligence*”, that is that the state is responsible for the acts of violence if the authorities new in reasonable time that there was an immediate risk of person’s life as a result of the criminal behavior of the third party and that it failed to apply the measures from the scope of its jurisdiction to eliminate that risk. In recent years Serbia has undertaken a set of actions in strategic and regulative level to come to grips with this problem. It is significant to note that the Law on the prevention of domestic violence was passed in 2016 as a result of the ratification of Istanbul Convention. This law, among other issues, ratifies and further develops standards for urgent execution of measures for victim’s protection. However, although its implementation has not come into force yet and that court practice in this field is lacking, it is possible to recognize certain inconsistency and ambiguousness which need to be eliminated as soon as possible.

Key words: domestic violence, international laws, regional laws, practice of European Court of Human Rights, legal framework in Serbia

Dr. sc. Zoran Ponjavić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

PRAVO SRODNIKA NA POŠTOVANJE PORODIČNOG ŽIVOTA

U radu se razmatra pitanje prava srodnika na lične odnose sa stanovišta međunarodnih dokumenata, uporednog prava i prava Republike Srbije. Konstatuje se da u ovom pogledu najvažniju ulogu ima Sud za ljudska prava svojim tumačenjem pojma "porodični život" iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava. U pogledu uslova za priznanje prava srodnika na porodični život praksa Suda nije imala do sada pravolinijski tok. Uporedna prava takođe sadrže različita rešenja. Sudska praksa u Republici Srbiji nije bila dosledna. Sudovi su se na različite načine dovijali da srođnicima omoguće održavanje ličnih odnosa, uprkos činjenice da im to zakonskom normom nije priznato, bez obzira što se najčešće oni, a ne dete koje je titular prava na lične odnose, pojavljuju sa zahtevima. Najava nove prakse Suda u Strazburu i rešenja u Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije treba i srođnicima da omogući ostvarivanje prava na lične odnose na jednostavniji način.

Ključne reči: srođnici, dete, lični odnosi, Sud u Strazburu

1. Uvod

Srođstvo je prvenstveno sociološka konstrukcija, a bogatstvo i raznovrsnost jezičkih pojmova koji se koriste pri označavanju pojedinih srođnika svedoči o njegovom kulturnom karakteru. O njemu, kao pravnom fenomenu se malo govori pa se možemo zapitati da li u savremenom individualizovanom društvu srođstvo uopšte pripada pravu, ili, kao što je rekao veliki francuski pravnik i sociolog Ž. Karbonije, ne-pravu.¹

Srođstvo nije nikada izolovan odnos samo između dva lica. Ono se sastoji od niza srođnika koji čine jedan lanac. Svaki od srođnika tvori svoj sopstveni lanac kada zasniva jedan novi roditeljskopravni odnos, ne prekidajući pri tom vezu sa drugim srođnicima iz lanca na čijem početku su dede i babe, zajedno sa svim drugim daljim ascendentima.

1 Carbonnier, J., *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 4. ed.1979, str.21; Navedeno prema: Gaudement-Tallon, H., *De quelques paradoxes en matiere de droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 4/1981, str.720.

Srodstvo je kroz istoriju bilo najvažnije u profilisanju strukture društva i porodice. Uobičajeno se ističe da nema porodice bez srodstva,² premda je ono starije od porodice.³ Nekada se obim srodstva poklapao sa obimom porodice, što danas nije slučaj. Ona se smanjila, obuhvatajući samo najuži krug srodnika, na nuklearnu porodicu sastavljenu od roditelja i dece. Izvan tog najužeg porodičnog kruga ostali su srodnici koji joj više uopšte ne pripadaju ili su joj pripadali u jednom periodu svog života. Sve je ovo navelo neke da zaključe kako je srodstvo "nekada bilo sve da bi danas postalo ništa"⁴, osuđeno na izumiranje pod uticajem modernizacije društva i rastućeg individualizma.

Činjenicu da se porodica smanjila na nuklearnu niko ne opovrgava, ali i šira porodica očigledno i dalje egzistira.⁵ Klasična šema intergeneracijskih odnosa je modifikovana, ali istraživanja pokazuju da ovih porodica i dalje ima, uprkos evoluciji, što i dalje čini značajnim postojanje srodničkih odnosa i izvan najužeg porodičnog kruga označenog kao nuklearna porodica. Čini se da ovome danas naročito doprinose dva važna razloga: ekonomski i pravni. Naime, srodnički krug čini prvi krug pomoći kome se obraća pojedinac u slučaju teškoća.⁶ Šta više, ekonomske nedaće koje su zadesile srpsko društvo poslednjih godina imale su odraza i na uspostavljanje jedne nove porodične strukture. Naročito nedostatak stambenog prostora primorava decu da posle zasnivanja sopstvenih porodica i dalje ostanu sa svojim roditeljima. To je nova, šira porodica koja se više ne zasniva na patrijarhalnom moralu i starim običajima.

Takođe, prihvatanje razvoda propasti umesto razvoda sankcije dovodi i do afirmacije ideje o nepromenljivosti srodstva. Bez obzira na nestabilnost bračne (partnerske) veze, dete ima pravo da zadrži lične odnose sa oba roditelja, ali i sa drugim srodnicima. Odnosno, pitanje odnosa deteta sa roditeljima i srodnicima se posmatra odvojeno u odnosu na sudbinu partnerskih odnosa (bračnih ili vanbračnih) iz kojih je ono proizašlo. S obzirom na sve ovo bilo bi značajno, a ne samo pravno egzotično, razmotriti porodičnopravni položaj srodnika, pre svega u domenu prava na lične odnose.

2 To se uostalom naglašava i u svakoj pravnoj definiciji porodice. Ona se definiše kao "životna zajednica lica vezanih brakom ili vabračnom zajednicom i srodstvom ili samo srodstvom (krvnim ili građanskim), koji imaju međusobna prava i obaveze" (Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Beograd, 2016, str.58). Upravo zbog ovako odlučujućeg značaja srodstva za porodicu sasvim je prirodno da baš porodično pravo, čiji je predmet proučavanja porodica, najviše pažnje posvećuje, u odnosu na sve druge pravne discipline, upravo srodstvu.

3 Mladenović, M., *Uvod u sociologiju porodice*, 1969, Beograd, str.30.

4 Ovo je naveo M. Mladenović parafrazirajući M. Mosa, (Mladenović, M, *op.cit*, str.32)

5 U sociološkom zborniku «Društvo rizika» (2008) se navodi da je velika srodnička porodica postala prepoznatljiva u Srbiji i da je karakteristična za sve regione. Šta više, najviše je zastupljena u Beogradu - 15,4%. Suprotno ovome u svetu se više ovakve porodice gotovo i ne pominju. Navedeno prema listu "Vreme" od 21. maja 2009. godine. Istovremeno sociolog Vesna Miletić-Stepanović u knjizi "Društvo u previranju" Instituta za sociološka istraživanja iz Beograda, konstatuje prema sprovedenom istraživanju da je u Srbiji više od 25% porodica u kojima živi više generacija, što je rezultat velikog siromaštva i nezaposlenosti. Ta eksplozija proširenih porodica u Srbiji ima "ambivalentan karakter", s jedne strane je "resurs opstanka u društvu Srbije", a sa druge "veliki razvojni rizik".

6 Ponjavić, Z., *Pravna zaštita šire porodice*, u: *Srbija i evropsko pravo*, knj.II. redakcija Stojanović, Dragoljub, Kragujevac: Pravni fakultet, 1998, str.261-271.

2. Odnosi deteta sa srodnicima u praksi Evropskog suda za ljudska prava

2.1. Značaj prakse Evropskog suda za ljudska prava

Unutrašnje, kao i međunarodno pravo pokazuje veliku osetljivost i spremnost ka očuvanju integriteta srodničkih odnosa. Ovo se najbolje može sagledati kroz položaj deteta, koje je postalo centralna ličnost porodičnog prava oko koga se organizuje porodični život svih drugih članova porodice. Pravilan razvoj deteta podrazumeva da se njegov porodični život gradi i odvija i sa drugim srodnicima, izvan najužeg kruga odnosa sa roditeljima. Pitanje je kako u kompleksnim porodičnim odnosima uspostaviti ravnotežu prava deteta, roditelja i srodnika. U ovom pogledu treba pomenuti da upravo izraz "porodični život" iz čl. 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁷ (u daljem tekstu: Konvencija) pruža osnov za valorizaciju prava deteta na lične odnose sa srodnicima i nameće državama obavezu da konkretno i efektivno zaštite te odnose.⁸ Uviđajući značaj ovih veza i Konvencija o pravima deteta priznaje detetu pravo na saznanje porekla ili pravo da zna svoje roditelje, kao nužnu pretpostavku održanja odnosa sa njima.⁹ Takođe, članom 5. ove Konvencije nalaže se državama ugovornicama da poštuju prava roditelja, ili "gde je takav slučaj, članova šire porodice ili zajednice, kako je predviđeno lokalnim običajima". Prema tome, poštujući prirodne veze, ova Konvencija očigledno ne zaboravlja i srodnike, jer se u istom članu govori i o porodičnom okruženju. Njega mogu činiti dede i babe, ali i braća i sestre.

U oblasti prava čoveka, posebno prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, Konvencija je od primarne važnosti za evoluciju unutrašnjeg prava. Danas je postalo nemoguće bilo kakvo razmatranje unutrašnjeg prava bez oslonca na Konvenciju i u tom kontekstu na praksu Suda za ljudska prava u Strazburu (u daljem tekstu: Sud). Tek kroz praksu ovog Suda, koji je nadležan da postupa po individualnim ili kolektivnim predstavkama kojima se ukazuje na povredu prava iz Konvencije ili njenih protokola, odredba čl. 8. dobija potpunu sadržinu, čime se, u kontekstu ove teme, odlučuje i o pravima svakog srodnika koji postavi pitanje pred njim najčešće nakon okončanja zajednice života roditelja deteta. Činjenica je, međutim, da je od vremena donošenja Konvencije, pod uticajem društvenih i pravnih promena, pojam porodičnog života stalno evoluirao. Tako dolazi do stvaranja prave "konstrukcije"

7 Godine 1950. Savet Evrope je usvojio Konvenciju za zaštitu prava i osnovnih sloboda čoveka. Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je objavljen u "Sl. listu SCG" - Međunarodni ugovori, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005-ispravka i "Sl. glasniku RS" - Međunarodni ugovori br. 12/2010.

8 čl.8.st.1. Konvencije za zaštitu prava i osnovnih sloboda čoveka: "Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske". Stav 2. čl. 8. određuje obavezu države i granice ostvarivanja prava: "Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih".

9 Član 7.st.1 . Konvencije o pravima deteta

prava na poštovanje porodičnog života, sa vizijom da se radi o "živom instrumentu koji se tumači ... u svetlu aktuelnih životnih uslova."¹⁰

Praksa ovog Suda svedoči o naporima država članica Saveta Evrope da se zaštiti porodični život, a izbor sredstava za postizanje ovog cilja se prepušta, po pravilu, njihovoj slobodnoj proceni. Sud, pri tome, ima jedan fleksibilan pristup, vodeći računa o različitim oblicima porodičnog života, kao i sve većem uticaju razvoda i medicinskog progressa na savremeno društvo.¹¹

Ovaj Sud se stara o zaštiti ljudskih prava više od 800 miliona stanovnika Evrope, često obavezujući države da promene svoje zakonodavstvo. Raspolaze sa monopolom interpretaciji njegove odluke imaju veliku važnost prilikom razmatranja pravila Konvencije. Analiza odjeka presuda ovog Suda na nacionalna zakonodavstva i sudsku praksu predstavlja indiciju efektivnosti evropskog mehanizma garantija ljudskih prava, ali i vektor evolucije porodičnog prava,¹² pa i rešavanja pitanja prava srodnika na poštovanje porodičnog života. U svom izveštaju koji se ticao reforme sistema kontrole, Sud je kvalifikovao Konvenciju kao "evropski ustav prava čoveka".¹³ U ovom kontekstu može se reći da Sud ima značaj ustavnog suda, naravno, uzeto u širem smislu reči (lato sensu) naročito zato što za razliku od nekih ustavnih sudova nema pravo da direktno poništi sporni akt.

Primenjujući opšta konvencijska pravila Sud odlučuje o postojanju porodičnog života u slučaju podnetog zahteva, oslanjajući se na okolnosti svakog konkretnog slučaja i kriterijume svakog predmeta. Iako ovakav pristup, od slučaja do slučaja, usvojen od strane Suda ponekad onemogućava klasifikaciju odnosa i njihovo razlikovanje na one koji su konstitutivni za porodični život i one koji to nisu, treba reći da njihov značajan broj danas uživa automatsku zaštitu na osnovu čl. 8. Konvencije. Istovremeno ovo je i razlog što Sud nikada nije izričito odredio pojam porodice ni "porodičnog života" iz čl. 8. Konvencije. U ovom pogledu pozicija Suda je posebno evolutivna kako bi se što čvršće "privezao" za društvene promene i evoluciju običaja. I kao što je već uočeno, praksa Suda se manje tiče zaštite porodice kao institucije već uglavnom subjektivnih prava na poštovanje porodičnog života, intimnosti porodičnog života, priznajući pravo svih da vode porodični život po svom izboru.

Pitanje prava srodnika na porodični život se u praksi najčešće postavlja povodom njihovog zahteva za održavanjem ličnih odnosa sa detetom, ređe povodom drugih pitanja kao što je usvojenje. Ono u praksi iskrsava kao sporno najčešće u situacijama razvoda braka roditelja deteta, nakon čega roditelj koji se stara o detetu sprečava ova lica da održavaju kontakte sa detetom. Raspad porodice nameće potrebu reorganizacije roditeljskih odnosa i regulisanje pitanja modela vršenja

10 Tyrer c. Royaume-Uni, predstavka 5856/72, Presuda od 25. april 1978, t.31.

11 Ponjavić, Z., *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i pravo na poštovanje porodičnog života*, Pravni život, 9, 2003, str. 821-840.

12 Granet-Lambrechts, F., *Invitation au droit comparé de la famille*, Navedeno prema: Hubert-Dias, G., *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé*, str. 26, <http://www.theses.fr/2014REIMD001>

13 Izveštaj Suda od 4.09.1992, *Reforme du système de contrôle de la CEDH*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1992, p. 48, tačka 5.

roditeljskog prava, ali sve češće i rešavanje pitanja odnosa deteta sa licima izvan najužeg porodičnog kruga, sa srođnicima.

Kada je u pitanju održavanje ličnih odnosa deteta i roditelja sa kojim dete ne živi, u praksi Suda su razvijeni standardi odlučivanja i ovo pitanje ne izaziva veća sporenja ni različito postupanje budući da postoji *a priori* pravo deteta na kontakte sa roditeljem. Postoji pretpostavka da njihovo uskraćivanje od strane jednog roditelja dovodi do povrede prava na poštovanje porodičnog života. Održavanje ličnih odnosa između deteta i roditelja uživa posebnu zaštitu u praksi Suda, čime se ostvaruju, kao što je već rečeno, dvostruki komplementarni ciljevi: pravo roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo da vidi svoje dete i pravo deteta da održava odnose sa roditeljem, sa druge strane.¹⁴ Radi osiguranja delotvornosti ovog prava Sud državama nameće pozitivnu obavezu da preduzmu mere u cilju osiguranja i kontrole izvršenja odluke o pravu na lične odnose.¹⁵ One se moraju preduzimati po hitnom postupku, budući da "protek vremena može imati nesagledive posledice na odnose deteta i roditelja koji ne živi sa njim".¹⁶

Kada je u pitanju održavanje ličnih odnosa deteta sa srođnicima to iziskuje druge standarde, budući da se oni moraju graditi uz poštovanje primarnog odnosa deteta sa roditeljima. Svakako ovde ne postoje generalna pravila za pojedine srođnike kojima treba ili ne treba dozvoliti pravo na kontakte sa detetom, niti pretpostavka o interesu deteta da održava odnose sa njima. Ona čak ne postoji ni u korist ascendenata, dede i babe, koji su "stubovi civilizacije", izvori za građenje identiteta.¹⁷ Svaka situacija zahteva posebno i konkretno razmatranje faktičkog stanja od strane suda, a presuda se neće bazirati na blizini ili udaljenosti srođstva, budući da porodični život može postojati između braće i sestara (bez obzira na njihove godine),¹⁸ deda i baba sa unucima,¹⁹ ali takođe i ujaka (tetke) sa sestrićem ili sestričinom.²⁰

14 Tako u presudi Fourchon c. France Sud jasno ističe da čl. 8. Konvencije uključuje pravo razvedenog roditelja kome dete nije povereno da posećuje dete i da ima kontakte sa njim (Fourchon c. France, predstavka 60145/2000, Presuda od 28. juna 2005). Prema shvatanju Suda, organi nacionalne države imaju obavezu da se brinu kako bi se lični odnosi roditelja i deteta delotvorno vršili (Volesky c. République Tchèque, predstavka br. 63627/00, Presuda od 29 juna 2004, tačka 118).

15 Gouttenoire, A., *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Informations sociales*, 5/2008 (n° 149), str. 40-51.

<http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-5-page-40.htm>, pristup 23. januara 2017.

Delotvornost sudske odluke mora se osigurati čak i ako to od roditelja zahteva određene materijalne izdatke, kao što se kaže u jednoj odluci suda u Kraljevu. Vid: Presuda Opštinskog suda u Kraljevu P.br. 634/08 od 3.9.2008. godine i Presuda Okružnog suda u Kraljevu Gž.br. 3195/08 od 5.12.2008. godine) - Bilten Okružnog suda u Kraljevu br. 4/2009. Presuda je objavljena u bazi propisa Intermex, Beograd.

16 Polidario Catherine c. Suisse, predstavka br 33169/10, tačka 66.

17 Tako se već govori o "proleću deda i baba". U ovom smislu J. Carbonnier, navedeno prema: C. S-Blanc, *La parente en droit civil français*, <http://books.openedition.org/puam/642>

18 Olsson c. Suede, Predstavka 10465/83, Presuda 24. marta 1988.

19 Bronda c. Italie, Predstavka 22430/93, Odluka 9.6.1998.

20 Boyle c. Rayaume-Uni, Ppredstavka 16580/90, Odluka 28/02/1994.

2. 2. Evolucija stavova Evropskog suda za ljudska prava

Prilikom rešavanja ovog pitanja praksa Suda nije dosada imala pravolinijski tok. Najpre je u čuvenoj presudi *Marckx c. Belgique*²¹ Sud naveo da "porodični život" u smislu čl. 8. Konvencije ne obuhvata samo odnose roditelja i dece već i "veze između bliskih srodnika koji igraju važnu ulogu u porodičnom životu, kao što su, primera radi, između dede i babe sa unucima". Tom prilikom podvlači pozitivnu obavezu država da osiguraju normalno odvijanje ovih odnosa. Već nakon ove odluke Sud okleva u priznanju dedi i babi prava na lične odnose sa unucima, često ih ograničavajući ili isključujući. O ovom svedoče i presude donete po tužbi dede i babe u slučajevima *Terence Lawlor c. Royaume-Uni* (1988) i *Francisco Carrera Faustino i Ragazzini Mc Carrero c. Italie*.²²

Sud u svakom slučaju daje prioritet održanju odnosa deteta i njegovih roditelja. Taj odnos je sam po sebi konstitutivan za porodični život, bez potrebe dokazivanja bilo kog drugog uslova. Iako Sud zastupa jednu širu koncepciju pojma porodičnog života, što se može zaključiti iz navedene odluke *Marckx c. Belgique*, odnosu deteta i njegovih roditelja daje apsolutni prioritet u odnosu na treća lica, specijalno u odnosu na dedu i babu, brata i sestru. U jednoj presudi od 18 oktobra 2011. Sud je odlučio da je smeštanje deteta kod dede i babe oportuno samo ako postoje posebne okolnosti i da ta mera može biti samo privremena, budući da je najbolji interes deteta da održava lične odnose najpre sa svojim roditeljima.²³ Dete mora biti najpre integrisano u okruženje svojih roditelja, a tek nakon toga, supsidijarno, u okruženje dede i babe. Čak i u slučaju kada deda i baba mogu unucima pružiti odlične uslove za obrazovanje, to ne opravdava da se roditelji ne staraju o detetu.²⁴

Prilikom rešavanja zahteva srodnika, najčešće dede i babe, presuda Suda zavisi najviše i pre svega od postojanja emotivne veze deteta i tih srodnika, potreba deteta za emotivnom stabilnošću i doprinosa srodnika upravo njoj, stava deteta povodom zahteva srodnika, protivljenja roditelja itd. Uskraćivanje kontakata deteta i srodnika ne predstavlja automatski povredu prava na poštovanje porodičnog života. Naprotiv. Na srodnicima leži obaveza dokazivanja navedene povrede preko dokazivanja postojanja ličnih odnosa u slučaju kada postavljaju zahtev za priznanjem prava na porodični život. Šta više, praksa Suda pokazuje da je postojanje ovih bliskih veza važnije od blizine srodstva. Tako je u slučaju *Jucius and Juciuviene v. Litvanija*²⁵ dao prednost pravu podnosilaca predstavke, ujaku i ujni deteta, u odnosu na babu i dedu, budući da su se oni posle smrti roditelja deteta starali o devojčici tri godine.

Slično je postupio i u slučaju *Adam v. Germany*²⁶ kada je konstatovao povredu prava dede i babe na porodični život jer je unuče sa njima već živelo tri godine od

21 Predstavka 6833/74 Presuda od 13. juna 1979.

22 Navedeno prema: Boulanger, F., *Autorité parentale et intérêt de l'enfant*, Paris, 2008, str.224-225.

23 Presuda *Lyubenova c. Bulgarie* (18.10.2011), predstavka 13786/04, tačka 74. U ovom slučaju deda i baba su sprečavali majku da vidi svoje dete koje je bilo smešteno kod njih dok majka ne sredi svoje stambene prilike. Sud je zaključio da država ne poštuje svoju pozitivnu obavezu preduzimanja potrebnih mera u cilju zaštite porodičnog života koji postoji između majke i njenog sina.

24 Kao što se navodi u presudi u slučaju *Amanalachioi c. Roumanie* (26. 5. 2009), Predstavka br. 4023/04, tačka 86.

25 Predstavka br.14414/03, Presuda od 25. novembra 2008. godine.

26 Predstavka br.44036/02, Presuda 4.12. 2008

rođenja. Vredi pomenuti i presudu *Kruskovic v. Croatia*²⁷ i to samo u onom delu gde Sud konstatuje da između dede i babe prema unucima može postojati porodični život kada između njih već postoje dovoljno jake veze, što stoji u ovom slučaju, jer su sa unucima živeli sedam godina od njihovog rođenja.

Sud slično postupava kada se radi o uskraćivanju ličnih odnosa drugih srodnika i deteta od strane nacionalnih sudova. Tako je u slučaju *Boyle c. Royaume-Uni*²⁸ Evropska komisija utvrdila povredu prava na porodični život ujaka koji se od rođenja starao o sestričini i faktički vršio ulogu oca. Nakon što je dete oduzeto od majke i smešteno u ustanovu socijalne zaštite, ujaku je zabranjeno da kontaktira sa sestričinom, što je ocenjeno kao povreda njegovog prava na porodični život.

Najnovija presuda ovog Suda u slučaju *Manuello et Nevi c. Italie*²⁹ na izvestan način označava povratak na stavove od pre više od trideset godina. Naime, Sud je proglasio odgovornom Italiju za povredu prava na poštovanje prava na privatni i porodični život, podvlačeći važnost ličnih odnosa dede i babe sa unukom. Povreda prava na porodični život je prvobitno nastala neizvršavanjem sudske odluke kojom je priznato pravo dede i babe da održavaju lične odnose sa njihovom unukom, a kasnije i suspenzijom ove odluke od strane italijanskog suda.³⁰ Sud podseća da odnosi između dede i babe sa unucima podpadaju pod pojam porodičnog života iz čl. 8. Konvencije i samo u izuzetnim slučajevima oni mogu biti suspendovani. Prema shvatanju Suda, državni organi Italije nisu uložili dovoljno napora da zaštite porodične odnose između dede i babe i njihove unuke koju nisu videli oko dvanaest godina. Uprkos tako dugotrajnog prekida odnosa Sud je našao i bez utvrđivanja postojanja emotivne veze između njih posle ovoliko godina da postoji povreda prava na porodični život.

3. Uporedno pravo

I neka evropska zakonodavstva sadrže specifična pravila kojima se teži očuvanju integriteta srodničkih odnosa. Pre svega preko regulisanja ličnih odnosa deteta sa ascendentima, braćom i sestrama. Ta pravila u ovom pogledu sadrže različita rešenja. Naime, u nekim zakonodavstvima se ovo tretira kao pravo deteta, u drugim i kao pravo srodnika, dok se jedan broj zakonodavaca ne izjašnjava o ovom već samo predviđa pravnu proceduru koja omogućava srođnicima da zahtevaju sudskim putem pravo da ostanu u kontaktu i da dokažu da je to u najboljem interesu deteta. Jedine dve evropske države koje vrlo restriktivno regulišu ovo pravo su Danska i Finska. U Danskoj je pravo dede i babe na kontakt sa unucima ograničeno na situacije kada su oba ili jedan roditelj umrli, a u Finskoj sud ima nadležnost da odlučuje o ličnim odnosima samo između deteta i roditelja.³¹

27 Predstavka 46185/08, Presuda od 21.07.2011.

28 Predstavka 15680/90, Presuda od 28.02.1994.

29 Predstavka 107/10, Presuda od 20. 01.2015.

30 To su italijanski sudovi opravdavali psihološkim činjenicama prema kojima deda i baba asociraju unuku na njenog oca koji je bio oslobođen optužbe za navodni seksualni delikt prema detetu.

31 Comité d'experts sur le droit de la famille (N. Lowe), Conseil de l'Europe, Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non mari-

Pravo na lične odnose sa srođnicima isključivo kao pravo deteta predviđeno je u pravu Francuske i Rusije. Tako prema francuskom Građanskom zakoniku (čl. 371-4) "Dete ima pravo da održava lične odnose sa precima. Jedino interes deteta može biti prepreka za vršenje ovog prava". Takođe, peti stav ovog člana reguliše "Dete ne treba biti odvojeno od braće i sestara, osim ako to nije moguće ili ako njegov interes zahteva drugo rešenje". Ruski Porodični kodeks (čl. 55) izričito predviđa pravo deteta na održavanje odnosa sa roditeljima, ali i sa dedom i babom, bratom i sestrom kao i drugim srođnicima.

U grupu zemalja koje pravo na lične odnose normiraju i kao pravo srođnika spadaju Belgija, Nemačka i Austrija. U belgijskom Građanskom zakoniku iz 1995 (čl. 375 bis) jednom vrlo širokom formulacijom se reguliše "pravo na održavanje ličnih odnosa" koje pripada dedi i babi, kao i "svim licima koja dokažu postojanje bliskih odnosa sa detetom". Prema tome, u korist prvih postoji pretpostavka, dok druga lica moraju dokazati postojanje bliskosti sa detetom.³² Slična pretpostavka u korist dede i babe, ali i drugih srođnika, postoji i u nemačkom pravu. U paragrafu 1685 (1) Nemačkog građanskog zakonika govori se o "pravu dede i babe, brata i sestre na održavanje ličnih odnosa sa detetom, ako je to u interesu deteta". Takvo rešenje je predviđeno i u paragrafu 148 (3) Austrijskog građanskog zakonika. Ovo pravo se može ograničiti ili isključiti ukoliko to dovodi do nesuglasica u porodičnom životu roditelja ili u njihovom odnosu sa decom.³³ Slično pravo priznato je precima i u čl. 148. italijanskog Građanskog zakonika. Član 1520 Gradjanskog zakonika Grčke predviđa da "Roditelji nemaju pravo da sprečavaju lične odnose deteta sa njihovim udaljenim ascendentima, osim ako to zahtevaju važni razlozi".

I najzad, u nekim državama zakonodavac se ne izjašnjava izričito o pravu srođnika na lične odnose ali im omogućava da sudskim putem zahtevaju održavanje ličnih odnosa sa unucima. To je slučaj sa Engleskom, Bugarskom, Mađarskom, Norveškom, Švedskom, a u Bosni i Hercegovini u jednom njenom entitetu - Federaciji Bosne i Hercegovine).³⁴ Prema čl. 148. st. 1. Porodičnog zakona Federacije BiH sud će u vanparničnom postupku na predlog babe (nene) i deda odrediti način održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata između njih, osim ako to nije u interesu deteta.³⁵

U engleskom pravu ne postoji ni jedna odredba koja bi se ticala srođnika, kao trećih lica. Odlučujuća uloga se daje volji roditelja, u čemu se ogleda nesumnjivi uticaj američke sudske prakse. U SAD i Kanadi pravila u pogledu ovih odnosa se formiraju kroz sudsku praksu. Tako je Vrhovni sud SAD još 2000. godine, u slučaju *tales de partenariat et de cohabitation*, Strasbourg, 25 septembre 2009, Disponible sur: http://www.coe.int/t/dghl/standard_setting/family/CJ-FA%20_2008_%205%20F%20Nigel%20Loweupdated25-09-2009updated.pdf, Pristup 29 januara 2015.

32 Ovo pravilo je u Građanski zakonik uvedeno Zakonom 1995-04-13.

33 Zakonom iz 2001. godine ovome je dodato i pravilo st. 4 ovog člana prema kome sud može na zahtev deteta, roditelja ili predstavnika Ureda za omladinu ili po službenoj dužnosti odlučiti o kontaktima deteta i trećih lica ukoliko je ugrožena dobrobit deteta. Prema tome, treća lica nemaju «vlastito pravo» već se ono može samo izvesti iz prava deteta. Navedeno prema: Bubić, S., Traljić, N., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Sarajevo, 2007, str. 186.

34 Comité d'experts, op. cit, 27.

35 Bubić, S., Traljić, N., op. cit., 184-186.

Troxel c. Granville pošao od toga da Ustav garantuje roditeljima pravo odlučivanja u pogledu održavanja odnosa između njihove dece sa babom i dedom pa je doneo odluku da se država ne može u ovo mešati ako se roditelji na zadovoljavajući način staraju o deci. Slično je u martu 2001. godine postupio i Apelacioni sud Ontaria (Kanada) kada je doneo odluku u slučaju Chapman c. Chapman. Odluka se ticala zahteva babe da viđa unuča pri čemu je sud potvrdio nužnost poštovanja prava roditelja da donose odluke koje se tiču deteta, ukoliko ne postoji dokaz njihove nesposobnosti da se staraju o zaštiti najboljeg interesa deteta.³⁶

4. Zakonodavstvo i praksa u Republici Srbiji

4. 1. Porodični zakon Republike Srbije

Porodični zakon Republike Srbije nema odredbe kojima se regulišu prava srodnika na lične odnose. Član 61. PZ-a reguliše samo pravo deteta na lične odnose. Pre svega sa roditeljem sa kojim ne živi, ali i sa srođnicima i drugim licima sa kojima ga vezuje posebna bliskost ako ovo pravo nije ograničeno sudskom odlukom. Pri ovome se ne pravi razlika između srodnika u pravoj i pobočnoj liniji.³⁷ Ovo svakako ne odražava njihovu ulogu u porodičnom životu deteta. Sva ova lica imaju ili mogu imati uticaj na njegov razvoj. Pogotovo se njihova uloga čini danas značajnom kada se u Republici Srbiji, prema nekim istraživanjima, broj širih porodica, nasuprot tendencija u uporednom pravu, povećava.³⁸ Često pod istim krovom žive više generacija i to ne samo u rurarnim sredinama već i u gradskim kao posledica sve većeg siromaštva, nedostatka stambenog prostora i nezaposlenosti. Svaki od tih srodnika ima svoje mesto u porodičnoj grupi, unutar porodičnog kruga.

4. 2. Sudska praksa u Republici Srbiji

Sudska praksa u Republici Srbiji priznaje srođnicima, najčešće dedi i babi, pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom. Međutim, u pronalaženju osnova za ovo sudovi pokazuju "značajnu nedoslednost."³⁹ Pri tome, kao i sudovi drugih država primenjuju dva modela priznanja pomenutog prava: kroz kontekst prava na porodični život i kroz priznanje prava srođnicima na lične odnose .

a) Priznanje srođnicima prava na lične odnose sa detetom preko prava na poštovanje porodičnog života u praksi podrazumeva dva koraka. Naime, nije dovoljno da sud konstatuje samo postojanje srođničkog odnosa, kao u slučaju odnosa sa roditeljem, već i ranije postojanje faktičkih , bliskih

36 D.Goldberg, *Le droit de visite des grands-parents auprès de leurs petits-enfants: analyse juridique* 2003: 2-8. Dostupno na: http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2003_15/2003_15.pdf., pristup: 20. februar 2015.

37 Tako u francuskom pravu jedino ascendenti nisu dužni da dokazuju postojanje interesa deteta da imaju lične odnose sa njima. Ovaj interes se u ovom slučaju pretpostavlja. *A contrario*, svi drugi srođnici moraju dokazati postojanje interesa deteta da održava lične odnose sa njima. Ovim su svi drugi srođnici stavljeni u isti položaj sa svim drugim licima koja ponekad i ne moraju biti srođnici.

38 Vid. napomenu br.6.

39 Vlašković, V., Načelo najboljeg interesa deteta u porodičnom pravu, doktorska disertacija, Kragujevac, 2014. godina, str.349.

emotivnih veza.⁴⁰ Postojanje ovih bliskih veza je relativno lako dokazivo u onim slučajevima kada je srodnik u nekom periodu života deteta veršio ulogu sociološkog roditelja. Ovakav pristup ne rešava problem u onim slučajevima kada je roditeljski odnos utvrđen kasnije, a ne po rođenju deteta pa ono nije ni imalo priliku da stvori bilo kakav odnos sa srodnikom ili kada su ti odnosi dugi niz godina sprečavani od strane jednog roditelja uprkos donete sudske odluke?

- b) Iako Porodični zakon RS priznaje jedino detetu pravo na održavanje ličnih odnosa sa srodnicima u praksi sudova se ovo, i bez oslonca na pravnu normu, proširuje i na srodnike. Sudovi ovaj svoj stav zasnivaju, pre svega, na zaštiti najboljeg interesa deteta, širokim tumačenjem prava deteta na očuvanje sopstvenog identiteta.⁴¹

4. 3. Nedelotvornost rešenja Porodičnog zakona Republike Srbije

Iz neosporne činjenice da se na pravo na poštovanje porodičnog života mogu pozvati srodnici jasno proizlazi uzajamnost prava na lične odnose, u zajedničkom interesu deteta i srodnika.^{42 43} Iz ovoga, dalje, sledi potreba da se pravo deteta iz čl. 61. Porodičnog zakona ne tumači samo sa čisto individualističkog stanovišta. Interesi društva i interes očuvanja porodičnog jedinstva nalažu da se da jedno šire tumačenje sa stanovišta interesa deteta i dede i babe, te drugih srodnika. Iako u ovom slučaju interes društva predstavlja samo dodatni razlog, ovim se smanjuje bojazan da će očuvanje međugeneracijskih odnosa biti isključivo pravo deteta.⁴⁴ Ako se ovo pitanje posmatra samo sa stanovišta prava deteta, to odnose u porodici, shvaćenju u jednom širem smislu, čini jednosmernim, što je protivno njihovoj prirodi. Održanje jedinstva porodice u kojoj su isprepletani uzajamni odnosi njenih članova, srodnika, ovim lako može biti ugroženo. Proširivanje osnova ovih odnosa nužno mora voditi računa i o interesima drugih srodnika, onda kada su oni u saglasju sa interesima deteta.

Takođe, ako se održanje ličnih odnosa posmatra samo sa stanovišta prava deteta, to može biti naročito opasno i po dete u situacijama kada je njegov najbolji interes samo "presvučeni" interes jednog od roditelja koji želi iz detinjeg života isključiti celu jednu liniju srodnika vezanih za drugog roditelja. Zna se da je interes deteta retko kada viđen od samog deteta, već se on češće sagledava od strane odraslih, sudova, članova porodice. Ovo pravo deteta stoga tada postoji samo ako je u skladu sa pravima odraslih.

40 "Za održavanje ličnih odnosa maloletnog deteta sa bliskim srodnicima od presudnog značaja je postojanje ličnih odnosa, za razliku od održavanja ličnih odnosa deteta sa roditeljem sa kojim ne živi, gde je dovoljan uslov krvno srodstvo". Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž2 1078/12 od 31.10.2012. godine.

41 Videti presudu Opštinskog suda u Kragujevcu, P - XVII / od 1. septembra 2008, Presudu Okružnog suda Gž.2192/08 od 22. decembra 2008 i Presudu Vrhovnog suda Srbije, Rev.725/09 od 25. marta 2009. godine. Navedeno prema: Vlašković, V., n. delo, str.349, napomena br.1422.

42 I Obiteljski zakon Republike Hrvatske u čl.120.st.1. govori o ovim odnosima kao "obostranim".

43 Etienney de Sainte Marie, *Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants*, Paris, 2012, str.112, u: *Les droits des grands-parents. Une autre dependance?* (M.Bourassin, C. Coutant-Lapalus).

44 Isto, str.113.

Uprkos činjenice da je dete titular ovog prava, objavljene, ali i druge odluke sudova u Republici Srbiji potvrđuju da u praksi samo srodnici, pre svega dede i babe, zahtevaju održavanje ličnih odnosa, najčešće u situacijama kada ih jedan od roditelja deteta sprečava u tome. Da li u ovom slučaju oni samo istupaju kao lica koja štite prava deteta, kao što se to u jednoj odluci suda nazire? U njoj sud najpre konstatuje da dede i babe nisu aktivno legitimisani prema čl. 263. Porodičnog zakona za podnošenje tužbe za zaštitu prava deteta. Uprkos ovoga on im, istina bez dovoljno argumentacije, ne osporava pravo podnošenja tužbe za zaštitu prava deteta na lične odnose, zasnivajući svoj stav na zaštiti najboljem interesu deteta.⁴⁵

Zakonski zastupnik deteta je njegov roditelj i on je taj koji se u ime njega treba pojaviti sa zahtevom za zaštitu prava deteta na održavanje ličnih odnosa. U činjenici da upravo oni sprečavaju održavanje tih odnosa treba videti i razlog izostanka zahteva deteta za zaštitu ovog prava. Mogli bi se možda u ovome naći i elementi zanemarivanja prava deteta od strane roditelja, što može poslužiti i kao razlog za lišenje roditeljskog prava.⁴⁶ Shodno čl. 263.st.1. Porodičnog zakona, tužbu za zaštitu prava deteta, pored deteta i roditelja, mogu podneti i javni tužilac i organ starateljstva. Praksa pokazuje da oni to ne čine.

S druge strane, postavlja se pitanje u kojoj situaciji bi se dete i moglo pojaviti sa zahtevom za održavanje ličnih odnosa sa srodnicima. Sigurno ne kada se ti odnosi održavaju spontano i bez problema, već samo ako srodnici izbegavaju uspostavljanje tih odnosa. Ako se našlo u vrtlogu porodičnih sukoba, i ako možda zbog toga i nije imalo priliku da upozna srodnike, teško da će i poželeti da održava lične odnose sa njima. Zahtevi bi bili teško prihvaćeni od strane suda budući da je održavanje odnosa u ovom slučaju protivno najboljem interesu deteta da ove odnose održava pod pretnjom sudskog izvršenja. Činjenica da bi dete u slučaju postojanja sukoba interesa u odnosu na roditelje moglo zahtevati postavljanje kolizijskog staratelja je samo jedna teorijska mogućnost.

Naravno, shodno pravu deteta na participaciju i ono će učestvovati u donošenju odluke o održavanju ovih odnosa. Prema čl. 65. Porodičnog zakona dete ima pravo da u skladu sa svojom zrelošću i godinama života učestvuje u donošenju odluka o njegovim pravima ili koje se njega tiču. Međutim, poznato je da ni roditelji ni sud nisu vezani mišljenjem deteta već su samo dužni da njegovom mišljenju posvete dužnu pažnju. Sve zavisi od procene suda da li je održavanje ovih odnosa u interesu deteta. U proceni mišljenja deteta svakako ne treba zanemariti ni uticaj roditelja koji živi sa detetom i činjenicu da kod deteta postoji konflikt lojalnosti. U ovom pogledu čini se da sudovi u Republici Srbiji nemaju uvek isti stav. U jednom slučaju Vrhovni kasacioni sud nedovoljno vrednuje uticaj majke na dete konstatujući i sam da "Negativan stav prema roditeljima njenog pokojnog muža projektovan je u okviru primarne porodice s majke na dete, u smislu potpunog negiranja postojanja babe i dede po ocu u životu deteta". Uprkos stava nižestepenih sudova da je zahtev tužilje (babe po umrlom ocu deteta) osnovan i da je u njegovom interesu i da je krajnji rok

45 Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, GŽ2-225/11.

46 Ovo bi se moglo podvesti pod "druge načine" grubog zanemarivanja roditeljskog prava iz čl. 81. st.3.t.5. Porodičnog zakona koji reguliše uzroke za lišenje roditeljskog prava.

da konačno upozna babu i dedu po ocu ”te da sa njima uspostavi i održava kontakte jer bi na taj način saznao za svoje poreklo i očuvao svoj identitet”, Vrhovni kasacioni sud je odbio zahtev.⁴⁷ U jednoj drugoj odluci sud nalazi da je obaveza nižestepenog suda u slučaju protivljenja roditelja (majke) da njeno trinaestogodišnje dete održava odnose sa roditeljima oca deteta bila da mišljenje deteta utvrdi na pravi način. Budući da tako nije postupio to ni njegov najbolji interes nije utvrđen. Upravo sve ukazuje na postojanje suprotnih interesa deteta i njegove majke, pa je stoga detetu trebalo postaviti kolizijskog staratelja.⁴⁸

Dakle, sve ovo očigledno čini nedelotvornim pravo deteta na održavanje ličnih odnosa sa srodnicima, budući da zahtev neće biti podnet od strane titulara ovog prava niti od njegovog zakonskog zastupnika, a kako praksa potvrđuje još manje od strane javnog tužioca ili organa starateljstva, bez ulaženja u razloge njihove neaktivnosti. Zahtevi srodnika za održavanje ličnih odnosa potvrđuju da između njih i roditelja deteta postoji u vezi ovog sukob, odnosno različito viđenje interesa deteta. Ovaj interes je retko kada interes ocenjen od samog deteta. Čak i očekivanja da će dete sa 15 godina samo odlučivati o ovom pitanju nisu realna. Taj interes procenjuju odrasli, sudovi, centri za socijalni rad, roditelji, treća lica. Stoga bi pre trebalo govoriti o konfliktu interesa, a ne sukobu subjektivnih prava. O različitim vizijama interesa deteta koji mogu biti branjeni i od strane srodnika.⁴⁹

Uprkos činjenice da Porodični zakon održavanje ličnih odnosa srodnika tretira kao pravo deteta, a ne pravo srodnika, ovo upravo zbog njene nedelotvornosti treba prihvatiti sa rezervom.⁵⁰ Imajući u vidu da dete ovo pravo ne može ostvarivati ako se srodnici tome suprotstavljaju, treba prihvatiti realnost da srodnici svoje zahteve uglavnom realizuju preko prava na poštovanje porodičnog života. I kao što pokazuje najnovija praksa Suda u Strazburu u nekim slučajevima ovo treba dozvoliti i kada između srodnika i deteta ranije nisu postojale lične, emotivne veze, kao u slučaju *Manuello et Nevi c. Italie*, ali je postojala jaka namera za njihovim uspostavljanjem. Upornost srodnika koji traže zaštitu govori o njihovoj nameri da razviju emotivnu vezu sa detetom, što će u nekim slučajevima biti dovoljno da im se pruži zaštita. Uostalom, kao što potvrđuje i ranija praksa Suda i potencijalni, nameravani, porodični život može uživati zaštitu (*Keegan v. Ireland*).⁵¹ Recimo u

47 Presuda Vrhovnog kasacionog suda RS, Rev.2401/2010.

48 Citirano Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, GŽ2-225/11..

49 Bose-Platiere, H., (2012). *Le droit des grands-parents en l'absence de parents*, str.140. U: M.Bourassin, C. Coutant-Lapalus, (dir.) *Les droit des grands-parents, une autre dependance?*, (135–151), Paris, Dalloz

50 Nacrt Gradanskog zakonika RS predviđa pravo srodnika na održavanje ličnih odnosa. Prema čl.2291.st.6 ” Srodnici, kao i druga lica koja su sa detetom razvila odnose posebne bliskosti, imaju pravo da održavaju lične kontakte sa detetom, ako je to u njegovom najboljem interesu”. Nacrt je objavljen na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

51 Istina u ovom slučaju je pružena zaštita nameravanom porodičnom životu oca i deteta, ali bi se to moglo odnositi i na srodnike. Sud pominje nameravani porodični život još u nekim slučajevima kao što su: *Case of Kautzor v. Germany*, §61, *Case of Ahrens v. Germany*, §58, *Case of Schneider v. Germany*, §81. Navedeno prema: Čorac, S., *Pravo na poštovanje porodičnog života kao ljudsko pravo*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Kragujevcu, 2016, neobjavljeno, str.181. i 182.

situaciji kada je roditeljskopравни odnos deteta utvrđen prema ocu tek kada je dete navršilo pet godina života.

Dakle, očigledno da rešavanje pitanje održavanja ličnih odnosa između deteta i srodnika u velikoj meri zavisi od roditelja deteta. Uostalom, u krajnjem slučaju samo ako je očinstvo i materinstvo deteta ustanovljeno, može se govoriti o održavanju odnosa deteta sa njihovim roditeljima. Upravo su u najvećem broju slučajeva roditelji deteta ti koji omogućavaju ili sprečavaju održavanje ovih odnosa. U slučaju da se ovi odnosi omoguće putem sudske odluke uprkos protivljenja roditelja, takva situacija na prvi pogled predstavlja ograničenje roditeljskog prava⁵². Na kraju krajeva, afirmacija prava deteta generalno, može se reći, dovodi do slabljenja roditeljskih ovlašćenja. Način redigovanja odredbe čl. 61. Porodičnog zakona ne daje međutim mnogo osnova za ovakvo zaključivanje. Ovo pravo je lično pravo deteta "sačuvano od kontrole roditelja". Premda, na prvi pogled, izgleda da je pravo roditelja na čuvanje i podizanje iz čl. 68. PZ ograničeno u slučaju kada, npr. su dede i babe sudskim putem izborili pravo na lične kontakte. Nesumnjivo je da je jedan od razloga suprotstavljanja roditelja kontaktima deteta sa dedom i babom uticaj koji oni vrše na vaspitanje i obrazovanje deteta. Međutim, ako se zna da najveći uticaj u ovom pogledu ostvaruju svakodnevno školske ustanove, to uticaj dede i babe čini manje značajnim i stoga manje verovatnim razlogom za suprotstavljanje roditelja ovim kontaktima. Pored ovoga, pravo na lične kontakte se retko kada sudskom odlukom realizuje u prisustvu roditelja deteta, zbog sukoba koji postoji između njih i dede i babe. Roditelji se stoga najčešće suprotstavljaju boravku deteta kod dede i babe ne zbog njihovog uticaja koji je mnogo manji nego uticaj škole, već zbog sukoba i animoziteta koji postoji u odnosu na njih. Stoga očigledno korene suprotstavljanja roditelja održavanju ličnih odnosa sa dedom i babom treba prvenstveno tražiti ne u zaštiti najboljeg interesa deteta već u neprijateljskim odnosima između roditelja deteta i babe i dede.

Kao što je rečeno, interes deteta za održavanje ličnih odnosa sa srodnicima se pretpostavlja, i na roditeljima je da tu pretpostavku opovrgnu. Pri tome je potrebno da dokažu da bi održanje tih odnosa upravo bilo protivno interesima deteta. To se može relativno lako postići u situaciji kada postoji jedan težak porodični konflikt koji kod deteta može izazvati konflikt lojalnosti, što nije u njegovom najboljem interesu.⁵³ U ovom slučaju kada su suprotstavljeni interesi srodnika sa interesima roditelja, sud mora napraviti izbor, dajući prednost jednom od njih. Kako proizlazi iz prakse sudova u Republici Srbiji, prava roditelja imaju prvenstvo.⁵⁴ Zahtevi srodnika su u većini slučajeva odbijeni ako je bezbednost deteta ugrožena i ako postoji ozbiljna opasnost ugrožavanja porodičnog mira. Čini se da će ovi razlozi postojati tim pre što su odnosi roditelja deteta i dede i babe i drugih srodnika veoma zategnuti, pa se kao logičan zaključak izvodi kome je u interesu da ti odnosi baš budu takvi ili još gori.

52 Lenne, M., (2003). *La situation juridique des grands-parents, (entre les parents et les petits-enfants)*. Disponible sur: <http://edoctorelle74.univ-lille2.fr>, pristup 10 mart 2015.

53 Što se donekle nazire iz odluke Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, Rev 2401/10

54 Isto

Zaključak

Postupanje sudova u Republici Srbiji kada se radi o zahtevima srodnika za održavanjem ličnih odnosa sa detetom nije dosledno. U nekim slučajevima oni ih usvajaju i kada se zahtevaju na osnovu prava na lične odnose koje im očigledno po materijalnopravnoj normi ne pripada, dok se u drugim slučajevima osnov pronalazi u zaštiti prava na porodični život. S druge strane, ni praksa Suda u Strazburu u ovom pogledu nije pravolinijska. Ovo pravo se srođnicima priznaje u okviru čl. 8, uz postojanje dva uslova: postojanje srođstva i prethodno postojanje bliskih odnosa između deteta i srođnika. Izvan zaštite su ostajali svi oni slučajevi kada ti odnosi nisu bili ustanovljeni, bilo zato što su sprečavani ili iz objektivnih razloga nisu mogli biti ustanovljeni. Najnovija presuda ovog Suda u slučaju *Manuello et Nevi c. Italie* odstupa od ovog. Ovo najnovije rešenje se pokazuje kao pogodno u situacijama kada nije bilo prilike za uspostavljanje bliskih odnosa. Primera radi, ako je u petoj godini utvrđen roditeljski odnos deteta i oca, pa dede i babe traže da viđaju unuča. Ili, roditelj je sprečavao bliske odnose deteta sa srođnicima i nakon toga se ustanovi da nisu postojali bliski odnosi, pa se čak i dete tome protivi jer ih doživljava kao strance. U takvim situacijama treba prihvatiti i da nameravani porodični život pruža osnov za prihvatanje zahteva, naravno u slučajevima kada se to ne protivi najboljim interesima deteta. Prihvatanjem ovakvog stava sudovi u Republici Srbiji ne bi više posezali za rešenjima koja nemaju uporište u zakonu već bi u skladu sa ovom praksom omogućavali prihvatanje zahteva. Ukoliko Sud u Strazburu ne bude dosledan u svom nagoveštenom opredeljenju prihvatanja zahteva u nekim slučajevima i kada nisu postojali lični odnosi, mora se tragati za novim rešenjem. Ono se nazire u rešenju iz Nacrta Građanskog zakonika RS kojim se priznaje pravo na lične odnose i srođnicima. U svakom slučaju, sva ova nastojanja potvrđuju značaj srođničkih odnosa kao prirodne ljudske želje i potrebe da kao društveno biće uspostavlja bliske odnose sa drugim jedinkama i da u odnosu na njih određuje i potvrđuje sopstveni identitet, ali i uvažavaju lokalne običaje, na šta obavezuje čl.5. Konvencije o pravima deteta kada se radi o održanju ličnih odnosa sa srođnicima.

THE RIGHT OF RELATIVES TO RESPECT THEIR FAMILY LIFE

Summary

The adequate development of a child assumes that his family life includes keeping contacts with his relatives, who are not his immediate family. However, in complex family relations, the question remains how to establish a balance between the right of the child, his parents and relatives. In this context should be noted that the expression “family life” from Article 8 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms offers the basis for the valorization of the right of a child to keep personal relationship with his relatives imposing an obligation on a state to secure concrete and effective measures to protect these relations. The analysis of the impacts of the decisions of the European Court of Human Rights on the national legislations and court practice represents an indication of the European mechanism for guaranteeing human rights, but also a vector of the evolution in the field of family law, including resolving the issues of the right of relatives to family life.

In the practice of the European Court of Human Rights, resolving of this issue has not been a straightforward task. The relatives can enjoy this right under two conditions: the existence of the kinship and previous close relationship between the child and his relatives. This has left outside the Court’s protection all those cases of the relationships which had not been established due to objective reasons or because they had been forbidden by the parents. This has had the impact on the practices of national courts, including the courts in the Republic of Serbia whose decisions on this issue have been inconsistent. Therefore, in this paper, the author suggests that “intended” family life should be taken as the basis for accepting the relative’s requests, of course, only in the case it is in the best interest of the child. In this way, the courts in the Republic of Serbia will no longer resort to decisions which have no legal grounds, but would more frequently accept the relatives’ demands, which seems to be an increasing practice of the European Court of Human Rights in Strasbourg.

Key words: relatives, child, personal relationships, Court in Strasbourg

Izv. prof. dr. sc. Irena Majstorović
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

O ODJECIMA STRASBOURŠKOG ACQUISA U HRVATSKOM OBITELJSKOM ZAKONU IZ 2015. GODINE **

Nužnost reforme hrvatskog obiteljskog zakonodavstva započete 2014. godine stupanjem na snagu (suspendiranog) Obiteljskog zakona te nastavljene 2015. iznimno sličnim propisom istoga imena u javnim se raspravama često obrazlaže, inter alia, nužnošću usklađivanja s jurisprudencijom Europskoga suda za ljudska prava. Cilj je ovoga rada razmotriti pojedine norme koje je obiteljski zakonodavac usvojio kao poimanu posljedicu uvažavanja stajališta Europskoga suda za ljudska prava, s posebnim osvrtom na predmete Đorđević, Krušković odnosno Gluhaković protiv Hrvatske. Na temelju provedene analize nastoji se dokazati da učinjene promjene zakonodavstva ne treba nužno razumjeti kao odjek strasbourškog *acquisa*, nego kao shvaćanje zakonopisca odnosno kao njegovu viziju uređenja obiteljskopравnih odnosa. I konačno, ukazuje se na otvorena pitanja novoga uređenja, osobito u svjetlu zaštite temeljnih vrijednosti nacionalnoga pravnog poretka.

Ključne riječi: hrvatski Obiteljski zakon, jurisprudencija Europskog suda za ljudska prava, presuda Đorđević protiv Hrvatske, presuda Krušković protiv Hrvatske, presuda Gluhaković protiv Hrvatske

** Rad je napisan u okviru projekta „Novi hrvatski pravni sustav“ Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

1. Uvodne napomene

Reforma obiteljskog zakonodavstva koja je započeta 2014. godine i traje do danas, u javnome je diskursu ostala obilježena prijeporima, napetostima, te nesnalaženjem kako stručne, tako i šire publike o tome koji je cilj i smisao reforme. Dodatan izazov učinjen je nametanjem ideološkoga segmenta, iz kojeg se nastoji progovarati o pravnim pitanjima. Točno je da je obiteljsko pravo kao pravna grana specifično i da je obilježeno tradicijom, običajima i kulturom određenoga područja, međutim postavljanje ideologije u središte svih promišljanja o obiteljskom pravu jednostavno je pogrešan put.

Činjenično gledano, promjene su započete 2014. godine, stupanjem na snagu Obiteljskog zakona,¹ koji je uvelike prekinuo pravni kontinuitet koji je postojao u obiteljskom pravu od izdvajanja u posebnu granu prava nakon Drugoga svjetskog

¹ Narodne novine, br. 75/2014.

rata. Godine 2015. započeo je postupak za ocjenu ustavnosti toga propisa s Ustavom te je privremenom mjerom do donošenja konačne odluke obustavljeno izvršenje svih pojedinačnih akata i radnji koje se poduzimaju na osnovi toga propisa.² No, prije odluke Ustavnoga suda o meritumu, otpočeo je zakonodavni postupak za propis istoga imena i vrlo sličnoga sadržaja. Novi Obiteljski zakon stupio je na snagu 1. studenoga 2015. godine te je sada važeći temeljni izvor obiteljskoga prava.³

Kao jedan od ključnih razloga odnosno uzroka reforme isticala se neusklađenost hrvatskoga obiteljskog prava s jurisprudencijom Europskoga suda za ljudska prava (dalje u tekstu u pravilu: Europski sud). Kako se navodi u Obrazloženju uz Konačni prijedlog Obiteljskog zakona iz 2015. godine: „Stajališta Europskog suda za ljudska prava u presudama izrečenim protiv Republike Hrvatske koje se odnose na Obiteljski zakon 2003. i njegovu primjenu u praksi upućuju na nužnost poboljšanja određenih obiteljsko-pravnih instituta, posebice u području ostvarivanja roditeljske skrbi, susreta i druženja s djetetom, lišenja poslovne sposobnosti i posvojenja (Karadžić protiv Hrvatske, br. 35030/04, presuda od 15.12.2005., X protiv Hrvatske, br. 11223/04, presuda od 17.7.2008., Gluhaković protiv Hrvatske, br. 21188/09, presuda od 12.4.2011., Krušković protiv Hrvatske, br. 46185/08, presuda od 21.6.2011., X. Y. protiv Hrvatske, 5193/09, presuda od 3.11.2011., Đorđević protiv Hrvatske, br. 41526/10, presuda od 24.7.2012., A. K. i L. protiv Hrvatske, 37956/11, presuda od 8.1.2013. i Ivinović protiv RH, broj 13006/13, presuda od 18.9.2014.).“⁴

Nema nikakve dvojbe da nacionalni pravni sustavi država članica Vijeća Europe uvijek moraju obratiti posebnu pozornost te poštovati i provoditi odluke Europskoga suda za ljudska prava. Međutim, bojimo se da postoji raskorak između onoga što „nalaže“ Europski sud i onoga što je hrvatski zakonodavac sada ugradio u obiteljsko zakonodavstvo.

Predlagatelj je propisa isticao da se usvajanjem novih rješenja ostvaruju tri cilja, kako slijedi. Opći je cilj, uz koji uvijek pristajemo, usklađivanje s međunarodnim

2 Narodne novine, br. 5/2015. (dalje u bilješkama: ObZ).

3 Narodne novine, br. 103/2015. Valja spomenuti da je i u odnosu na ovaj propis Ustavni sud Republike Hrvatske zaprimio više prijedloga za pokretanje postupka ocjene ustavnosti. Postupajući povodom podnesenih prijedloga, u veljači 2016. godine Ustavni je sud uputio Vladi Republike Hrvatske zahtjev za očitovanjem o njezinoj eventualnoj namjeri pokretanja postupka izmjena, dopuna ili donošenja novog Obiteljskog zakona, odnosno radi očitovanja na pojedine navode predlagatelja. Prema nalogu Vlade, Ministarstvo socijalne politike i mladih je u ožujku 2016. godine osnovalo Radnu skupinu za analizu i ocjenu dosadašnjih učinaka i iskustava u primjeni Obiteljskog zakona. U travnju 2016. godine Radna skupina je zaključila da je „tekst kakav predstavlja Obiteljski zakon iz 2015. godine nemoguće prepraviti, posebice iz razloga jer se primjedbe i dvojbe tiču svih dijelova zakona, te da bi samo nekoliko dobrih rješenja koja predstavljaju dio modernizacije obiteljskog prava trebalo inkorporirati u novi propis. Pri tom su svi sudionici mišljenja da je za to dobra polazišna osnova Obiteljski zakon iz 2003. godine, iz razloga pravnog kontinuiteta uz uvažavanje europske pravne stečevine i međunarodnih obaveza Republike Hrvatske, a sve kako bi se izradio propis koji će bolje odgovarati potrebama zaštite članova obitelji.“ (Prethodna procjena za Obiteljski zakon, Ministarstvo socijalne politike i mladih, Klasa: 011-02/16-02/5, Ubroj: 519-03-1-2/1-16-6, 21. rujna 2016., str. 3.). Stoga je pokrenut postupak izrade novog Obiteljskog zakona, koji je u tijeku.

4 *Obrazloženje uz Konačni prijedlog Obiteljskog zakona*, P.Z.E. 847, Vlada Republike Hrvatske, rujan 2015. (dalje u tekstu: *Obrazloženje uz Konačni prijedlog Obiteljskog zakona*), str. 172. Nije sasvim jasno zašto su kao ključne odabrane baš ove presude, tim više što bi se moglo tvrditi da su neke druge i važnije, no takva analiza bi prelazila okvire ovoga rada.

dokumentima. Također, navodi se da su Obiteljskim zakonom iz 2014., a time i 2015. godine, uvaženi „stavovi i upute Europskog suda za ljudska prava, posebice u odnosu na Republiku Hrvatsku“,⁵ uz (prilično neprecizno) navođenje *supra* spomenutih odluka.⁶ I konačno, istaknuto je da se novim propisom „implementiraju suvremene međunarodne smjernice i preporuke, uzimajući pritom u obzir mogućnosti kojima Republika Hrvatska u ovom trenutku raspolaže.“⁷

Svrha je ovoga rada razmotriti koliko navedena obrazloženja predlagatelja propisa odgovaraju smislu obiteljskoga prava, te u kojoj mjeri je zakonsko usklađivanje sa strasbourškim *acquisom* doista potrebno te jesu li opravdane tvrdnje, često zagovarane u hrvatskoj obiteljskopravnoj teoriji, da izazov u postupcima pokrenutim protiv Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava nisu propisi, već njihova provedba. Pritom će u središtu pozornosti biti norme uz koje se u obrazloženjima uz Konačni prijedlog izrijekom upire na pojedine presude Europskoga suda kao razlog donošenja novoga rješenja.

2. Predmet Đorđević protiv Hrvatske

Predmet Đorđević protiv Hrvatske⁸ slučaj je višestruke diskriminacije,⁹ u kojem državna tijela, ponajprije centar za socijalnu skrb, u uobičajenom izričaju strasbourškog Suda – nisu pokazala dovoljnu revnost u zaštiti prava građana koja su im zajamčena Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu u pravilu: Europska konvencija). Europski je sud presudu donio 2012. godine te je iste godine postala konačna. U Konačnom prijedlogu Obiteljskog zakona ističe se da je upravo ova presuda razlog za usvajanje čl. 132. st. 5. toga propisa, a koji se odnosi na dužnost prijave i suradnje nadležnih tijela radi zaštite djeteta.

2.1. Činjenice predmeta

Prvi podnositelj osoba je lišena poslovne sposobnosti zbog „mentalne i tjelesne retardacije“ i za njega brine njegova majka, druga podnositeljica (§ 6).¹⁰

⁵ *Ibid.*, str. 180.

⁶ „... (osobito u odnosu na presude: *K protiv Hrvatske*, zahtjev br. 35030/04, presuda od 15.12.2005.; *X protiv Hrvatske*, zahtjev br. 11223/04, presuda od 17.7.2008.; *G protiv Hrvatske*, zahtjev br. 21188/09, presuda od 12.4.2011.; *K protiv Hrvatske*, zahtjev br. 46185/08, presuda od 21.6.2011.; *H i F protiv Hrvatske*, zahtjev br. 51166/10, presuda od 9.8.2011.; *X. Y. protiv Hrvatske*, zahtjev br. 5193/09, presuda od 3.11.2011. te *A. K. i L. K. protiv Hrvatske*, zahtjev br. 37956/11, presuda od 8.1.2013.).“ *Ibid.*, str. 180. odnosno 184.

⁷ *Ibid.*, str. 180.

⁸ Zahtjev br. 41526/10, presuda od 24. srpnja 2012. godine. Presuda je dostupna na: <https://ured-zastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Presude%20i%20odluke//%C4%90OR%C4%90E-VI%C4%86%20protiv%20Hrvatske.pdf>, 16. siječnja 2017.

⁹ J. Omejec s pravom navodi da je Europski sud odbacio prigovore podnositelja da su bili diskriminirani zbog njihova podrijetla i invalidnosti prvog podnositelja zahtjeva, zato što nisu iscrpili domaća pravna sredstva, a sukladno odredbama Zakona o suzbijanju diskriminacije. Tako: Omejec, J.: *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – Strasbourški *acquis**, Drugo dopunjeno izdanje, Novi informator, Zagreb, 2014., str 887. Međutim, to ne mijenja pravnu kvalifikaciju slučaja koja je nedvojbeno.

¹⁰ Premda to u presudi nije navedeno, razumno je očekivati da je majka imenovana skrbnicom svoga sina.

Prema u predmetu istaknutim navodima podnositelja, prvoga su podnositelja zlostavljali učenici osnovne škole koja se nalazi u neposrednoj blizini njihova doma, a što je, tvrde, bilo motivirano „zdravstvenim stanjem prvog podnositelja te srpskim podrijetlom oba podnositelja“ (§ 8) te je trajalo godinama, po njihovim iskazima barem od 2006. godine, dakle četiri godine prije pokretanja postupka pred Europskim sudom.

U slučaj Đorđević bile su uključene brojne institucije, tako policija, općinsko državno odvjetništvo za mladež te, što je relevantno za temu ovoga rada, centar za socijalnu skrb. Prva prijava policiji, kako proizlazi iz predmeta upućena je 2008. godine. Godinu kasnije, nadležni je centar za socijalnu skrb uputio dopis policiji o navodima podnositelja, koji su o tome obavijestili općinsko državno odvjetništvo za mladež. Također, djelatnici su centra obavili razgovor s jednim od zlostavljača i njegovom majkom, no budući da je dječak „izrazio žaljenje zbog incidenta“, držali su da „nije bilo potrebe za bilo kakvim daljnjim mjerama“ (§ 23). Centar je iste godine sastavio izvješće u kojem je konstatirano zlostavljanje, te je predloženo školi provođenje odgovarajućih edukativnih aktivnosti, s ciljem osvještavanja problema i ukazivanja na izazove s kojima se susreću osobe s invaliditetom (§ 19). Druga podnositeljica je u pismu pravobraniteljici za osobe s invaliditetom istaknula da je „u brojnim prilikama prigovorila centru za socijalnu skrb ..., kao i nadležnim tijelima osnovne škole... ali uzalud“ (§ 12).¹¹

U pismu koje je, prema navodima u predmetu, druga podnositeljica primila od socijalne radnice, istaknuta je tvrdnja da je „jedini način da riješi nastalu situaciju podizanje tužbe“, a policijski je službenik, tvrdi se, izrazio žaljenje zbog problema obitelji Đorđević i dodao da se nažalost ne može ništa poduzeti, jer da bi bilo kakva istraga pokazala da su se djeca samo šalila (§ 35). Godine 2010. centar je zatražio od policije da poduzmu daljnje odgovarajuće mjere (§ 46), no stanje nije poboljšano.¹²

2.2. Ocjena Europskog suda za ljudska prava

Prema ocjeni Europskog suda, „državna tijela imala su pozitivnu obvezu zaštititi prvog podnositelja zahtjeva od nasilnog ponašanja djece o kojoj je riječ“, što proizlazi iz čl. 3. Konvencije (§ 93). Točnije, „ovaj se predmet odnosi na pitanje pozitivnih obveza države ... kad su državne vlasti svjesne situacije ozbiljnog

11 Zanimljiva je tvrdnja stranaka iznesena u § 121.: „Nadležni centar za socijalnu skrb trebao je: istražiti predmet i utvrditi relevantne činjenice, pozivati roditelje počinitelja na sastanak kako bi utvrdio njihove osobne okolnosti, izdati zaštitne mjere radi sprječavanja počinitelja nasilja, savjetovati ili obvezati počinitelje i njihove roditelje da dolaze na savjetovanje, pratiti situaciju i sastaviti izvješća o poduzetim mjerama. Međutim, centar ... nije učinio ništa od toga“. Valja pridodati i zabrinjavajuću tvrdnju koja je iznesena u dijelu s tvrdnjama Vlade „utvrđeno je da prvi podnositelj treba pomoć pri hodanju i da mu je potrebna stalna skrb majke.... Socijalne su službe upozorile drugu podnositeljicu da ga ne pušta samog iz stana, što bi riješilo sve probleme koji su proizašli iz njegovog fizičkog kontakta s drugima, a da ga je ona uvijek pratila vani, bila bi u mogućnosti osvijestiti drugu djecu glede svog sina“ (§ 130).

12 U Akcijskom planu za izvršenje ove presude od 3. prosinca 2015. koja je dio dokumenta DH – DD (2014) 453 ističe se da nakon konačnosti presude nisu prijavljena nova zlostavljanja, a da je nakon smrti druge podnositeljice skrb o prvom podnositelju preuzeo njegov brat, koji „ostvaruje dobru suradnju s nadležnim centrom za socijalnu skrb“. Prema: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2014\)453E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2014)453E), 2. veljače 2017., str. 2.

maltretiranja, pa čak i nasilja, usmjerenog protiv osobe s tjelesnim i mentalnim invaliditetom“ (§ 143).

Navedeno je tim teža povreda obveze kad se uzmu u obzir nalazi komparativnih istraživanja, koje je u postupku istaknuo Europski forum za osobe s invaliditetom, da iako je četiri puta vjerojatnije da će osobe s invaliditetom biti verbalno i tjelesno napadnute nego njihovi vršnjaci koji nisu osobe s invaliditetom, upola je manje vjerojatno da će oni o zločinima obavijestiti policiju (§ 131).

Opća je ocjena Suda bila da „mjerodavne vlasti nisu poduzele dovoljne korake kako i utvrdile razmjere problema i spriječile daljnje zlostavljanje“ (§ 147). Međutim, kao ključna za predmet ovoga rada ističemo sljedeća zapažanja: „Sud je zatečen nedostatkom istinskog angažmana socijalnih službi i nepostojanjem bilo kakve naznake da su konzultirani nadležni stručnjaci koji bi mogli dati primjerene preporuke i raditi s dotičnom djecom. Isto tako, prvom podnositelju nije pruženo nikakvo savjetovanje kako bi mu se pomoglo. U stvari, Sud nalazi da osim odgovora na konkretne incidente, nadležne vlasti, usprkos saznanju da je prvi podnositelj sustavno ciljan i da je vrlo vjerojatno da će uslijediti daljnje zlostavljanje, nisu poduzele nikakvu relevantnu radnju opće naravi kako bi suzbile problem koji se nalazi u podlozi ovog slučaja“ (§ 148).

U odnosu na prvog podnositelja, utvrđena je povreda čl. 3. Europske konvencije (§ 150). U odnosu na drugu podnositeljicu, utvrđena je povreda čl. 8. Europske konvencije, budući da „Sud smatra da su čini trajnog maltretiranja negativno utjecali i na privatni i obiteljski život druge podnositeljice. Utvrdio je da državne vlasti nisu poduzele odgovarajuće i relevantne mjere za sprečavanje daljnjeg maltretiranja prvog podnositelja. Isto tako, državne vlasti nisu osigurale odgovarajuću zaštitu u tom pogledu drugoj podnositeljici.“ (§ 153). Sud je utvrdio i da je došlo do povrede čl. 13. (§ 168), a tvrdnje podnositelja o povredi čl. 14. Konvencije odbačene su zbog neiscrpljenja domaćih pravnih sredstava (§ 163).

2.3. Procjena osnovanosti zakonske izmjene

Raniji je propis – Obiteljski zakon iz 2003. godine člankom 108. st. 4. određivao da je sud pred kojim se vodi prekršajni ili kazneni postupak u vezi s povredom nekog djetetovog prava dužan o pokretanju postupka obavijestiti centar za socijalnu skrb i sud koji je nadležan za izricanje mjera za zaštitu prava i dobrobiti djeteta, što je u vezi sa st. 2. istoga članka koji određuje da je „centar dužan odmah po primitku obavijesti o kršenju djetetovih prava ispitati slučaj i poduzeti mjere za zaštitu djetetovih prava“, a sukladno st. 3. ako je obavijest primio od drugog tijela ili ustanove, dužan je o poduzetom izvijestiti to tijelo ili ustanovu.¹³ Navedeno je

¹³ Usporedbe radi, navodimo čl. 108. Obiteljskog zakona iz 2003. (Narodne novine, br. 116/2003, 17/2004, 136/2004, 107/2007, 57/2011, 61/2011, 25/2013. i 5/2015) u cijelosti:

(1) Svatko je dužan obavijestiti centar za socijalnu skrb o kršenju djetetovih prava, a posebice o svim oblicima tjelesnog ili duševnog nasilja, spolne zloporabe, zanemarivanja ili nehajnog postupanja, zlostavljanja ili izrabljivanja djeteta.

(2) Centar za socijalnu skrb dužan je odmah po primitku obavijesti iz stavka 1. ovoga članka ispitati slučaj i poduzeti mjere za zaštitu djetetovih prava.

bilo odraz i načelne norme sadržane u čl. 4. Obiteljskog zakona, sukladno čemu su pravne i fizičke osobe koje pružaju stručnu pomoć odnosno rješavaju sporove između članova obitelji dužne međusobno surađivati.

Novim se propisom određuje da „sud pred kojim se vodi prekršajni ili kazneni postupak, državni odvjetnik, kao i policija dužni su o pokretanju postupka u vezi s povredom nekoga djetetova prava ili o noćnim izlascima djeteta mlađeg od šesnaest godina u roku od dvadeset i četiri sata obavijestiti nadležni centar za socijalnu skrb prema prebivalištu, odnosno boravištu djeteta“ (čl. 132. st. 4.) te u st. 5. istoga članka: „Centar za socijalnu skrb dužan je odmah po primitku obavijesti iz stavka 4. ovoga članka ispitati slučaj i poduzeti mjere za zaštitu djetetovih prava te o tome obavijestiti podnositelja obavijesti.“¹⁴

U obrazloženju Konačnoga prijedloga Obiteljskog zakona iz 2015. ističe se da je „propisivanje kratka roka za obavješćivanje nadležnoga centra za socijalnu skrb posebno potaknuto presudom Europskog suda za ljudska prava Đorđević protiv Hrvatske“.¹⁵ Budući da je u popisu presuda, na koje se predlagatelj novoga propisa pozivao, naveden predmet Đorđević protiv Hrvatske, a u kojem su doista utvrđene povrede odredaba Europske konvencije, bilo je osnovano očekivati da će promjena biti supstancijalna. Međutim, obveza centra da reagira „odmah“ nije sadržajno mijenjana, a stilske su promjene zapravo pridonijele neprohodnosti članka. Valja i nadodati da je neobičan odabir zakonodavca da se upravo na ovu presudu pozove vezano uz čl. 132. o dužnosti prijave i suradnje radi zaštite djeteta imajući u vidu

(3) Ako je centar za socijalnu skrb obavijest iz stavka 1. ovoga članka primio od drugog tijela ili ustanove, dužan je o poduzetom izvijestiti to tijelo ili ustanovu.

(4) Sud pred kojim se vodi prekršajni ili kazneni postupak u vezi s povredom nekog djetetovog prava dužan je o pokretanju postupka obavijestiti centar za socijalnu skrb i sud koji je nadležan za izricanje mjera za zaštitu prava i dobrobiti djeteta.

(5) Pravomoćnu odluku donesenu u postupku iz stavka 4. ovoga članka sud će dostaviti centru i sudu koji je nadležan za izricanje mjera za zaštitu prava i dobrobiti djeteta.

14 Sustavnosti i usporedbe radi, navodimo i čl. 132. Obiteljskog zakona iz 2015. u cijelosti:

(1) Svatko je dužan prijaviti centru za socijalnu skrb povredu djetetovih osobnih i imovinskih prava. Povreda osobnih prava podrazumijeva osobito: tjelesno ili mentalno nasilje, spolne zloporabe, zanemarivanje ili nehajno postupanje, zlostavljanje ili izrabljivanje djeteta.

(2) Centar za socijalnu skrb dužan je odmah po primitku prijave iz stavka 1. ovoga članka ispitati slučaj i poduzeti mjere za zaštitu djetetovih prava te o tome obavijestiti podnositelja prijave.

(3) Sud i centar za socijalnu skrb, roditelji i druge osobe ili ustanove socijalne skrbi kojima je povjerenostvarivanje skrbi o djetetu dužni su međusobno surađivati i obavješćavati se o radnjama poduzetima na temelju prijave iz stavka 1. ovoga članka.

(4) Sud pred kojim se vodi prekršajni ili kazneni postupak, državni odvjetnik, kao i policija dužni su o pokretanju postupka u vezi s povredom nekoga djetetova prava ili o noćnim izlascima djeteta mlađeg od šesnaest godina u roku od dvadeset i četiri sata obavijestiti nadležni centar za socijalnu skrb prema prebivalištu, odnosno boravištu djeteta.

(5) Centar za socijalnu skrb dužan je odmah po primitku obavijesti iz stavka 4. ovoga članka ispitati slučaj i poduzeti mjere za zaštitu djetetovih prava te o tome obavijestiti podnositelja obavijesti.

(6) Ministar nadležan za poslove socijalne skrbi propisat će pravilnikom način vođenja očevidnika i dokumentacije u vezi s poslovima centra za socijalnu skrb u području primjene odredaba ovoga Zakona o roditeljima i djeci.

15 *Obrazloženje uz Konačni prijedlog Obiteljskog zakona*, str. 230.

činjenicu da je prvi podnositelj zahtjeva u trenutku podnošenja zahtjeva bio star 33, a u trenutku donošenja presude 35 godina.¹⁶

Vrijedi dodati i sljedeće. Postupak nadzora nad izvršenjem presuda, zbog kojeg se Europski sud smatra najefikasnijim međunarodnim sudom,¹⁷ temelji se na akcijskim planovima¹⁸ i akcijskim izvješćima¹⁹ koje odgovorna država dostavlja Odboru ministara Vijeća Europe. Međutim, u akcijskim planovima koje je Republika Hrvatska dostavila tijekom postupka izvršenja presude, uz brojne hvalevrijedne zakonske promjene, strategije i programe, obiteljskopравни se propis uopće ne spominje.²⁰ Stoga ostaje otvoreno pitanje što je potaknulo zakonodavca da u obrazloženju uz Konačni prijedlog Obiteljskoga zakona „poveže“ predmet Đorđević protiv Hrvatske s ponešto izmijenjenom odredbom novoga propisa.

3. Predmet Krušković protiv Hrvatske

Presuda u predmetu Krušković protiv Hrvatske²¹ paradigmatski je primjer pravničkog umijeća sudaca Europskog suda za ljudska prava. Riječ je o predmetu u kojem se prožimaju različita ljudska prava, između ostaloga pravo na dostojanstvo i pravo na zaštitu od diskriminacije, ali i pravo djeteta na saznanje vlastitog podrijetla kad god je to moguće. Potonje pravo jamči se i odredbom čl. 7. Konvencije o pravima djeteta, čime se „ujedno štiti i pravo osoba koje imaju pravni interes da budu priznate kao bliski članovi djetetove obitelji“.²² Europski je sud i u ovome predmetu cijenio aktivnost nadležnih hrvatskih tijela nedostatnom, ne zahtijevajući od nacionalnog zakonodavstva promjenu pravnoga okvira. Međutim, predlagatelj Obiteljskog zakona ovu je presudu donesenu 2011. godine upravo smatrao poticajem promjene, te se u Obrazloženju uz Konačni prijedlog navodi povezanost ove odluke Suda i izmjena članaka Obiteljskog zakona, i to čl. 63. o osobi koja priznaje očinstvo, a sukladno st. 1. toč. 1. priznati očinstvo sada može punoljetna osoba neovisno o

16 Navedeno bi obrazloženje bilo ponešto uvjerljivije da zakonodavac nije ukinuo institut roditeljske skrbi nakon punoljetnosti djeteta.

17 Tako i: Lukina-Karajković, L.: *Izvršenje presuda Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 53, 2, 2003., str. 407.

18 Koncept akcijskog plana podrazumijeva „plan u kojem su utvrđene mjere koje odgovorna država namjerava poduzeti u izvršenju presude, uključujući i okvirni vremenski raspored njihova poduzimanja... Akcijski planovi nisu obvezujući pravni instrumenti. Putem njih nacionalna tijela izražavaju neobvezujuću namjeru u izvršenju presuda“. Omejec, J.: *Izvršenje presuda i odluka Europskog suda za ljudska prava*, u: Josipović, T., Gliha, I., Baretić, M., Nikšić, S., Petrak, S., Karlović, T.: *Liber amicorum Petar Klarić: zbornik radova u čast prof. dr. sc. Petru Klariću*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2012., str. 820.

19 Koncept akcijskog izvješća podrazumijeva „informacije u kojima odgovorna država iznosi pregled mjera koje je poduzela u izvršenju presude i/ili njezino obrazloženje zašto nema potrebe za poduzimanjem daljnjih mjera“. *Ibid.*

20 Usp. dokumente DH – DD (2014) 441 od 3. travnja 2014. i DH – DD (2014) 453 od 7. travnja 2014., dostupne na: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2014\)441E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2014)441E) odnosno [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2014\)453E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2014)453E), 2. veljače 2017.

21 Zahtjev br. 46185/08, presuda od 21. lipnja 2011. godine. Presuda je dostupna na: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//arhiva//KRUSKOVIC.pdf>, 16. siječnja 2017.

22 Korać, A.: *Sadržaj i doseg prava na poštovanje obiteljskog života u hrvatskom pravnom sustavu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 49, 6, 1999., str. 777.

svojoj poslovnoj sposobnosti, te nadalje čl. 234. kojim se određuju pretpostavke, opseg, postupak i sadržaj lišenja poslovne sposobnosti.

3.1. Činjenice predmeta

Podnositelj zahtjeva osoba je lišena poslovne sposobnosti, a na temelju psihijatrijskog vještačenja u kojem je utvrđeno da je riječ o osobi koja „zbog dugotrajne ovisnosti o drogi boluje od organskoga poremećaja osobnosti i antisocijalnog poremećaja osobnosti“. Preporuka je psihijatra bilo lišenje u razdoblju od najmanje pet godina, kako bi podnositelj zahtjeva bio podvrgnut psihijatrijskom liječenju (§ 5). Njegovim su skrbnicima bili, konsektivno, imenovani majka odnosno otac te je konačno određeno neposredno skrbništvo (§§ 6 i 7).

Nakon što je K. S. rodila kći i navela podnositelja zahtjeva kao oca, on je, kako se navodi u presudi „dao izjavu ... u kojoj je rekao da je on otac djeteta te je nakon toga kao takav upisan u izvodu iz matice rođenih tog djeteta“. Dakako, njegovo priznanje, prema ranijem sustavu, budući da je bio lišen poslovne sposobnosti nije moglo izazivati pravne učinke,²³ stoga se valja zapitati kako je uopće moglo doći do njegova upisa kao oca u maticu rođenih. Dva mjeseca kasnije nadležni je centar za socijalnu skrb obavijestio matični ured da je podnositelj zahtjeva osoba lišena poslovne sposobnosti, te je matični ured pokrenuo postupak za poništenje upisa podnositelja zahtjeva kao oca. U listopadu 2007. ured državne uprave je donio odluku kojom se nalaže izmjena upisa na način da se poništi unesena bilješka u kojoj se navodi da podnositelj zahtjeva otac djeteta, „s osnova da kao osoba lišena poslovne sposobnosti nije imao pravo priznati, s pravnim učinkom, K. kao svoje dijete“.

Podnositelj je zahtjeva, kako proizlazi iz navoda stranke u presudi, u više navrata tražio od nadležnog centra za socijalnu skrb „poduzimanje pravnih radnji radi upisa njegovog očinstva K.-e, ali uzalud“ (§ 26). U ožujku 2010. godine nadležni je centar za socijalnu skrb pokrenuo postupak pred općinskim sudom protiv podnositelja zahtjeva, K. S. i K. za utvrđenje očinstva podnositelja zahtjeva. U trenutku donošenja presude Europskoga suda za ljudska prava ovaj je paternitetki postupak bio u tijeku.²⁴

3.2. Ocjena Europskog suda za ljudska prava

Sud je u ocjeni predmeta pošao od ustaljenoga shvaćanja da postupci radi utvrđivanja očinstva ulaze u doseg članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.²⁵ Također, Sud je u jednom drugom postupku pokrenutom

23 Naime, sukladno ranijem propisu iz 2003. godine, osoba u potpunosti poslovne sposobnosti nije mogla priznati očinstvo, a osoba djelomično lišena poslovne sposobnosti ako je sposobna shvatiti značenje priznanja, osim ako je odlukom o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti određeno da ne može davati izjave koje se tiču osobnih stanja (čl. 57. st. 2. ObZ 2003).

24 Valja dodati i to da je u Akcijskom planu iz 2013. godine koji je Hrvatska podnijela Vijeću Europe o izvršenju presude istaknuto da je nadležni hrvatski općinski sud utvrdio očinstvo podnositelja zahtjeva, a koji je plan sad dio dokumenta DH-DD(2014)423, dostupnog na: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2014\)423E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2014)423E), 3. veljače 2016.

25 Tako primjerice u predmetu Rasmussen protiv Danske, zahtjev br. 8777/79, presuda od 28. studenoga 1984. godine, § 33.

protiv Hrvatske, predmetu Mikulić, istaknuo da pravni odnos između djeteta rođenog izvan braka i njegovog ili njezinog oca spada u opseg članka 8. Konvencije (§§ 48-55), te da posebna revnost potrebna u predmetima koji se odnose na građanski status i poslovnu sposobnost (§ 44).²⁶

Prema ocjeni Suda u predmetu Krušković, „ograničenja prava osoba lišenih poslovne sposobnosti, čak i kad se odnose na područje njihova privatnog i obiteljskog života, nisu u načelu u suprotnosti sa zahtjevima članka 8. Konvencije“ (§ 30). Međutim, nastavlja, ta ograničenja trebaju, u načelu, biti podvrgnuta određenim procesnim jamstvima te je stoga smisao ovoga postupka ispitati je li Hrvatska prilikom rješavanja očinstva podnositelja zahtjeva u odnosu na K.-u, prekršila svoju pozitivnu obvezu iz članka 8. Konvencije (§§ 31 i 32). Naime, valja podsjetiti da se čl. 8. Konvencije „ne svodi samo na obvezu država članica da se suzdržavaju od miješanja u privatni i obiteljski život pojedinca, već uključuje i pozitivne obveze s ciljem osiguranja poštovanja obiteljskog života“.²⁷

Sud je primijetio da podnositelj zahtjeva nije imao mogućnost priznati svoje očinstvo niti pokrenuti postupak radi utvrđivanja očinstva. Premda iznosi i drugačije argumente, Sud navodi da se ovakva pravna pozicija „može činiti opravdanom u pogledu osoba lišenih poslovne sposobnosti kako bi ih se zaštitilo od davanja pravno obvezujućih izjava koje su suprotne njihovim interesima, ili čak suprotne činjenicama“ (§ 35). Međutim, ukazujući s punim pravom na propuste državnih tijela, Sud drži da je podnositelj bio „ostavljen u pravnoj praznini dok nije bio pokrenut postupak za utvrđivanje njegovog očinstva“ (§ 40). Činjenica jest da su prošle više od dvije i pol godine od trenutka kad je podnositelj zahtjeva dao izjavu, tada vjerojatno u uvjerenju da priznaje očinstvo sa svim pravnim posljedicama koje iz toga proizlaze, da se smatra ocem pa do pokretanja sudskog postupka radi utvrđivanja očinstva, no dvojimo je li doista bila riječ o pravnoj praznini.

3.3. Procjena osnovanosti zakonske izmjene

U Obrazloženju uz Konačni prijedlog Obiteljskog zakona istaknuto je da je povod predloženim odredbama, *inter alia*, presuda Europskoga suda upravo u predmetu Krušković, „kojom je utvrđena povreda prava na poštivanje obiteljskog života podnositelju zahtjeva koji je bio lišen poslovne sposobnosti jer “prema mjerodavnom domaćem pravu nije imao nikakvu mogućnost priznati svoje očinstvo pred nacionalnim vlastima premda su se podnositelj zahtjev i majka djeteta slagali da je on biološki otac djeteta.“²⁸

²⁶ Presuda Mikulić protiv Hrvatske, zahtjev br. 53176/99, presuda od 7. veljače 2002. godine, dostupna na: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/mikulic,-4.pdf>, 7.2.2017. O presudi više: Korać, A.: *Mikulic v. Croatia, ECHR; 7. veljače 2002. – pouke jednog slučaja*, u: Crnić, J., Filipović, N. (ur.): *Pravo na pošteno suđenje i razuman rok – Pravo azila, Hrvatski institut za ljudska prava Novi Vinodolski, Hanns Seidel Stiftung, Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e. V., Hrvatski pravni centar, Hrvatski crveni križ, Organizator, Zagreb, 2003.*, str. 83.-104.

²⁷ Tako: Jakovac-Lozić, D.: *Prosudbe Europskog suda za ljudska prava temeljene na dosezima suvremenih dokaznih sredstava u paternitetskim postupcima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61, 4, 2011., str. 1138.

²⁸ *Obrazloženje uz Konačni prijedlog Obiteljskog zakona*, str. 184.

Osobe u situaciji u kojoj je podnositelj zahtjeva, kako ističe Sud, bez sumnje imaju „vitalan interes, zaštićen Konvencijom, da se utvrdi biološka istina o važnom vidu njihovog privatnog i obiteljskog života, te da ona bude pravno priznata“ (§ 34). S druge strane, dijete ima pravo na saznanje vlastitog podrijetla kad god je to moguće, kako mu se jamči međunarodnim i nacionalnim dokumentima.²⁹

Međutim, uvjerenja smo da je pravni i posljedično životni problem, koji doista jest doveo i do povrede prava na zaštitu obiteljskog života, okolnost da nadležna državna tijela nisu reagirala, prvo pravilno, a potom pravodobno. Valja spomenuti i činjenicu da je K. S., majka djeteta, mogla pokrenuti tužbu radi utvrđivanja očinstva podnositelja zahtjeva sukladno čl. 72. st. 2. ObZ 2003, što nije učinila. Stoga pravna situacija podnositelja zahtjeva nije isključiva posljedica njegove nemogućnosti priznanja očinstva, već još i više nedjelovanja drugih ovlaštenika na pokretanje postupka, a pri tome posebna odgovornost leži na nadležnome centru za socijalnu skrb, temeljem čl. 73. ObZ 2003.

Sukladno novoj normi, punoljetne osobe mogu priznati očinstvo neovisno o poslovnoj sposobnosti,³⁰ jer to ulazi u krug odluka o osobnim stanjima koje donosi isključivo štićenik,³¹ a ako se očinstvo djeteta, čiji su majka ili mogući otac osobe lišene poslovne sposobnosti u dijelu koji se odnosi na osobna stanja, nije uspjelo utvrditi priznanjem, skrbnik majke ili oca, ovisno o okolnostima slučaja, dužan je pokrenuti postupak radi utvrđivanja očinstva sudskom odlukom u roku od trideset dana od dana primitka obavijesti da nije pribavljen pristanak, odnosno od dana uskrate suglasnosti.³²

Posljedice usvajanja ovoga rješenja tek će se pokazati u praksi. Razumijemo potrebu da se zaštititi slabija strana, no ta zaštita mora biti smisljena i što je moguće potpunija. Naime, upitno jest kakva se zaštita sada pruža osobama lišenim poslovne sposobnosti, koje mogu, ne samo kao svaka treća osoba nego zbog svojeg

29 *V. e. g.* čl. 7. st. 1. Konvencije o pravima djeteta.

30 Tako čl. 63. st. 1. ObZ glasi:

„(1) Očinstvo može priznati:

1. punoljetna osoba neovisno o svojoj poslovnoj sposobnosti
2. maloljetna osoba koja je navršila šesnaest godina ako je sposobna shvatiti značenje i pravne posljedice priznanja i

3. maloljetna osoba mlađa od šesnaest godina, uz suglasnost njezinog zakonskog zastupnika.“

Zasigurno se točki 3. stavka 1. mogu iznijeti prigovori, od kojih bi najrelevantniji bio dvotračnost u pristupu, drugim riječima, okolnost da se maloljetniku mlađem od 16 godina daje mogućnost priznanja očinstva, a istovremeno se to uvjetuje suglasnošću djetetova zakonskog zastupnika, no to bi prelazilo okvire ovoga rada. Isto vrijedi i za ukidanje same mogućnosti priznanja majčinstva, koje je doista jest u praksi bilo rijetko, no bilo je dodatan pokazatelj stabilnosti sustava koji predviđa pravna rješenja i za takve iznimne slučajeve. U razdoblju od 2006. do 2015. godine, što su posljednji dostupni podaci, pred hrvatskim centrima za socijalnu skrb majčinstvo je priznalo ukupno 56 žena. Navedeno prema godišnjim statističkim izvješćima nadležnog ministarstva o primijenjenim pravima socijalne skrbi, pravnoj zaštiti djece, mladeži, braka, obitelji i osoba lišenih poslovne sposobnosti te zaštiti tjelesno ili mentalno oštećenih osoba u Republici Hrvatskoj od 2006. do 2015. godine, što čini posljednje objavljene podatke, dostupne na: <http://www.mspm.hr/pristup-informacijama/statisticka-izvjesca-1765/1765>, 2. veljače 2017.

31 Sukladno čl. 258. toč. 1. ObZ.

32 Čl. 69. st. 5. ObZ.

zdravstvenog stanja u pravilu i bitno više, biti od drugih dovedene u zabludu, iz pobuda u koje ne možemo ulaziti.³³

Točno je utvrđenje Suda da su u ranijem sustavu „centri za socijalnu skrb [imali, op. aut.] neograničeno diskreciono pravo odlučiti kada da poduzmu bilo koju radnju kako bi osigurali da očinstvo osoba lišenih poslovne sposobnosti bude pravilno utvrđeno i upisano, ili da uopće poduzmu bilo kakvu radnju“ (§ 39). Međutim, bojimo se da je novo rješenje prejednoslojno da bi bilo pravno opravdano. Doista je propisana dužnost skrbnika da u kratkome roku pokrene sudski postupak, no ta je dužnost, premda ne izrijekom propisana, postojala i ranije, a kratki rokovi bi se u statusnim stvarima osobito trebali podrazumijevati.

Stoga bi bitno kvalitetniji odgovor države na presudu u ovome predmetu bilo dodatna edukacija, posredstvom nadležnog ministarstva, djelatnika svih centara za socijalnu skrb, kako bi se podizanjem razine njihova znanja i osviještenosti o ovom važnom pitanju zaštite ljudskih prava, dodatno zajamčilo da u slučajevima kad imaju saznanja o tome da se osoba lišena poslovne sposobnosti smatra ocem djeteta, o čemu bi ih bez odgađanja trebao obavijestiti sam štićenik ili njegov skrbnik, odmah pokrenu sudski postupak radi utvrđenja te okolnosti, s time da se troškovi medicinskoga vještačenja ne bi samo predujmljivali iz sredstava suda već bi bili iz tih sredstava podmireni. Na taj bi se način osobama lišenim poslovne sposobnosti pružila dodatna zaštita, a trošak koji bi nastao za državu bi bio razmjernan predanosti osiguranju ravnopravnog položaja osoba s invaliditetom u društvu.

Navedeni pristup je, moglo bi se činiti, u jednom trenutku bio zauzet i u obavijesti koji je Ured zastupnice Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava dostavio 2012. godine, u kojem se ističe da je „očito da je povreda utvrđena u ovom slučaju pojedinačne naravi i da opće mjere (osim objave i diseminacije presude) nisu potrebne kako bi se osigurala puna usklađenost s konvencijskim standardnima navedenim u presudi.“³⁴ Imajući navedeno na umu, tim su zanimljivije tvrdnje u posljednjoj dostupnoj obavijesti koju je isti Ured dostavio Vijeću Europe 2015. godine, a iz kojeg bi proizlazilo zadovoljstvo usvojenim zakonskim izmjenama.³⁵

4. Predmet Gluhaković protiv Hrvatske

Predmet Gluhaković protiv Hrvatske³⁶ školski je primjer diskrepancije između smisla propisa i njegove provedbe u praksi. Naime, u ovome predmetu u kojem je riječ o modalitetima ostvarivanja kontakata djeteta s odvojenim roditeljem barem su se tri činjenice pojavile kao prijeporne. Prvo, odvojeni roditelj – podnositelj

33 Tako i A. Korać Graovac: „... otvara se mogućnost opasne manipulacije osobama koje su lišene poslovne sposobnosti, da pod utjecajem druge osobe priznaju očinstvo koje možda nije njihovo“. Korać Graovac, A.: *Hrvatsko obiteljsko pravo pred Europskim sudom za ljudska prava*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, IV, 1/2013., str. 48., bilj. 27.

34 Sada dio dokumenta Općeg tajništva u Tajništvu Odbora ministara Vijeća Europe, DH – DD (2012) 374, od 5. travnja 2012., dostupan na: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2012\)374E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2012)374E), 2. veljače 2017.

35 Dokument oznake DH-DD (2015) 646 od 22. lipnja 2015., dostupan na: [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2015\)646E](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2015)646E), 2. veljače 2016.

36 Zahtjev br. 21188/09, presuda od 12. travnja 2011. godine. Presuda je dostupna na: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//arhiva//GLUHAKOVIC,.pdf>, 16. siječnja 2017.

zahtjeva prema psihijatrijskim nalazima bolovao je od paranoidne psihoze. Budući da se smatralo da njegovi kontakti s kćeri nisu opasnost za njezinu dobrobit, prema odlukama nadležnog tijela ti su kontakti održavani, ali ipak uz nadzor treće osobe, kao svojevrsna mjera opreza. Između oca i kćeri, kako proizlazi iz činjenica predmeta, uspostavljen je skladan odnos. Drugi se prijepor odnosio na to da je podnositelj zahtjeva bio zaposlen u Italiji, te je tri dana radio, a jedan je bio slobodan, te je bio voljan potonji dan provesti u Hrvatskoj s kćeri. Međutim, nadležna su se tijela oglušila na njegove molbe, slijedeći ustaljenu praksu određivanja kontakata. I treće, budući da su se kontakti trebali održavati pod nadzorom, određeno su se vrijeme održavali u uredima i kuhinji (*sic!*) Savjetovališta za brak, obitelj i mladež u okviru nadležnoga centra za socijalnu skrb, a potom su zbog zatvaranja Savjetovališta prekinuti.

U Obrazloženju uz Konačni prijedlog Obiteljskog zakona, u popisu presuda s kojima se hrvatsko obiteljsko zakonodavstvo mora uskladiti, naveden je i ovaj predmet, no budući da uz same norme predmet nije nigdje izrijekom istaknut, može se samo pretpostaviti koja su rješenja po shvaćanju zakonopisca odjek ove strasbourške presude. Procjena jest da se one odnose na: suzdržavanje drugog roditelja od ponašanja koje otežava ostvarivanje kontakta, na izričito propisivanje da se osobni odnosi mogu ostvarivati neizravno, te na dužnost suda da, odlučujući o kontaktima pod nadzorom, odredi mjesto na kojem se će se ti kontakti ostvarivati, a koje *mora biti* prikladno za dijete.

4.1. Činjenice predmeta

Podnositelju zahtjeva je u braku s A. godine 1999. rođena kći I. K.. Pred nadležnim općinskim sudom te centrom za socijalnu skrb provedeno je nekoliko zasebnih postupaka koji su se odnosili na ostvarivanje kontakta između podnositelja zahtjeva i I. K.

Godine 2000. je podnositelj zahtjeva zatražio od nadležnog centra donošenje odluke kojom bi se uredili kontakti s kćeri. Iste je godine prigovorio da kći viđa samo jedan sat tjedno, te zatražio da mu se dozvoli vidati dijete svaka četiri dana, zbog toga što radi u Italiji te je njegov cjelokupni raspored organiziran na način da radi tri cijela dana, a onda je četvrti dan slobodan (§ 8.). Medicinsko izvješće iz iste godine ukazuje da podnositelj boluje od paranoidne psihoze (§ 9.). Sukladno odluci centra iz iste godine, neovisno o tvrdnjama podnositelja zahtjeva, kontakti su se trebali odvijati svakog utorka između 9,30 i 10,30 u Savjetovalištu za brak, obitelj i mladež, u nazočnosti majke i zaposlenika Savjetovališta (§ 10.). Takva je odluka donesena i u postupku ponovljenom zbog neodržavanja usmenog ročišta u ranijem postupku. Nadležno je ministarstvo odbilo žalbu podnositelja zahtjeva.

Usporedo s postupcima pred centrom za socijalnu skrb, u brakorazvodnoj je presudi općinski sud, *inter alia*, odredio održavanje kontakata svaki utorak između 9,30 i 11,30 u nazočnosti treće osobe, unatoč ponovljenim tvrdnjama podnositelja zahtjeva o radnome rasporedu. Godine 2003. je nadležni drugostupanjski sud ukinuo presudu u dijelu koji se odnosi na kontakte, te je u ponovljenom postupku ovo pitanje razmotreno. Predlagatelj je ostao kod svojih navoda, a u izvješću Savjetovališta se

ističe da su se „podnositelj zahtjeva i njegova kći redovito sastajali te da su razvili topli osobni odnos“ (§ 16.). Međutim, iz izvješća proizlazi da daljnji susreti u Savjetovalištu više ne bi bili mogući, jer se te prostorije ne smatraju odgovarajućim. U postupku pred sudom psiholog iz Savjetovališta je ustvrdio da su se „susreti između podnositelja zahtjeva i njegove kćerke održavali u kuhinji Centra ili u uredima njegovih zaposlenika te da Centar nema prikladno mjesto za te susrete“ (§ 17.).

Tri godine kasnije, sud je donio presudu kojom je odobrio održavanje kontakata svakog utorka (ovisno o školskom rasporedu kćeri ujutro ili popodne) u Savjetovalištu. Teško je zamislivo što je suca nagnalo da ovakvu odluku u odnosu na kontakte donese, te je smatramo ne samo protivnom općim pravnim načelima, a osobito najboljem interesu djeteta, već protivnom i pravilima (pravne) logike. U postupku po žalbi, drugostupanjski je sud 2007. godine potvrdio ovu presudu, ne osvrnuvši se na tvrdnje podnositelja o radnome rasporedu, a u dijelu koji se odnosi na mjesto održavanja susreta, ne prihvaćajući životnu realnost podnositelja, ustrajao u tome da podnositelj zahtjeva ni centar za socijalnu skrb nisu imali „adekvatan prijedlog u kojem prostoru bi se kontakti i druženja predlagatelja i mlt. kćerke održavali“ (§ 22.).

Podnositelj je nedugo zatim tražio od nadležnog općinskog suda promjenu odluke s obzirom na njegov raspored i na izjavu djelatnika Savjetovališta da u njemu nema prikladnog mjesta za kontakte, a po zatvaranju Savjetovališta iste godine, kontakti su prekinuti. Međutim, 2008. godine nadležni sud određuje da se će se kontakti održavati jednom tjedno pod nadzorom u prostorijama nadležnog centra za socijalnu skrb. Godine 2009. centar za socijalnu skrb obavijestio je drugostupanjski sud da nema prikladno mjesto za susrete, te da „jedini prostor u kojemu bi se podnositelj zahtjeva i I. K. mogli sastati bio je hodnik, koji je, po mišljenju Centra, neprikladno mjesto“ (§ 30.). Ipak, drugostupanjski sud potvrđuje prvostupanjsku odluku i određuje da će se kontakti održavati četvrtkom (ovisno o školskom rasporedu djeteta ujutro ili popodne) i to u Savjetovalištu (§ 31.). U novom postupku u kojem se tražila promjena odluke, sud je naložio „održavanje kontakata između podnositelja zahtjeva i I. K. jednom tjedno kad je podnositelj zahtjeva slobodan, u trajanju od tri sata, u nazočnosti treće osobe. Roditelji su trebali pronaći rješenje za mjesto susreta.“ (§ 34.). Ova presuda, posve očekivano, nije pravilno izvršena, jer nije pronađeno prikladno mjesto za susrete.

4.2. Ocjena Europskog suda za ljudska prava

Prema shvaćanju Europskoga suda, „pravo podnositelja zahtjeva da viđa svoju kćer u redovitim razmacima nije nikada bilo sporno za nacionalne sudove i svi su bili suglasni da on treba uživati to pravo“. (§ 62). Međutim, zahtjev koji Europska konvencija odnosno judikatura Europskoga suda postavlja jest da se konvencijske odredbe tumače i primjenjuju na takav način da „ne budu teorijske ili neostvarive nego praktične i djelotvorne“. (§ 62.). Stoga se „nacionalni sud trebao pobrinuti i da podnositelj zahtjeva može djelotvorno ostvarivati svoje pravo na kontakte sa svojom kćerkom“ (§ 62). Navedeno ponajprije proizlazi iz koncepta pozitivnih obveza države vezano uz članak 8. Konvencije, a prema kojim se pravu roditelja

da se poduzmu koraci koji će ih ponovno spojiti s njihovom djecom kao pandan određuje „obveza nacionalnih vlasti da olakšaju takva ponovna spajanja“ (§ 56.).

Sud je svjestan da se možda uspostava kontakta ne može dogoditi odmah i da može iziskivati pripreme ili postupne mjere, te da nacionalne vlasti moraju uložiti najveće moguće napore da olakšaju suradnju i razumijevanje svih onih kojih se to tiče (§ 57.). Nadalje, „prikadnost mjere treba prosuđivati po brzini njezine provedbe, jer protok vremena može imati nepopravljive posljedice za odnose između djeteta i roditelja koji ne živi s djetetom“ (§ 59.). Zaključak je stoga Suda da nacionalne vlasti nisu ispunile svoju pozitivnu obvezu da osiguraju podnositelju zahtjeva učinkovito ostvarenje prava na kontakt sa svojom kćeri, čime su počinile povredu članka 8. Konvencije.

Odluke Suda su, kako i sam ističe, u biti po svojoj naravi deklaratorne te je svakoj državi ostavljeno da odabere, podložno nadzoru Odbora ministara, koja će sredstva upotrijebiti u domaćem pravnom poretku kako bi ispunila obvezu podvrgavanja konačnoj presudi Suda sukladno čl. 46. Europske konvencije. U primjeni toga članka, „kako ga Europski sud tumači u svojoj praksi, za otklanjanje povreda konvencijskih prava i ispravljanje njihovih štetnih posljedica stvorene su dvije vrste mjera koje provode države stranke“,³⁷ a to su opće i pojedinačne mjere.³⁸

Opće su mjere usmjerene prema državama strankama Konvencije, a uključuju „zakonodavne ili administrativne reforme ili promjene sudske ili upravne prakse što su ih odgovorne države dužne poduzeti kao odgovor na presudu Europskog suda o povredi pojedinog konvencijskog prava“.³⁹ Za razliku toga, pojedinačne su mjere „uvijek osobne naravi i provode se samo u odnosu na nominalno određenu fizičku ili pravnu osobu koja je presudom Suda proglašena žrtvom povrede konvencijskih prava“.⁴⁰

Tako je Sud iznimno i u ovome predmetu, „kako bi se pomoglo tuženoj državi da ispunji svoje obveze“ odlučio „naznačiti vrstu mjere koja bi mogla biti poduzeta kako bi se okončala povreda za koju je utvrdio da postoji“ (§ 87.). Stoga je Sud ne samo utvrdio da je došlo do povrede članka 8. Konvencije, već je presudio da će „tužena država osigurati djelotvoran kontakt između podnositelja zahtjeva i njegove kćeri u vrijeme koje je spojivo s radnim rasporedom podnositelja zahtjeva i u prikladnim prostorijama“, a na temelju presude nadležnog općinskog suda iz 2010. godine.

4.3. Procjena osnovanosti zakonske izmjene

Kako je *supra* navedeno, možemo samo pretpostavljati koje su zakonske izmjene unesene kao, po shvaćanju zakonopisca, odjek ove strasbourške presude.

37 Tako: Omejec, *op. cit.* (bilj. 18.), str. 805.

38 Nakon presude u predmetu Scozzari i Giunta protiv Italije 2000. godine (zahtjevi br. 39221/98 i 41963/98, presuda od 13. srpnja 2000. godine), Sud je počeo izrijekom upućivati na pojedinačne i opće mjere koje su odgovorne države dužne poduzeti kako bi otklonile povrede konvencijskih prava utvrđene presudama te repariranja štetnih posljedica tih povreda. *Ibid.*, str. 805-806., bilj. 6. Slično i Lukina-Karajković, *op. cit.* (bilj. 17.), str. 408.

39 Omejec, *op. cit.* (bilj. 18.), str. 809.

40 *Ibid.*, str. 808.

Usporedbom zakonskih tekstova iz 2003. i 2015. godine može se procijeniti da bi se tri norme mogle dovesti u vezu s ovom presudom Europskoga suda, i to: čl. 119. st. 2., čl. 121. st. 2. te čl. 124. st. 2. važećega Obiteljskog zakona, a koje norme se odnose na zabranu ometanja ostvarivanja kontakata, neizravno ostvarivanje osobnih odnosa te dužnost suda da odlučujući o kontaktima pod nadzorom odredi mjesto na kojem se će se ti kontakti ostvarivati, a koje mora biti prikladno za dijete.

Vezano uz prvo rješenje, valja podsjetiti na opće pravilo, sadržano kako u Konvenciji o pravima djeteta, tako i (premda drugačije formulirano) u ranijim propisima da dijete ima pravo održavati kontakte s odvojenim roditeljem, a odvojeni roditelj pravo i dužnost ostvarivati osobne odnose s djetetom. Navedeno je ponovljeno u čl. 119. st. 1. Mogući odjek jest drugi stavak istoga članka sukladno kojem su roditelj i druge osobe koje stanuju s djetetom i skrbe o djetetu dužne omogućiti djetetu ostvarivanje osobnih odnosa s roditeljem s kojim ne stanuje te se suzdržavati od svakog ponašanja koje bi otežavalo ostvarivanje osobnih odnosa djeteta s tim roditeljem. Načelno je pohvale vrijedna ova edukativna i preventivna intencija zakonodavca, no budući da je ostavljena u pravnome i životnome vakuumu, bez ikakva pokušaja državne intervencije u smislu savjetovanja, terapije ili slično, ona po prirodi stvari ne može donijeti željene rezultate.

Drugo, uz mogućnost ostvarivanja osobnih odnosa izravno, osobni se odnosi, navodi zakonodavac u čl. 121. st. 2. Obiteljskog zakona, mogu „ostvarivati neizravno korištenjem različitih komunikacijskih sredstava, slanjem pisama, darova i slično“. Premda je dojam, a tako je istaknuto i u samom Obrazloženju Konačnog prijedloga Obiteljskog zakona, da ovaj Zakon nije pisan (samo) za pravnike, nego za sve građane, doista ne vidimo razloga zašto tako notorne činjenice treba ugrađivati u zakonsku normu.

I treće, vezano uz ostvarivanje osobnih odnosa pod nadzorom, istaknuto je da u rješenju u kojem o tome odlučuje sud „određuje vrijeme te mjesto ostvarivanja osobnih odnosa djeteta s roditeljem *koje mora biti* prikladno za dijete [istaknula I.M.], a može se odrediti i nazočnost drugog roditelja ili djetetu bliske osobe.“ Držimo da zakonodavac mora imati povjerenje u sudski sustav, te da se zbog pojedinačnih propusta ne smiju u propise ugrađivati norme koje su ne samo za najveći broj sudaca posve nepotrebne, nego dovode u pitanje i samu ulogu suca. Navođenje da je mjesto „prikladno za dijete“, kao nomotehnički drugačije rješenje koje više uvažava sudačku profesiju, držali bismo boljim.

Naime, valja ponoviti da se upravo u ovome predmetu Europski sud „poslužio ovlašću da u svojim presudama izriče izvršne naloge.“⁴¹ Iz Akcijskog plana koji je Hrvatska podnijela Sudu 2011. godine, proizlazi da je nadležni centar za socijalnu skrb intenzivno nastojao osigurati kontakte između podnositelja zahtjeva i njegove kćeri, te je i majci i ocu izrečen nadzor nad ostvarivanjem roditeljske skrbi. Istaknuto je nadalje da je navedena mjera donijela bitan napredak te da je poboljšana komunikacija između roditelja dovela do toga da majka odobrila kontakte oca s djetetom sukladno kako njegovom radnom, tako i djetetovom školskom rasporedu. Oba roditelja dobro su surađivala s osobom koja provodi nadzor nad ostvarivanjem

41 Omejec, *op. cit.* (bilj. 9.), str. 326.

roditeljske skrbi, te je Vlada stoga izvijestila da smatra hitnu pojedinačnu mjeru u cijelosti provedenu. Opća mjera u smislu diseminacije prevedene presude svim relevantnim tijelima kao i objave na stranicama Ministarstva pravosuđa također je po mišljenju Vlade bila izvršena, a podnositelju je isplaćena i pravična novčana naknada.

Na temelju navedenoga, Odbor ministara je 2013. godine usvojio Rezoluciju CM/ResDH(2013)225 te prihvaćajući navedeno u Akcijskome planu utvrdio da se uvjerio da su mjere sukladno čl. 46. ispunjene, da je ispunio svoju funkciju nadzora te da završava provjeru u tome predmetu (*decides to close the examination thereof*). Razlozi koji su potaknuli zakonopisca da, unatoč svemu navedenom, uvede istaknute izmjene, neovisno o tome jesu li uopće potaknute presudom u predmetu Gluhaković ili ne, ostaje nam neznano.

5. Završna razmatranja

Obitelj i obiteljski život temeljne su vrednote suvremenoga hrvatskoga pravnog poretka, što je bilo ukorijenjeno u obiteljskome pravu i prije nego li su poštovanje i pravna zaštita obiteljskoga života postali ustavna kategorija usvajanjem Ustava Republike Hrvatske 1990. godine.⁴² Sadržaj je norme do danas ostao u svojoj biti nepromijenjen, tako sada čl. 35. Ustava određuje da se svakome (ranije – svakom čovjeku i građaninu) „jamči štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti“.⁴³

Zakonodavcu tako, kako je s pravom isticala A. Korać (Graovac), preostaje da odredi sadržaj i doseg prava na poštovanje obiteljskog života na razini zakona u skladu s preuzetim međunarodnim obvezama te unutarnjim shvaćanjima o tome tko uživa pravo na poštovanje obiteljskog života, u odnosu prema kome te u kojim pravnim područjima“.⁴⁴ Riječ je doista o jednom od onih „prava čovjeka koja ne treba puno zagovarati jer su prihvatljiva sama po sebi“.⁴⁵

Dakako, u određivanju sadržaja i dosega toga prava zakonodavac se mora voditi obvezama koje je država preuzela pristupanjem međunarodnim ugovorima. Na europskoj razini, u odnosu na materijalno obiteljsko pravo, bez dvojbe je najvažniji dokument Europska konvencija, koja se mora razmatrati i u svjetlu jurisprudencije Europskoga suda za ljudska prava. Naime, presude Europskoga suda za ljudska prava obvezuju kako države članice u odnosu na koju su donesene, ali snagom autoriteta i sve druge države članice Vijeća Europe. O tome nema prijepora.

Međutim, nacionalni sustavi država Vijeća Europe, pa tako i Hrvatska, često „lutaju“ tražeći odgovor na pitanje kako uskladiti domaće pravo i praksu sa

42 Narodne novine, br. 56/1990. Tako i: Korać, *op. cit.* (bilj. 22.), str. 793.

43 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990., 135/1997, 8/1998 – pročišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 - pročišćeni tekst, 28/2001, 41/2001 - pročišćeni tekst, 55/2001, 76/2010, 85/2010 - pročišćeni tekst, 5/2014.

44 Korać, *op. cit.* (bilj. 22.), str. 760. Slično i na str. 763. kad ističe da „zakonodavac procjenjuje što je najprihvatljivije rješenje s obzirom na potrebe nacionalne zajednice te uvriježeno shvaćanje što je pravedno“.

45 *Ibid.*, str. 792.

standardima strasbourškog *acquisa*. To kao činjenica nije samo po sebi neobično. Neobično je međutim postupanje hrvatskog zakonodavca u važećoj reformi obiteljskoga zakonodavca u kojem su kao razlozi promjena često isticane presude Europskoga suda za ljudska prava. U ovome smo radu nastojali dokazati da presude u predmetima Đorđević, Krušković i Gluhaković doista ne treba shvaćati kao poticaj promjene zakonodavstva. Naime, kako se često ističe u hrvatskoj obiteljskopravnoj teoriji, izazovi koji nastaju vezano uz zaštitu konvencijskih prava nalaze se u praksi, a ne u propisu.⁴⁶ Barem je tome tako bilo desetljećima.

Zakonske promjene za koje se u pratećim dokumentima ističe ili se na temelju usporedbe s Obiteljskim zakonom iz 2003. godine može pretpostaviti da su promjena uzrokovana shvaćanjem zakonopisca kao odgovor na strasbourške zahtjeve u stvarnosti to nisu. Sumarno bismo ponovili. U predmetu Đorđević riječ je o tridesetogodišnjaku, pripadniku nacionalne manjine lišenom poslovne sposobnosti zbog duševnih smetnji, koji je bio žrtva zlostavljanja od strane maloljetnih susjeda, te je Sud odredio da je povrijeđeno njegovo pravo za zaštitu od diskriminacije te ponižavajućeg postupanja, zaštićeno čl. 14. odnosno 3. Europske konvencije. Zakonopisac je pak ovu presudu odredio poticajem za manju izmjenu norme koja se odnosi na postupanje centara za socijalnu skrb u postupanjima po prijavi o povredi djetetovih osobnih i imovinskih prava.

U predmetu Krušković podnositelj zahtjeva bio je lišen poslovne sposobnosti te uslijed toga nije mogao priznati očinstvo, a nadležni centar za socijalnu skrb nije pokrenuo odgovarajući postupak. Europski je sud posve u pravu kad upozorava na višestruke propuste državnih tijela, kao i činjenicu da su protekle dvije i pol godine od pokušaja priznanja do pokretanja paternitetskog spora. Međutim, ne bismo se složili s ocjenom da je podnositelj zahtjeva bio u pravnome vakuumu, te da navedeno treba tumačiti kao razlog zakonske izmjene. Sukladno novoj normi, punoljetne osobe mogu priznati očinstvo neovisno o poslovnoj sposobnosti, a ako se očinstvo djeteta, čiji su majka ili mogući otac osobe lišene poslovne sposobnosti u dijelu koji se odnosi na osobna stanja, nije uspjelo utvrditi priznanjem, skrbnik majke ili oca, ovisno o okolnostima slučaja, dužan je pokrenuti postupak radi utvrđivanja očinstva sudskom odlukom u roku od trideset dana od dana primitka obavijesti da nije pribavljen pristanak, odnosno od dana uskrate suglasnosti.⁴⁷ Uvjerenja smo da bi bolje rješenje bila dodatna edukacija i osvješćivanje djelatnika centara socijalnu skrb, kako bi se osiguralo da u sličnim situacijama doista pokreću paternitetske sporove,

46 Takvom se razmišljaju priklanja sve veći broj praktičara koji se bave obiteljskim pravom. Usp. samo primjerice razmišljanja D. Lakić: „Što se tiče uloge centra za socijalnu skrb u gubitku navedenih presuda, pokazalo se da je u najvećem broju slučajeva to posljedica propusta u radu vezanih uz način primjene odredaba važećih postupovnih i obiteljskopравnih propisa. Propusti proizlaze dijelom i iz nedovoljnog poznavanja prakse Europskog suda za ljudska prava te propuštanja primjene [...] a što posljedično nerijetko dovodi i to neprimjene svih raspoloživih mjera obiteljskopравne i druge zaštite prava djece“. Tako: Lakić, D.: *Zaštita prava djeteta u presudama Europskog suda za ljudska prava vezanim uz postupanja hrvatskih centara za socijalnu skrb*, Specijalistički rad, Poslijediplomski sveučilišni interdisciplinarni specijalistički studij prava djece, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016., str. 5.

47 Čl. 69. st. 5. ObZ.

drugim riječima dodatno upozorenje na njihovu dužnost pravilnog i pravodobnoga postupanja.

U predmetu Gluhaković riječ je bila o nefleksibilnom upravnom i sudskom postupanju, budući da nadležni centar za socijalnu skrb odnosno sud odlučujući o kontaktima podnositelja zahtjeva i njegove kćeri nisu željeli uzeti u obzir radni raspored podnositelja zahtjeva uslijed čega je došlo do povrede članka 8. Konvencije jer država nije ispunila svoju pozitivnu obvezu poticanja i ostvarenja kontakata između djeteta i odvojenog roditelja. Također, nadležni su sudovi posve zanemarili faktičnu nemogućnost ostvarenja ovoga prava, zbog nedostatka primjerenog prostora u kojima bi se ovi kontakti mogli održavati, te su na koncu, neuviđajući sve kako objektivne, tako i subjektivne zapreke takvoga rješenja, odredili da će mjesto kontakata sporazumno odrediti roditelji, što se dakako nije dogodilo. U postupku izvršenja presude, nacionalna su tijela uložila odgovarajuće napore te je pojedinačna mjera, dakle *restitutio in integrum* koliko je to moguće, ostvarena, te je nadzor nad izvršenjem ove presude obustavljen 2013. godine. Ipak, godinu odnosno dvije kasnije, zakonopisac ističe ovu presudu kao jednu od onih s kojim nacionalno zakonodavstvo treba uskladiti.

Navedene presude stoga ne bi trebale biti shvaćene kao odjek strasbourškog *acquisa*, već kao odraz vizije zakonopisca o tome kako treba urediti pojedine obiteljskopravne odnose. Zakonodavac dakako ima pravo usvajati norme koje drži dobrima za pravni sustav, a to je osobito značajno kad se kao odjek presuda nadnacionalnih tijela, posebice Europskog suda za ljudska prava, time usavršava nacionalni pravni sustav. Međutim, bojimo se da u radu prikazane novine Obiteljskoga zakona iz 2015. godine ne možemo držati usklađivanjem sa strasbourškim *acquisom*.

Dr. sc. Irena Majstorović, Associate Professor
Faculty of Law, Univeristy in Zagreb

THE REFLECTIONS OF THE STRASBOURG ACQUIS ON THE CROATIAN FAMILY ACT FROM 2015

Summary

The necessity of the Croatian family law reform, commenced in 2014 by entry into force of the (suspended) Family act and continued in 2015 by virtue of a very similar act by the same name is often justified in public considerations, *inter alia*, by the necessity of compliance to the jurisprudence of the European court of human rights. The aim of this paper is to consider particular provisions that family law legislation has introduced as a presupposed consequence of acceptance of the views of the European court of human rights, with special emphasis on the cases *Đorđević*, *Krušković* and *Gluhaković* respectively against Croatia. On the basis of the conducted analysis, the attempt is made to prove that the undertaken legislative changes are not to be necessarily understood as the reflection of the Strasbourg *acquis*, but rather as the comprehension of the drafters of the new act, namely as their vision of the family law relationships regulation. Finally, attention is given to the open issues of the new regulation, particularly in the light of the protection of the fundamental values of the national legal order.

Key words: Croatian Family Act, jurisprudence of the European court of human rights, judgement *Đorđević v. Croatia*, judgement *Krušković v. Croatia*, judgement *Gluhaković v. Croatia*

Dr Mirjana Nadaždin Defterdarević, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

DRUŠTVENA FUNKCIJA PRESUDA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

U radu se problematizira pitanje društvene funkcije presuda Evropskog suda za ljudska prava u nacionalnom pravnom poretku, sa posebnim osvrtom na porodično pravo.

Rad će determinisati razliku između cilja i društvene funkcije presuda Evropskog suda za ljudska prava navodeći razloge koji do toga dovode, obrazlažući to kao neminovnost koja uvijek prati postupak kontekstualizacije konvencijskog koncepta, te konstatovati da njeno postojanje za domaće pravo predstavlja mogućnost da stvarnim učinkom presude evropski standard zaštite ljudskih prava primijeni prilagođavajući ga u za sebe prihvatljivoj mjeri.

Teorijskopравни pristup temelji se na primjeni generalizacije, dogmatskog, teleološkog, aksiološkog i sociološkog metoda.

Ključne riječi: presude Evropskog suda za ljudska prava, cilj i funkcija presuda, efekti presuda u domaćem pravnom poretku, nacionalno porodično pravo.

1. Uvod

Porodično pravo obzirom na oblast koju uređuje, na društveni značaj privatnog života, braka i porodice tradicionalna je grana unutrašnjeg prava, koja uz to što je normirana uglavnom kogentnim normama heteronomnog prava snažno odražava i moralna pravila te društvene zajednice. Duboka ukorijenjenost u društvenu stvarnost, njenu tradiciju, kulturu, nekada i dominantnu religiju opravdava velike, nekada i znatne razlike, u poimanju dopuštenog i nedopuštenog u ovoj oblasti u različitim unutrašnjim pravnim sistemima država ugovornica Evropske konvencije. No, kako je Konvencija članom 8 normirala pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, a članom 12 pravo na sklapanje braka, to je ova oblast izgubila ekskluzivnost tumačenja i zaštite u okviru nacionalnog pravnog poretka.

Konvencija je kreirala zajednički normativni okvir regionalnog karaktera, a tumačenje i nadzor nad njegovom primjenom povjerila je Evropskom sudu za ljudska prava.

Evropska konvencija svoj cilj je definisala zahtjevom prema državama ugovornicama od kojih traži da svakome u njihovoj nadležnosti garantuju prava i slobode navedene u I dijelu Konvencije.

Evropski sud za ljudska prava u više navrata se suočio sa ovom opštom obavezom implementacije i jednako dosljedno ostaje pri stavu koji je u tom kontekstu zauzeo - državama ugovornicama pripada diskreciono pravo u izboru načina na koji će tu svoju obavezu realizovati.

Evropska konvencija državama članicama ne nameće obavezu da Konvenciju preuzmu u domaći pravni poredak, niti da na drugi način garantuju njenu primjenjivost i nadređenost domaćim zakonima.

Država je u tom smislu slobodna da izabere između dualističkog sistema, po kome međunarodna pravna norma da bi proizvodila efekte mora na podesan način da bude unesena u unutrašnje zakonodavstvo, i monističkog sistema, koji u tom smislu ne postavlja zahtjeve određujući da su norme međunarodnog prava neposredno važeće i uz to hijerarhijski nadređene unutrašnjem pravu.¹ U praksi, međutim, ova čista rješenja se ne primjenjuju. Zapravo, sam način implementacije je irelevantan; bitno je da su pojedinci koji su titulari konvencijskih prava u mogućnosti da se na ta prava pozovu i da ih ostvaruju. Sve pravne tehnike koje se u tom smislu koriste služe samo tome da bi osigurale realizaciju cilja Konvencije – da se pojedincima osigura uživanje ljudskih prava.²

Suočen sa obavezom da osigura realizaciju cilja Konvencije, a istovremeno svjestan razlika između pravnih sistema država ugovornica, koje i sam na vrlo rafiniran način uvažava, a koje onemogućavaju da to realizuje na jednoobrazan način, Evropski sud za ljudska prava ne gubi vjeru u mogućnost ostvarivanja svoje uloge – on neizvjesnost ostvarivanja cilja kompenzira društvenim funkcijama njegovih presuda koje cilj Konvencije realizuju u skladu sa mogućnostima konkretnog društvenog i pravnog ambijenta.

2. Cilj i funkcija pravne norme

Glavno sredstvo ostvarivanja pravnih ciljeva su pravne norme koje te ciljeve preuzimaju. Vrijednosti preuzetih ciljeva valorizuju pravne norme, a prema tome koliko norma uspijeva u realizaciji ciljeva ona će biti prosuđivana kao neuspjela ili uspjela tehniku njihove realizacije. Pravne norme su sredstvo kojim se u društvenim odnosima, manje ili više, ostvaruju interesi i vrijednosti normotvorca. Ova „instrumentalnost normativnosti“³ suočava nas sa potrebom razlikovanja cilja i funkcije kojoj ona služi, njenoj namjeravanoj i realizovanoj ulozi.

Namjeravana uloga norme, cilj njenog donošenja, predodžba je o očekivanom efektu norme u društvenim odnosima koji se pred subjekte norme postavlja kao zadatak za njihovo djelovanje. Cilj je najbolje moguće rješenje koje iz postupanja može da nastane, ali koje u realnom društvenom ambijentu u kome se ostvaruje ne mora imati i mogućnosti za svoju potpunu realizaciju. Praktično ostvarivanje cilja, uslovljeno realnim društvenim ambijentom izražava se kao efektivna uloga

1 Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V., *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007, str.76.

2 Kristijan, T., *Ljudska prava između idealizma i realizma*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2006., str. 148.

3 Visković, N., *Pojam prava*, Logos, Split 1981., str. 258.

norme, kao njena funkcija - stvarni učinak norme kako na društvo generalno tako i na njegove pojedine elemente.⁴

Odnos između cilja i funkcije pravne norme tako se preklapa tek u onim situacijama kada društveni ambijent može u cjelosti da odgovori postavljenom normativnom traženju. Puno češće realni ambijent nije podesan za potpunu realizaciju cilja, ali to se nadomješta tijesnom vezom koja postoji između ciljeva i funkcija normi. Funkcija je redovno sadržana u samom cilju, tako da stvarni učinak norme predstavlja, bar u izvjesnoj meri, i ostvarivanje cilja.

Ukoliko realizacija cilja pravne norme nije nužno praćena izvjesnošću, opravdano je posvetiti se onom aspektu norme koji taj kvalitet posjeduje, a to je stvarni učinak koji norma proizvodi.

Obzirom na činjenicu da presude Evropskog suda za ljudska prava analiziramo u ovom kontekstu, sa posebnim osvrtom na njihove efekte u nacionalnim porodičnim pravima, dva faktora su osobito važna – ovdje je riječ o normama koje emaniraju vrijednost ljudskih prava i riječ je o društvenim odnosima koji su snažno obilježeni realnim ambijentom u kome se ostvaruju.

Presudama Evropskog suda za ljudska prava tumači se i osigurava primjena normi Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Njihova društvena funkcija nije usmjerena niti na pluralitet interesa, niti na interesne sukobe u društvu, već su one sredstvo promocije i zaštite opšteg dobra shvaćenog u širem evropskom kontekstu, kojima se posredno ili neposredno ostvaruju potrebe i interesi svih, čime su ljudska prava iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama, uostalom, i osigurala svoj najširi legitimitet.

Ovakav solidaristički pristup, koji je nesporan sa aspekta legitimacije presuda na evropskom nivou, u kontekstu svoje konačne realizacije, koja se ostvaruje u okviru nacionalnog pravnog poretka, suočava se, međutim, sa društvenim odnosima koji su determinisani konfliktom interesa pojedinaca i društvenih grupa i gdje zadatak presude više nije samo da promovise i štiti opšte dobro već i da razriješi konflikt osiguravajući konkretni interes.

Analizom presuda Evropskog suda za ljudska prava „razmatranjem društvenih učinaka pravne normativnosti mi odlučno ulazimo u oblast povezivanja zbiljskih društvenih odnosa i aksiološko-teleološke svijesti i normativnosti po kojem se predmet pravnog iskustva pokazuje kao specifičan društveni proces“.⁵

Interesi, vrijednosti i ciljevi sadržani u presudama Evropskog suda namijenjeni su konkretnoj društvenoj stvarnosti koja se, primjenjujući ih, sama mijenja. Ipak, cilj presuda biće ostvaren samo u kontekstu društvene realnosti, kontekstualizacijom evropskog koncepta, kroz svoju društvenu funkciju koja mu osigurava realizaciju.

4 Vračar, S., *Socijalna sadržina funkcije državnopravnog poretka*, Savez udruženja pravnikâ Jugoslavije, Beograd 1965., str. 96.

5 Visković, *ibid.*, str. 261.

3. Društveni učinci presuda Evropskog suda za ljudska prava

Evropski sud za ljudska prava svjestan je činjenice da je Konvencija namijenjena jedinstvenom evropskom javnom prostoru koji još nije sasvim integrisan i kome je još uvijek snažno suprotstavljen autoritet državne suverenosti. Zbog toga se ne može zanemariti činjenica da su rješenja unutrašnjeg prava, obzirom na prava i slobode iz Konvencije, različito normirana i ostvaruju se u različitom obimu u unutrašnjem pravu.

Evropski sud za ljudska prava, u duhu svog sopstvenog stava da državama ugovornicama pripada diskreciono pravo u izboru načina na koji će svoju obavezu primjene Konvencije realizovati, i ne pokušava da nametne univerzalno obavezujući način za ostvarivanje konvencijskog standarda.

On štiti cilj Konvencije, ustanovljavajući minimum koji određeni pravni sistem treba da dostigne, uvažavajući različite društvene funkcije kojima će se konvencijski standard praktično realizovati držeći se zadatak okvira.

Obzirom da su presude Evropskog suda za ljudska prava uslovljene vrijednostima Konvencijske norme i prirodom odnosa koje su njima regulisane, one imaju ulogu mehanizma društvene kontrole.

Mada se društveni odnosi u pravu kontrolišu materijalnom prisilom, provođenje presuda Evropskog suda za ljudska prava sa tim ne može da računa.

Svoj autoritet Evropski sud za ljudska prava crpi isključivo iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenih protokola, dobrovoljnosti preuzetih obaveza od strane država ugovornica i, u krajnjoj instanci, dobrovoljnog priznavanja jurisdikcije Evropskog suda za ljudska prava.⁶ Lišene mogućnosti iznuđivanja prijetnjom ili efektivnom primjenom prisile, presude Evropskog suda računaju na svoje društveno djelovanje kojim će se ostvariti cilj konvencijske norme. Bez obzira na činjenicu što Sud neposredno ne raspolaže ni organima ni sredstvima prinude koji bi osigurali efektivno provođenje njegovih odluka, odluke i presude Suda su nesporno obavezujuće, te presude Evropskog suda za ljudska prava ipak imaju ulogu disciplinovanja pravnih odnosa prema vrijednostima Evropske konvencije.

Presude Evropskog suda za ljudska prava, jednako kao i sve pravne norme, istovremeno razgraničavaju i garantuju oblasti slobode za svoje adresate. Presuđujući prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, u kontekstu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8) i prava na sklapanje braka (čl. 12 Konvencije), Sud uvažava činjenicu da je riječ o pravima za koje su suverene vlasti država ugovornica osobito zainteresovane i koja su na različite načine regulisana u okviru njihovog unutrašnjeg prava.

Efikasnost zaštite konvencijskog standarda koji predstavlja „skup međusobno isprepletenih načela vođenih njihovim međunarodnim kontekstom i konceptom ljudskih prava“⁷ Sud je osigurao utvrdivši autonomni koncept značenja pojmova i

6 Članom 46. Konvencije države članice obavezale su se da će priznati i sve odluke Evropskog suda u sporovima u kojima su bile stranke.
7 Rid, K., *Evropska konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007., str. 45.

standarda iz Konvencije. Na ovaj način koherentni koncept Konvencije je sačuvan od moguće erozije koja bi mu inače prijetila – pojmovi Konvencije su autonomni koncepti i kao takvi trebaju biti shvaćeni van onih značenja koja bi im mogla dati nacionalna prava. Konceptom autonomnog značenja je na pojmovnom nivou osigurana pretpostavka komparabilnosti između unutrašnjeg prava i Konvencije, bez čega ona ne bi bila moguća. Jednoobrazna interpretacija je uslov jednoobrazne primjene svih ljudskih prava iz Konvencije.⁸

Ovakav pristup tumačenju Konvencije Evropskom sudu za ljudska prava dao je mogućnost da procjenjuje primjenu konvencijskog standarda zaštite ljudskih prava u okviru unutrašnjeg pravnog poretka.

Evropski sud za ljudska prava svojim tumačenjem utvrđuje i obim prava garantovanih Konvencijom koje države ugovornice ne mogu ograničiti, niti redefinisati dajući im sopstvenu definiciju.

Čak i u slučajevima kada se Evropski sud za ljudska prava ne poziva na koncept autonomnog tumačenja on pojmove iz Konvencije, poput pojma porodica ili privatni život, tumači u kontekstu njihove suštine, bez ograničenja koja bi mu u tom smislu mogla nametnuti značenja tih pojmova u unutrašnjem pravu.

Pojam privatnog života, uostalom, zbog toga nije ni konačno i iscrpno određen. Umjesto definicije pojma praksa Suda nudi koncept koji se odnosi na sferu neposredne lične autonomije i pokriva različite aspekte fizičkog i moralnog integriteta⁹ i koji, makar to nije uobičajen pristup Evropskog suda za ljudska prava, jasno obuhvata i intimni aspekt seksualnog života u slučajevima odraslih homoseksualaca.¹⁰

U onim slučajevima kada se Konvencija poziva na nacionalne zakone, koristeći izraz „u skladu sa zakonom“, kao u čl. 8(2) pod zakonom će se podrazumijevati samo oni unutrašnji formalni izvori prava koji ispunjavaju uslove u smislu kvaliteta, pristupačnosti i predvidljivosti, i odsustva proizvoljnosti.

Smisao presuda, na ovaj način, nipošto nije diskriminacija ili nejednako tretiranje pravnih subjekata koje se manifestuje kao pogodovanje ili favorizovanje, naprotiv, djelovanju presuda Evropskog suda ovako je namijenjena integrativna funkcija.

Funkcije presuda Suda su zaštita ljudskih prava i integracija nacionalnih pravnih sistema u evropski javni poredak.¹¹

„U tumačenju Konvencije mora se uzeti u obzir njen posebni karakter ugovora za kolektivno provođenje ljudskih prava i temeljnih sloboda (...) stoga, predmet i svrha Konvencije kao instrumenta za zaštitu pojedinačnih ljudskih bića traži da njene odredbe budu tumačene i primijenjene na takav način, da zaštita koju ona daje bude praktična i efikasna (...). uz to, svako tumačenje prava i sloboda koje ona garantira mora biti konzistentno sa 'općim duhom Konvencije, instrumenta koji za cilj ima da održi i promovira ideale i vrijednosti demokratskog društva' (vidjeti presudu Kjeldsen, Gusk Madsen i Pedersen od 7. XII 1976., Series A. no. 23.p. 27, § 53).“¹²

8 Vidjeti: Sadiković, Č., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Magistrat, Sarajevo 2001., str. 65.

9 X. i Y. protiv Holandije, presuda od 26. III 1985., Serija A, st. 22.

10 Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 22. X 1981., Serija A.45, st. 41.

11 Sadiković, *ibid.*, 62.

12 Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 7. VII 1989., Serija A.161, str. 34.

Presude Suda za ljudska prava, u tom smislu, postaju podesan instrument za usaglašavanje pravnih normi nacionalnih pravnih sistema sa konvencijskim standardom, kako ga je Sud, tumačeći odredbe Konvencije, utvrdio za ona ljudska prava koja u tom trenutku obuhvata Konvencija.

Obzirom na dominantno deklaratorni karakter presuda Evropskog suda za ljudska prava, koje svoju obaveznost ne temelje na zastrašivanju i prijetnji prisilnom realizacijom, već na ostvarivanju i unapređenju ljudskih prava, ciljevi političko-pravne ideologije, u čijoj su funkciji, istovremeno pogoduju i pravnim vrijednostima pravde, mira i sigurnosti.

Presude Evropskog suda za ljudska prava su pravne norme kojima je namijenjena funkcija kvalifikacije i kontrole pravnih odnosa.

Kada Sud artikuliše svoj stav o povredi konvencijske norme i dostavi ga stranama u sporu on stavlja do znanja da praksa njenih državnih vlasti, bez obzira o kojoj je vrsti vlasti riječ, krši konvencijski standard zaštite ljudskih prava ili, čak, da njeno nacionalno pravo koje reguliše sadržaj normiran Konvencijom sa njom nije usaglašeno.

Presuda će u svakom slučaju ostaviti državi ugovornici da iznađe podesan način na koji će spriječiti buduća postupanja takve vrste, dajući joj pri tome do znanja da će i naknadne odluke Suda nastaviti da takva ponašanja sankcionišu u svakom narednom slučaju koji bude odražavao tu nedopuštenu praksu.

Sud, naravno, nije ograničen precedentnim postupanjem, nego obično slijedi svoju raniju praksu što ide u prilog ne samo kontinuitetu i konzistentnosti njegovog postupanja, već osigurava i garanciju pravne sigurnosti.

Ovo je posebno značajno obzirom na koncept slobodne procjene koja se ostavlja državama ugovornicama da bi im se osigurao dovoljno širok prostor za konkretizaciju konvencijskog koncepta zaštite, uvažavajući na taj način mogućnosti koje su uslovljene njihovim objektivnim društvenim prilikama.

Konvencija državu tretira kao subjekt kome daje ulogu najznačajnijeg garanta za poštovanje i ostvarivanje svojih prava, ali istovremeno i kao potencijalnu i najozbiljniju prijetnju za njihovo ostvarivanje.

Pristupanjem Konvenciji za državu ugovornicu, u domenu njene primjene, nastaju dvostruke obaveze i odgovornosti: pozitivne i negativne. Konvencija od država ugovornica prvo zahtijeva da poštuju prava koja ona garantuje – da ih ne krše, odnosno da se u njih ne miješaju više nego što je to u demokratskom društvu neophodno i proporcionalno. Na ovaj način formulisana je negativna obaveza države na suzdržanost. Ova obaveza se odnosi na zabranu kako arbitrarnog uplitanja države tako i zadiranja od strane privatnih subjekata. Konvencija državama ugovornicama nameće i pozitivne obaveze i to kao osiguravanje zakonskih i drugih pretpostavki za nesmetano korištenje njom garantovanih prava. Presude Suda su deklaratornog kataraktera, izuzetak je dio presude koji se odnosi na naknadu materijalne i nematerijalne štete izazvane povredom određenog konvencijskog prava, te troškovi postupka. Sud ne propisuje koje konkretne mjere je država ugovornica dužna primijeniti da bi osigurala ostvarivanje pojedinih konvencijskih prava. On jedino utvrđuje da li su mjere (zakonska ograničenja ili sudske sankcije), za koje se ona opredijelila u

konkretnom predmetu i koje je primijenila, bile u skladu sa njenim pozitivnim i negativnim obavezama koje je preuzela pristupanjem Konvenciji i prihvatanjem njenih dodatnih protokola, što je još jedan vid funkcije društvenog nadzora koju imaju presude Evropskog suda za ljudska prava.

Presudom Evropskog suda za ljudska prava se za državu ugovornicu kao obaveze i ovlaštenja označavaju one pravne radnje koje su prema ocjeni Suda realizacija ciljeva i vrijednosti konvencijskih odredbi, i koje se iz tog razloga žele ishoditi postupanjem države ugovornice. Naprotiv, sve pravne radnje koje su u suprotnosti sa ciljem i vrijednošću konvencijskog pravila Evropski sud za ljudska prava označava kao nedopuštene, nastoji ih spriječiti, i u svakom slučaju zahtijeva da se sa praksom takvog ponašanja prekine.

Utvrđivanjem obaveza i ovlaštenja presuda determiniše oblast slobode pravnih subjekata u sporu na koji se odnosi potvrđujući tako svojstvo prava da organizuje slobodu razgraničavajući je i ograničavajući je istovremeno¹³, ograničavajući oblast slobode nacionalnom pravu uslovljavajući time istovremeno da ono osigura i omogući proširivanje ljudskih prava i sloboda u skladu sa konvencijskim standardom za sve koji se nalaze pod jurisdikcijom države ugovornice.¹⁴ Promatrane na ovaj način presude Evropskog suda za ljudska prava imaju jasnu funkciju društvene kontrole.

Država ugovornica Konvenciju može povrijediti ili svojim postupcima ili svojim propustima, tako što ne čini ništa, ili ne čini dovoljno, da bi konvencijska prava u praksi bila osigurana i zaštićena, kako od javne vlasti, tako i od miješanja privatnih osoba i grupa.

Prema dosadašnjoj praksi može se zaključiti da je, polazeći od klasično-liberalne premise koja u juridičkoj tradiciji slobodu shvata prije svega kao odsustvo državne prisile, upravo državna vlast ta koja najopasnije prijeti povredama ljudskih prava. Sud u ovom smislu posebnu pažnju posvećuje negativnim obavezama države, strogo cijeneći da li je poduzeto miješanje bilo neophodno i srazmjerno legitimnom cilju koji se njim htio postići.¹⁵

Iako je kod određivanja pozitivnih obaveza Sud nešto suzdržaniji i neodređeniji nesporno je, prema njegovoj dosadašnjoj praksi, da se određena prava iz Konvencije tumače na način da podrazumijevaju obavezu države da poduzme odgovarajuće mjere i akcije kojima će osigurati njihovu efektivnu primjenu.

Karakter tih pozitivnih obaveza uslovljen je prirodom prava u pitanju.

Problemi transseksualaca su primjer koji pokazuje da se stavovi Evropskog suda za ljudska prava prilagođavaju društvenim promjenama. Nekadašnja praksa, po kojoj ga je odsustvo jasnog konsenzusa među državama ugovornicama opredjeljivalo da državama ugovornicama da široko polje slobodne procjene¹⁶, evoluirala je, ali, bez obzira na tendenciju podnosilaca predstavljeni na nametanje pozitivnih

13 Kant, I., *Metafizika* čudoređa, Matica hrvatska, Zagreb 1999., str. 32.

14 Čl. 1 ECHR

15 Vidjeti: Dudgeon st. 52.

16 Vidjeti presude: Rees protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 17. X 1986., Serija A 106, t. 44; Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 27. IX 1990, Serija A.184, t. 40, X,Y i Z. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 22. IV 1997. st. 44., Izvještaji 1997-II, Vol. 35.

obaveza državama ugovornicama, Evropski sud se još uvijek uzdržava od nametanja strogih zahtjeva.

Ipak, tamo gdje je ugroženo važno individualno pravo, a podnosilac predstavke trpi značajne posljedice može nastati pozitivna obaveza za državu.¹⁷

Najdelikatnija odluka sa kojom se Sud suočava kada su u pitanju pozitivne obaveze države tiče se horizontalnog regulisanja određenih ljudskih prava, gdje se državama ugovornicama ostavlja visok stepen slobodne procjene o neophodnosti, modusima i razmjerama te horizontalne regulacije.

Sud u svojim presudama redovno ističe da njegova uloga nije da, vršeći svoja ovlaštenja, zamijeni nadležne domaće vlasti, već da ispita odluke koje su te vlasti, koristeći se svojom slobodnom procjenom, donijele. U ovom smislu nadzor nije ograničen samo na procjenu da li se tužena država svojim diskrecijskim pravom koristila razborito, brižljivo i u dobroj vjeri. Miješanje koje je predmet razmatanja od strane Suda mora se sagledati u svjetlu slučaja kao cjeline, te utvrditi da li je to miješanje bilo u srazmjeri sa legitimnim ciljem koji se želio postići i da li su razlozi na koje su se pozivale javne vlasti da bi to svoje miješanje opravdale bili važni i dovoljni.¹⁸

Domaće vlasti koristiće mogućnost, u okviru diskrecionog prava koga imaju, da procijene potrebu ograničenja koja nameću u domenu porodičnog prava, obzirom da im je njegov stvarni okvir bliži i poznatiji, što legitimiše i primjenu samog koncepta, ali to nikako ne znači da je država ugovornica neograničena u njegovoj primjeni. „Pravo slobodnog ocjenjivanja domaćeg prava ... ide ruku pod ruku sa evropskim nadzorom.“¹⁹

Iako u nadležnost Evropskog suda za ljudska prava formalno ne spada ovlaštenje da mijenja ili ukida odluke koje su donijela tijela javne vlasti ili presude nacionalnih sudova, to ne umanjuje nadzornu funkciju koju presude Evropskog suda za ljudska prava imaju.

Političko pravne ideologije koje se odražavaju u pravnim odnosima u okviru unutrašnjeg pravnog poretka uvijek su ideologije društvenih grupa koje posjeduju ekonomsku i političku moć. Funkcija pravnih normi i rezultat njihovog djelovanja je, prema tome, zaštita tih interesa. Vrijednosno ideološki koncept na kome počiva normativna kvalifikacija i uređivanje društvenih odnosa u pravu uvijek pripada dominantnoj društvenoj grupi. Dok je pojam dominantne društvene grupe u okviru nacionalnog pravnog sistema relativno lako odrediv, u kontekstu konvencijskog sadržaja to je znatno teži zadatak. Presude Evropskog suda za ljudska prava svoju funkciju nikada ne mogu svesti na kvalitet puke tehnike za razrješavanje interesnih sukoba, mada one i tome nesumnjivo služe, niti ih možemo objašnjavati kao sredstvo prisilnog rješavanja društvenih konflikata koje ima interesno-diskriminatornu funkciju. Istina, iza svake norme postoje interesi njenih donosilaca sa namjerom da

17 B. protiv Francuske, presuda od 25. III 1992., Serija A.232-C i Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 7. VII 1989., Serija A.

18 Vidjeti presudu The Observer & Guardian Newspapers Ltd. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, od 26. XI 1991., A.216.

19 Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 7. XII 1976., Serija A.24.

normom, koliko god je to moguće, osiguraju dominaciju svog interesa i petrificiraju i prolongiraju za njih pogodno stanje u društvenoj stvarnosti.

Kada su presude Evropskog suda za ljudska prava u pitanju, taj interesni motiv dominantne društvene grupe koja donosi pravne norme ovdje referira na Konvenciju kao ugovor visokih strana ugovornica, sklopljen sa namjerom da vrijednost ljudskih prava promoviše kao jedinstven kvalitet u integrisanom evropskom javnom prostoru, a Sud je, u okviru svoje jurisdikcije propisane Konvencijom, zadužen da osigura harmonizaciju i efikasnost njene primjene. Na ovaj način, u kontekstu ostvarivanja konvencijskog standarda nacionalni politički voluntarizam zamijenjen je evropskim depersonaliziranim i depolitizirani pravni mehanizam.

Konvencija je nastala kao izraz zajedničke težnje demokratskih država „sa istim stremljenjima i zajedničkim naslijeđem političkih tradicija, ideala, slobode i vladavine prava, da preuzmu prve korake ka zajedničkom provođenju određenih prava navedenih u Univerzalnoj deklaraciji“²⁰. Konvencija je regionalni ugovor kome su inicijalno pristupile zapadnoevropske države koje su tradicionalno dijelile isti sistem vrijednosti, te konvencijske odredbe nisu znatnije odstupale od vrijednosnog koncepta koji je bio polazište teleološkom tumačenju u njihovom unutrašnjem pravu.

Mada se krug država ugovornica do danas znatno proširio, vrijednosni koncept Konvencije je ostao nepromijenjen, pa presude, kao refleksija konvencijskih vrijednosti, u ovom smislu, imaju integrativnu funkciju.

Presude Evropskog suda za ljudska prava imaju funkciju raspodjele društvenih tereta i dobara prema ideologiji pravde kojom je legitimisana Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, što se ogleda u primjeni principa proporcionalnosti koji Sud primjenjuje u tumačenju odredbi Konvencije.

Potreba da se uspostavi odgovarajuća ravnoteža između različitih suprotstavljenih interesa obilježje je tumačenja Konvencije koje je stekao status opšteg principa.²¹ Njegova primjena, obzirom da je usmjeren na utvrđivanje nužnosti mjere koja se poduzima, posebno je značajna u sferi primjene člana 8 Konvencije, obzirom na restriktivni karakter mjera iz drugog stava koje moraju biti „neophodne u demokratskom društvu“. U ovom smislu princip proporcionalnosti je i dio osnove za utvrđivanje pozitivne obaveze aktivnog djelovanja država ugovornica obzirom na pravičnu ravnotežu između interesa zajednice i interesa pojedinca.²² Njegova realizacija podrazumijeva proporcionalan i racionalan odnos između upotrebljenih sredstava i cilja čijem ostvarenju su ona namijenjena²³, odnosno balansa između interesa titulara konvencijskog prava i interesa zajednice koji je predmet spora.

Cilj utvrđivanja proporcionalnosti je utvrđivanje ravnopravno raspoređenih tereta kojim bi se interesi pojedinca zaštitili, odnosno postojanja podesnog instrumentarija u nacionalnom pravu koji bi to osigurao, bilo postojanjem primjerenih postupaka ili sistemom pravnih lijekova.

20 Preambula Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama

21 Vidjeti šire: P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u saradnji sa A.W. Heringa et al., *Teorija i praksa Evropske Konvencije o ljudskim pravima*, Muller, Sarajevo 2001., str.74., Dimitrijević et al., *ibid.* str.80, Rid, *ibid.* str. 55.

22 Rees, presuda od 17. X 1986., A.106

23 Vidjeti: James and Others Case, presuda od 21. II 1986., A.98

Primjerenost primjene podrazumijeva da odstupanje nije pretjerano u odnosu na legitimne potrebe i interese koji su inicirali njegovu primjenu.

Primarna funkcija pravnih normi je zaštita postojećih i uspostavljanje novih društvenih odnosa koji, u grancama tih pravnih normi, služe ne samo disciplinovanju i održavanju postojećeg stanja već i njegovom unapređivanju i transformisanju.

U ovom kontekstu, kada su presude Evropskog suda za ljudska prava u pitanju, kao sredstvo ostvarivanja konvencijske norme, uz poštovanje ljudskih prava one su motivisane i vrijednostima slobode i vladavine prava koje su temeljni principi integracije u evropski javni prostor. Na ovaj način presudama se dodatno osigurava legitimacija procesu harmonizacije nacionalnog prava sa evropskim pravnim standardom.

Ova funkcija presuda Evropskog suda za ljudska prava može se imenovati promocijskom i reformatorkom.²⁴

Proces harmonizacije u unutrašnji pravni sistem pored postojeće političko-pravne ideologije internalizira i dominantnu evropsku političko-pravnu ideologiju konkretizovanu u evropskom pravnom sistemu. Harmoniziranje nacionalnih pravnih normi sa presudama Evropskog suda za ljudska prava pretpostavlja internaliziranje vrijednosti eksternog evropskog standarda u domaće pravne sisteme.

Kod harmonizacije nacionalnog prava sa konvencijskim standardom posebno je značajno pitanje koje se tiče doktrine slobodne ocjene koju Evropski sud za ljudska prava praktikuje kod utvrđivanja da li se, i u kolikoj mjeri, specifičnosti nacionalnog prava, manifestovane kao odstupanja, odražavaju na koncept konvencijskog standarda i da li se on i pored toga održava. Različite, nekada i vrlo udaljene prakse Sud primjenom doktrine slobodne procjene valorizuje u kontekstu cilja i funkcije koju konvencijska norma u konkretnom ambijentu ostvaruje. Mada ne postoje konačno utvrđena i nesporna pravila koja se odnose na primjenu doktrine polja slobodne procjene, određene smjernice ipak postoje.²⁵

Tamo gdje ne postoji uniformni koncept opravdano je prihvatanje različitih rješenja i pristupa u nacionalnim pravnim sistemima.²⁶

Nedostatak konsenzusa ili zajedničkog stava Sud je opredijelio da se uzdrži od nametanja obaveza državama ugovornicama u predmetima koji su ocijenjeni kao kontroverzni²⁷, dok se, tamo gdje postoji, široka saglasnost država-članica oko primjene određenih standarda ista uzima u obzir.²⁸

24 Nominalno određenje prema Viskoviću, *ibid.*, str. 267.

25 Vidjeti šire: Van Dijk *et al*, *ibid.*, str. 81.

26 Ipak, razmatrajući predmet Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva Evropski sud za ljudska prava je, bez obzira na uvažavanje različite percepcije moralnih vrijednosti, objasnio da to ne znači da je neprihvatljivo uniformnost tražiti u jednoj određenoj oblasti. Sud je zaključio da su, uprkos polju slobodne procjene, organi Konvencije bili ti koji su trebali dati konačnu procjenu i donijeti odluku da zabrana koja se odnosila na homoseksualne aktivnosti odraslih osoba u Sjevernoj Irskoj nije bila neophodna u cilju da sačuva moralne standarde i zaštiti osjetljive članove društva.

27 Predmeti: Rees, st. 37., Cossey st. 40., B. Protiv Francuske st. 48.

28 Slučaj tjelesnog kažnjavanja, presuda Tyrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva, od 25. 4. 1978, A.26, st. 31 i 38, presuda Dudgeon, st. 66., i pravno priznanje pola za transseksualce, presuda Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, od 11.VII. 2002.

Ostvarivanje konvencijskog prava koje je postavljeno kao cilj relevantnije je od načina na koji se on postiže, a koji je uslovljen konkretnim i neujednačenim okolnostima u različitim pojedinačnim nacionalnim pravnim ambijentima.

Ukoliko je mjera domaćih vlasti usmjerena ka cilju pravne norme i ostvarivanje konvencijske vrijednosti, bez obzira na skroman društveni efekat koji to potvrđuje, Sud će u skladu sa doktrinom slobodne procjene naći da je ista opravdana.²⁹

Mada izuzetno značajna, ova funkcija presuda Evropskog suda za ljudska prava do sada je realizovana u skromnom obimu.³⁰ Suzdržanost proizlazi iz specifičnosti i značaja sadržaja koji je normiran nacionalnim pravom i njegove povezanosti sa stepenom razvoja društvene svijesti u svakoj državi ugovornici Konvencije.

4. Zaključak

Sadržajem Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama kreiran je jedinstven normativni dokument regionalnog karaktera, a tumačenje i nadzor nad njegovom primjenom povjereni su Evropskom sudu za ljudska prava. Sud je neizvjesnost ostvarivanja postavljenog mu zadatka kompenzirao činjenicom izvjesnosti društvenog djelovanja svojih presuda, koje cilj Konvencije realizuju u skladu sa mogućnostima konkretnog društvenog i pravnog ambijenta. U nacionalnim porodičnim pravima ovo je značajno jer su presude Evropskog suda za ljudska prava norme koje emaniraju vrijednost ljudskih prava i koje se odnose na društvene odnose koji su snažno obilježeni realnim ambijentom u kome se ostvaruju.

Obzirom da su presude Evropskog suda za ljudska prava uslovljene vrijednostima konvencijske norme i prirodom odnosa koji su njima regulisani, one imaju ulogu mehanizma društvene kontrole kojima je namijenjena i funkcija kvalifikacije pravnih odnosa. Presude su, uz to, podesan instrument za usaglašavanje pravnih normi nacionalnih pravnih sistema sa konvencijskim standardom, za ona ljudska prava koja u tom trenutku obuhvata Konvencija.

Ovo je posebno značajno obzirom na koncept slobodne procjene koja se ostavlja državama ugovornicama da bi im se osigurao dovoljno širok prostor za konkretizaciju konvencijskog koncepta zaštite, uvažavajući na taj način mogućnosti koje su uslovljene njihovim objektivnim društvenim prilikama. Mada u nadležnost

29 U ovom smislu Sud se kod ocjene navodne diskriminacijske prirode danskog sistema vremenskih ograničenja za pokretanje postupka za dokazivanje očitstva, što se odnosilo samo na muškarce, pozvao na nedostatak zajedničkih osnova i zaključio da su domaće vlasti imale pravo da misle da poduzeta mjera u domaćem pravu osigurava pravnu sigurnost i zaštitu djeteta. Vidjeti presudu Rasmussen od 28. XI 1984., A.87, t.15.

30 U kontekstu opštih razmatranja o pitanjima iz domena homoseksualnosti doprinos koji su organi Konvencije dali u borbi s problemom stigmatizacije i diskriminacije homoseksualaca je ograničen i tek posljednjih godina Sud pokazuje veću spremnost za preispitivanje nepovoljnog tretmana pojedinaca na osnovu njegove seksualne orijentacije. Jednako tako, pravo na brak prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, još je okrenuto njegovom tradicionalnom konceptu. Pravo sklapanja braka i dalje se, prema članu 12 Konvencije, odnosi na lica suprotnog biološkog pola, a tumačenje se podržava pozivanjem na zaštitu porodice. Obzirom na moguću širinu pojma, Evropski sud za ljudska prava do sada je razmatrao relativno mali broj predmeta koji su se bavili „privatnim životom. Vidjeti šire: Rid, *ibid.*, str. 411., 458., 512.

Suda formalno ne spada ovlaštenje da mijenja ili ukida odluke koje su donijela tijela javne vlasti ili presude nacionalnih sudova, to ne dovodi u pitanje nadzornu funkciju koju presude Evropskog suda za ljudska prava imaju i koja uz to ima i usmjeravajući efekat na buduća zakonodavna rješenja u nacionalnom pravu, kao i na praksu već postojećih, u skladu normativnim značenjem koje im je Sud svojim presudama dao.

Presudama se tako determiniše oblast slobode pravnih subjekata u sporu na koji se odnose potvrđujući time svojstvo prava da organizuje slobodu razgraničavajući je i ograničavajući je istovremeno.

Uz ovo, presudama Evropskog suda za ljudska prava svojstvena je i funkcija raspodjele društvenih tereta i dobara prema ideologiji pravde kojom je legitimisana Evropska konvencija, što se ogleda u primjeni principa proporcionalnosti koji Sud primjenjuje u tumačenju odredbi Konvencije.

Funkcija pravnih normi uvijek je zaštita postojećih i uspostavljanje novih društvenih odnosa u grancama tih pravnih normi. Presude Suda, u tom smislu, služe ne samo disciplinovanju i održavanju postojećeg stanja već i njegovom unapređivanju i transformisanju. S ovog aspekta presude Suda imaju promocijalnu i reformatorsku funkciju.

Uz sve navedene aspekte djelovanja presude Evropskog suda za ljudska prava svojim autoritetom i persuazivnim djelovanjem usmjeravaju percepciju javnosti prema vrijednostima koje zagovaraju, računajući pri tome sa izvjesnošću svojih društvenih efekata kojima će uticati ne samo na konkretnu društvenu stvarnost već i na širi evropski kontekst.

Društvena funkcija presuda Evropskog suda za ljudska prava nije usmjerena niti na pluralitet interesa, niti na interesne sukobe u društvu, već su one sredstvo promocije i zaštite opšteg dobra shvaćenog u širem evropskom kontekstu, kojima se posredno ili neposredno ostvaruju potrebe i interesi svih. Obzirom na činjenicu da cilj presuda Evropskog suda za ljudska prava, ostvarivanje prava i sloboda utvrđenih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, u okvirima nacionalnog prava visokih strana ugovornica nije moguće realizovati na jednoobrazan način, njihov cilj zbog toga nije kompromitovan i iluzoran. Cilj presuda se, istina posredno, ostvaruje putem društvene funkcije presuda Evropskog suda za ljudska prava. Realizacija se ostvaruje u razičitim aspektima, manifestujući se kao kontekstualizacija konvencijskog koncepta osiguravajući tako ako ne identičan nivo realizacije garantovanih prava, onda sigurno značajnu ujednačenost međusobno različitih nacionalnih praksi, što je, obzirom na objektivne faktore koji do toga dovode, i najviše što se u kontekstu ostvarivanja Konvencije može postići. Ipak, za aktivnu uloga Evropskog suda za ljudska prava, korištenu u smislu zauzimanja jasnih stavova o pitanjima iz porodičnog prava svakako ima još dovoljno i interesa i prostora.

THE SOCIAL FUNCTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The content of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms created a unique normative document of regional importance, and the interpretation and monitoring of its implementation are entrusted to the European Court of Human Rights. The Court compensated the uncertainty of this job by the certainty of the social effects of its verdicts, achieving the goal of the Convention in accordance with the possibilities of concrete social and legal environment. This is important in the context of the national family laws, as the rulings of the European Court of Human Rights emanate human rights values and reflect social relationships strongly marked by the actual environment in which they are exercised.

The social function of the verdicts of the European Court of Human Rights is not directed either to the plurality of interests, nor to the conflict of interests in the society, but they are a means of promoting and protecting the common good in the wider European context, which is indirectly or directly catering for the needs and interests of all.

Through the analysis of judgments of the European Court of Human Rights, and consideration of the social effects of legal normativity, we enter the area of linking real social relations and axiological-teleological awareness and normativity through which the subject of legal experience becomes a specific social process.

Since the rulings of the European Court of Human Rights are conditioned with the values of Convention standards and the nature of relationships that are regulated by them, they act as a mechanism of social control which is meant to qualify legal relations. Furthermore, rulings are a suitable instrument for the harmonization of the national legal system's norms with Convention's standards for those human rights that are currently included in the Convention.

This is particularly significant given the concept of free appreciation which is left to the Contracting States to ensure that they have enough space for the concretisation of the Convention's concept of protection, respecting thus the opportunities that are created by their objective social conditions.

Although it formally falls out of the jurisdiction of the Court to alter or abolish decisions made by public authorities or judgments of national courts, it does not put in question the supervisory function that the rulings of the European Court of Human Rights have, and its power to channel the future legislative solutions in the national law, and the application of the already existing ones, according to the normative meaning given to them by the Court.

Rulings also determine the area of freedom of legal entities in a dispute, thus confirming the faculty of law to organize freedom by delineating it and limiting it at the same time.

In addition to this, the rulings of the European Court of Human Rights inherently have the function of distribution of social burdens and goods in accordance with the ideology of justice which legitimized the European Convention; this is reflected in the application of the principle of proportionality which the Court applied in the interpretation of the provisions of the Convention.

The function of legal norms is always the protection of existing and establishment of new social relations, within the limits of the legal norms. The Court's rulings, in this respect, serve not only to discipline and maintain the current situation, but also to improve and transform it. From this point of view, the Court's rulings have a promotional and reformist function.

With all of these aspects, a ruling of the European Court of Human Rights with its authority and persuasive action directs the public perception to the values that it advocates, including the certainty of its social effects which will affect not only the concrete social reality, but also the wider European context.

The legal theory approach to the piece is based on the use of generalizations, dogmatic, teleological, axiological and sociological methods.

Keywords: ruling of the European Court of Human Rights, the goal and functions of the ruling, the effects of the ruling in the domestic legal order, national family law.

II Sesija

Prof. dr. Nenad Hlača
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

SLUČAJ MIKULIĆ I HRVATSKI PRAVNI SUSTAV

Slučaj Mikulić protiv Hrvatske iz prakse Europskog suda za ljudska prava povod je razmatranju pravnih i društvenih sadržaja očinstva u kontekstu prava djeteta na saznanje podrijetla. U radu se uspoređuju povijesna i novija iskustva iz usporednog prava. Sporovi o podrijetlu djeteta uvijek polaze od volje majke, da li će, koga i kad tužiti, odnosno ukazati na potencijalnog oca nakon čega državna tijela poduzimaju korake sukladnu zakonu. No što u završnici dobivamo pravomoćnom presudom o utvrđivanju očinstva? Rijetki optimisti reći će ljubav i odgovorno roditeljstvo. Pravno dobivamo ono što se naziva odsutnog oca kojeg ćemo možda presudom prisiliti da plaća uzdržavanje ovisno o volji majke da pokrene postupak.

Ključne riječi: Očinstvo, sporovi o podrijetlu djeteta, pravo djeteta na saznanje podrijetla, odsutni očevi koji plaćaju.

Naslov je, naravno, samo inicijalni putokaz istraživanja, a polazna hipoteza fokusirana je na dijete kojem se utvrđuje očinstvo kao „*neželjena, usputna posljedica*“ spolnog čina. Pitanje je u kojoj granici civilizacija može utjecati na razum kao poželjan kriterij za stupanje u spolni odnos. Tradicionalna su društva vrlo strogim i kompleksnim sankcijama nastojala utjecati na ponašanja ljudi u sferi spolnosti. Pa čitavo je obiteljsko pravo i nastalo i opstalo kao odgovor društva, pa kasnije i zakonodavca, na probleme koji su povezani s ljudskom spolnošću. Istraživanja suvremenog roditeljstva dovode do zaključka da je, čini se, najvažnija kvaliteta bračnih odnosa prije rođenja djeteta.¹ Dvojbeno je dakle što će kasnije biti s inicijalno neželjenim, odnosno slučajnim roditeljstvom. Svete knjige pet religija, Budizama, Hinduizama, Islama, Judaizama i Kršćanstva, koriste vrlo slične mehanizme u postavljanju granica u domeni spolnog ponašanja. Te sličnosti pojašnjavaju se kao zajednička kulturna rješenja kompliciranih bioloških posljedica spolnih odnosa kojima se nastoji kanalizirati ženska seksualnost i učiniti očinstvo izvjesnim budući je ono pretpostavka patrijarhalnih odnosa. U tom kontekstu shvatit ćemo i predmnjevu bračnog očinstva kao svojevrsan „kontrolni mehanizam“ ženske seksualnosti. „Obitelj je krhka dinamička struktura osjetljiva na vanjske utjecaje i unutarnje promjene koje proizlaze iz promjena u njezinoj strukturi, u članovima i promjenama odnosa njezinih članova.“² Svaka promjena nekog elementa statusa remeti postojeću strukturu, dok s druge strane odluka suda o promjeni statusa,

1 Čudina-Obradović, Mira, Obradović, Josip, Potpora roditeljstvu: izazovi i mogućnosti, Revija za socijalnu politiku, 10, 2003., br.1, str. 60.

2 *Loc. cit.*

primjerice kod utvrđivanja očinstva, predstavlja samo osnovu na kojoj se mogu ali i ne moraju graditi neki novi obiteljski odnosi.

Pravni pristup trebao bi polaziti od kogentnosti i nepromjenjivosti bioloških uloga. U pravu kao da se zaboravlja da priroda uvjetuje primarnost jednog pravnog subjekta. Biološki spolovi nisu jednaki. Muški i ženski spol nisu istog biološkog statusa, a slijedom toga ni posljedično jednakopravni. Ženski je spol nužno biološki determiniran da bude jači. Suvremene škole prava polaze od ljudskih prava svih aktera u igri, pa tu još uvode i pravo na privatnost. Pravo kao nesavršen instrument pokušava „savršeno“ riješiti posljedice odnosa u koje stupaju živa bića vođena iracionalnim spolnim nagonom. Povijesno, a čini se i danas, muškarac može, čitaj treba, imati neograničen broj veza koje su poželjan dokaz njegove rasplodne snage, a žena je, ako se ponaša na isti način „kurva“ na što ćemo ju javno podsjetiti u postupku pred sudom kod utvrđivanja izvanbračnog očinstva kad tuženi ulaže prigovor više suložnika i predlaže na tu okolnost saslušanje svjedoka. Posredno, značaj prava ogleđa se i u kontekstu seksualnih sloboda i privatnosti preko pravnih sadržaja veze majka - dijete i otac - dijete. Što pravni poredak dosljednije štiti dijete prinudnim normama, to posredno osnažuje javni moral unaprijed propisujući postupanje i stavljajući u izgled posljedice u slučajevima neželjenog roditeljstva. Potpuno su istu svrhu imali i sustavi moralno - religijskih sankcija tijekom povijesti. Da li je itko razmišljao da povijesni prigovor više suložnika majke u postupcima utvrđivanja očinstva danas znači neosnovano zadiranje u pravo na privatnost majke. Odnos prema spolnosti radikalno se izmijenio unazad pedesetak godina. Možda je ovdje prilika za izricanje zahvale kroz sjećanje na misli našeg dragog profesora Vojislava Bakića koji nas je učio koji su sadržaji i smisao prigovora više saložnika majke i što su to takozvani „očevi koji plaćaju“.³

Pravni poredak, ako već u tolikoj mjeri uvažava pravo na privatnost, mora biti svjestan da je životno izvjestan sukob tih istih prava kod pravnih subjekata koji su u igri u svezi s roditeljstvom. Primjer je pravo samohrane majke da dođe do željenog djeteta bez društvenih i pravnih sadržaja očinstva. Pitanje je koje će pravo u datom trenutku pravni poredak prepoznati kao primarno, da li pravo djeteta na očinstvo ili pravo majke na tajnost, odnosno privatnost u izboru modela obiteljskog života i roditeljstva.

Možda nije šire poznat primjer normativnog modela Građanskog zakona iz Portugala (1966.) koji u slučaju rođenja izvanbračnog djeteta predviđa *ex offio* po javnim ovlastima postupak radi utvrđivanja djetetova podrijetla.⁴ Sukob dvaju prava na privatnost nije riješen *win win* modelom, već je interes države za podacima o genetskom identitetu oca prevladao nad interesom žene glede privatnosti njezinog spolnog života. Bez obzira na plemenite namjere zakonodavca u kontekstu promicanja kao primarnog prava djeteta, postavlja se pitanje na koji će način državna tijela doći do potencijalnog tuženika ako majka odbija suradnju?

³ Bakić, Vojislav, Porodično pravo, dvanaesto dopunjeno i izmjenjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 262.

⁴ Machado, H, Biologising Paternity, Moralising Maternity: The Construction of parenthood in the Determination of Paternity Through the Court sin Portugal, Fem Leg Stud (2008) 16:215-236, DOI 10.1007/s10691-008-9089-y, Published on line: 1 August 2008.

Osobno smatram da je predmet Mikulić lijep primjer onoga što se naziva normativni optimizam.⁵ Taj predmet koji je završio pred Sudom u Strasbourg u doveo je do izmjena Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske i izmjena obiteljskog zakonodavstva.⁶ U literaturi se navodi da je taj slučaj potaknuo zakonodavca da „uvrsti“ i pravo na suđenje u razumnom roku u katalog pozitivnih prava.⁷

U slučaju Mikulić iz 2002. godine Europski sud ukazuje na obvezu države da omogući učinkovit postupak u kojem će se utvrditi identitet oca djeteta koje je rođeno izvan braka. Država mora ostvarivati pozitivne obveze za djelotvorno ostvarenje prava na privatni i obiteljski život. „Međutim, granice između pozitivnih i negativnih obveza države na temelju članka 8. nije lako precizno definirati. Pri utvrđivanju postoji li takva obveza ili ne postoji, potrebno je uzeti u obzir pravednu ravnotežu koju treba uspostaviti između općih interesa i interesa pojedinca, a u oba slučaja država uživa određeno područje slobodne prosudbe.“⁸

Iz slučaja Mikulić ukazat ćemo na neke zanimljive činjenice u svezi s tijekom postupka. Na ročištu 14.10.1998. novi opunomoćenik HP tvrdio je da je u relevantno vrijeme majka podnositeljice zahtjeva, osim s HP-om imala odnose i s drugim osobama (*exceptio plurium concubentium*) te predložio da sud pozove nekoliko svjedoka. Na ročištu 21.1.1999. saslušana su samo dva svjedoka, dok drugi svjedoci nisu pristupili. Na ročištu 29.2.2000. šesti je put zakazan pregled za DNA testove na koje HP nije došao. U prvostupanjskoj presudi 12.7.2000. sud je utvrdio da činjenica što je tuženik izbjegavao DNA testove išla u prilog tužbenom zahtjevu podnositeljice zahtjeva. Županijski sud je 2001. ukinuo prvostupanjsku presudu i predmet vratio na ponovni postupak. Taj je sud prvostupanjskom sudu naredio da sasluša nekoliko svjedoka koji su prema tvrdnjama HP tijekom kritičnog razdoblja imali intimne odnose s majkom podnositeljice zahtjeva.

Osobno smatram da je uobičajeni prigovor više suložnika majke i predlaganje saslušanja svjedoka čisti relikv srednjovjekovnog germanskog prava, što potkrepljujem ovim primjerom: *“U slučaju impotencije u parnicama o nemoći ili neizvršenosti ženidbe vazda se radi o dokazu da ženidba putenim općenjem nije bila izvršena. Ako to ionako nije dokazano dokazuje se svjedocima i tjelesnim pregledom. Osobit je iz germanskog prava preuzet dokaz svjedocima taj da je svaki suprug dužan dovesti po sedam svjedoka iz kruga svojih rođaka ili znanaca koji će pod prisegom utvrditi vjerodostojnost njihovih izjava. Kodeks zatim daje potanke propise o tjelesnom pregledu muža odnosno žene po vještacima koje je obično potrebno.“⁹*

5 Mikulić protiv Hrvatske, presuda 7.2.2002., br.53176/99, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-60035>, posjećeno 12.2.2017.

6 Narodne novine, 49/2002. Narodne novine, 116/2003.

7 Korać, A, Izbjegavanje medicinskog vještačenja i razumni rok u paternitetskim sporovima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52, 2002, br.6, str. 1253-1284.

8 Omejec, J, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava Strasburški *acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013., str. 861.

9 Gross, K, Udžbenik crkvenoga prava Katoličke crkve, Naklada školskih knjiga i tiskanica Kr. banske uprave Savske banovine, Zagreb, 1930., str. 440.

Pitam se pitam kako se biraju svjedoci, što ih se i kako pita i koja je dokazna snaga njihovih tvrdnji ... čini se da i nismo toliko napredovali kao što si zamišljamo.

U slučaju Mikulić Europski sud je zaključio da ustavna tužba nije bila učinkovito pravno sredstvo. Promjena je uslijedila tek 2002. godine izmjenom Ustavnog zakona o Ustavnom sudu prema kojoj je tek odluka ustavnog suda po ustavnoj tužbi značila da su iscrpljena sva pravna sredstva zbog povreda prava na pravično suđenje u razumnom roku. Ne treba biti posebno mudar da se postojanje takvog prava zapravo pretpostavlja i bez izričitog navođenja. Slučaj Mikulić samo je upozorio na važnost slobodne ocjene dokaza, što je novelom Obiteljskog zakona iz 2003. dodatno osnaženo. Uporište za takvo shvaćanje je i tada već prihvaćen kriterij najboljeg interesa djeteta na saznanje podrijetla.

Hrvatski sudovi doista nisu vodili računa o interesima djeteta u postupku u kojem se tuženik šest puta nije odazivao na poziv suda da sudjeluje u postupku vještačenja. Pitanje je li sud po službenoj dužnosti, polazeći od prava djeteta, trebao čekati da tužiteljica predloži provođenje DNA vještačenja. Prvostupanjski je sud u presudi, polazeći od slobodne ocjena dokaza, bio odlučio da sve okolnosti slučaja ukazuju da je tuženi otac djeteta što je u kasnijem postupku osporeno. Europski sud je zaključio da apstraktna postupovna odredba ne predstavlja dovoljnu garanciju zaštite interesa djeteta kad tuženi izbjegava pozive za provođenjem DNA vještačenja. Tim stajalištem Europski sud posredno je prisilio hrvatskog zakonodavca da ugradi učinkovitije procesno sredstvo za slične slučajeve. Pravo na saznanje činjenica na kojima se gradi osobni identitet ovaj Sud također podvodi pod pravo na privatnost. Nije li prigovor više suložnika majke u tom istom paternitetskom sporu čisti atak na privatnost majke? U toj borbi istovrsnih prava prednost, čini se, treba dati pravu djeteta na privatnost kao pretpostavke saznanja za njega važnih činjenica za izgradnju osobnog identiteta. Upravo ta produžena neizvjesnost glede osobnog identiteta bila je presudna da Europski sud zaključi da je u slučaju Mikulić došlo do povrede prava iz čl. 8 Europske konvencije.

Slučaj Mikulić potaknuo je 2002. izmjene tadašnjeg Obiteljskog zakona na način da je neodazivanje na provođenje medicinskog vještačenja tijekom dokaznog postupka neophodno slobodno ocijeniti i to u roku od najduže tri mjeseca. Novi pristup spolnosti napose mlađih generacija sudaca i odvjetnika trebao bi utjecati na nestajanje prigovora više suložnika majke iz prakse budući se radi o ponižavajućem predlaganju nebrojenih svjedoka (*hipotetski i više od sedam obvezatnih!*) ishod čijih je saslušanja u pravilu sasvim bespredmetan. U slučaju Mikulić i u svakom postupku utvrđivanja očinstva treba podsjetiti da sve velike fraze o dobrobiti, osobnom integritetu, najboljem interesu djeteta... zapravo zapinju već prvog dana kad presuda postane pravomoćna jer dijete dobiva samo „*absent father for child support*“. Pitanje je da li dijete presudom doista može dobiti oca koji ga voli i koji će mu biti odani oslonac tijekom odrastanja i kasnije u životu.

Nažalost jedan od razloga neučinkovitosti hrvatskog pravosuđa je i zloraba procesnih ovlasti. Slučaj Mikulić potakao nas je na istraživanje je li doista i danas primjeren prigovor više suložnika majke i saslušavanje (!?) nebrojenih „svjedoka“. Osobno smatram da je to povijesni relikv koji grubo zadire u pravo na privatnost

majke, ne doprinosi unapređenju prava djeteta na saznanje podrijetla i koji je kao stvoren za zlorabu. Mišljenja sam da je prigovor danas bespredmetan i da bi ga zakonom trebalo zabraniti.

Delikatan sukob interesa i prava subjekata uključenih u postupke utvrđivanja očinstva, kao i u svim ostalim paternitetskim i maternitetskim sporovima voljom zakonodavca moguće je prerezati obvezatnošću DNA testiranja. Taj zahvat nije invazivan, postao je jeftin i dostupan, čak se nudi na tržištu u vidu paketa za samopomoć. U slučajevima da sa radi o počinjenju kaznenih djela najnormalnija stvar je provođenje DNA vještačenja, naravno bez pristanka glede zadiranja u tjelesni integritet. Primjer je počinjenja kaznenog djela silovanja majke. Budući da u slučaju utvrđivanja očinstva država nema drugog prikladnijeg i pouzdanijeg sredstva provjere biološke egzaktnosti genetskog identiteta, moguće je prinudnost iz kaznenog postupka proširiti na građanske postupke u svezi s podrijetlom djeteta. Država može interes djeteta proglasiti primarnim i vitalnim, a osim toga jedno vađenje krvi u medicinskoj ustanovi doista ne ugrožava tjelesni integritet tuženoga.

Međutim zanimljiva se znanstvena rasprava vodila upravo oko obvezatnosti vještačenja u svezi s očinstvom. Trend ka univerzalnosti prava svih ljudskih bića da im bude poznata činjenica genetskog podrijetla: onih koje pokriva predmnjeva bračnog očinstva, a začeti su u preljubu, izvanbračnog očinstva do djece začete potpomognutom oplodnjom ili posvojene djece, dovela je do prijedloga o rutinskom DNA testiranju. Rutinskim DNA testiranjima doista bi otpala potreba za bespredmetnim suglasnostima i/ili pristancima koji se traže kod utvrđivanja očinstva priznanjem. Međutim ipak se zaključuje da bi takva praksa bila moralno neprimjerena i da bi dovodila do nepovoljnih situacija za dijete napose dok je ono maloljetno.¹⁰ Upozoreno je da je biološki status žene, a time posljedično i njezina prava ipak dominantni. Američki vrhovni sud smatra da primarno pravo žene da začne i odlučuje o podizanju djeteta uključuje i pravo na izbor obiteljskog života kao njezin „*vital personal interest*“.¹¹ I u famoznom *Roe v. Wade* apostrofirano je pravo žene da bude zaštićena od za nju neprihvatljiva zadiranja u privatnost glede začeca, trudnoće i majčinstva.¹² Polazeći od tog zaključka ima osnove da se to pravo smatra primarnim te da ono na neki način priječi kogentnost DNA vještačenja u dvojbama u svezi s očinstvom. Bez inicijalno slobodno izražene volje žene u kojem pravcu krenuti radi ostvarivanja prava djeteta nema postupaka utvrđivanja očinstva. Jedina iznimka bio bi kazneni progon u slučaju počinjenja kaznenog djela silovanja žene koja je ostala trudna u braku ili mimo braka.

Suvremena biotehnologija ruši izvjesnost strogih prirodnih zakonitosti i relativizira ideju prava. Tako kod umjetne oplodnje samohrane majke nisu primarna prava djeteta već žene da spermom XY postane majka. Podrijetlo djeteta od oca tada ostaje jednadžba s dvije nepoznanice X i Y. Odvajanjem začeca od spolnog čina doniranje sperme prestaje biti uzročno povezano s pravnim i društvenim

10 Malek, J, Routine Paternity Testing: Finding the Right Ethical Paradigm, *The American Journal of Bioethics*, 13, 2013, br.5, str. 45.

11 Heidt-Forsythe, E, L.McGowan, M, Whose Right to Know? The Subjectivity of Mothers in Mandatory Paternity Testing, *The American Journal of Bioethics*, 13, 2013, br.5, str. 42-62.

12 *Loc.cit.*

sadržajima očinstva. Dolazimo do sličnih slučajeva za koje ne vrijedi mogućnost primjene istovrsnih pravnih standarda. U kategoriji ljudskih bića imamo one koji su jednaki i one koji su jednakiji. Danas imamo ljudska bića koja grade svoj identitet bez spoznaje o genetskom podrijetlu. Kod posvojenja se uvodi pravo djeteta na saznanje „*nekih činjenica*“, isto se pokušava kod potpomognute oplodnje. Da li je moguće jednakopravno zaštititi pravo na identitet sve djece preko spoznaje činjenica o genetskom podrijetlu? Da li bi trebao postati primaran interes djeteta preko kogentnosti, obvezatnosti utvrđivanja očinstva i majčinstva kao bioloških kategorija kao pretpostavke izgradnje identiteta sve djece bez obzira u kakvoj su spolnoj vezi začeta ili na svijet došla potpomognutom oplodnjom.

Zapravo sve dvojbe kojima se ne vidi rješenja već su jednom bile riješene u iskustvu vraćanja na obvezu vjernosti i čistoće bračnog života. Naišao sam na presude građanskog suda u Egiptu koji bez obzira na provedena vještačenja glede dvojbi o bračnoj vjernosti supruge odbija osporiti bračno očinstvo djeteta budući bi osporavanje bilo protivno „*jačim*“ pravilima Islamskog prava.¹³ U tom slučaju primarnom se smatra vrijednost morala kao religijska kategorija, a ne neke egzaktne DNA činjenice. Možda ne razmišljamo da je moguće tumačenje da je i ta odluka *in the best interest of the child* budući je očuvana obiteljska zajednica, a majka i dijete nisu odbačeni i izloženi stresu raspada obitelji i neizvjesnoj potrazi za osobom koja će izvršavati sadržaje očinstva.

Prava djeteta postala su podvojena kategorija i gube klasičan smisao u globalnoj trgovini reproduktivnim materijalom. Najviši standard koji je pravno moguće postići je pravo sve djece začete potpomognutom oplodnjom da budu upoznata s genetskim korijenima na način kao što je to obvezatno i dostupno posvojenoj djeci. Sporovi o podrijetlu djeteta uvijek polaze od volje majke, da li će, koga i kad tužiti, odnosno ukazati na potencijalnog oca nakon čega državna tijela poduzimaju korake sukladno zakonu. No što finalno dobivamo pravomoćnom presudom o utvrđivanju očinstva? Rijetki optimisti reći će ljubav i odgovorno roditeljstvo. Pravno dobivamo ono što se naziva „*absent father for child support*“ u jednini, zahvaljujući pouzdanosti vještačenja, a ne više u množini ***očeve koji plaćaju*** kako nas je nekad učio profesor Vojislav Bakić.

13 Shahan, R, Law versus Medical Science: Competition between Legal and Biological Paternity in an Egyptian Civil Court, Islamic Law Society, 18, 2011, str. 219-249.

Shabana, A, Paternity Between Law and Biology: the Reconstruction of the Islamic Law of Paternity in the Wake of DNA Testing, Zygon, 47, 2012, br.1.

Prof. dr. Nenad Hlača
Law Faculty University of Rijeka
Croatia

MIKULIĆ CASE AND THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

The case Mikulić v. Croatia by the European Court of Human Rights is a starting point for the reflections on the legal and social content of paternity and the child's right to know. This paper compares historical and recent experiences in the comparative law. Legal actions about the child's origin always start from the mother's decision whether and when to sue, or to point out a potential father, after which the state bodies may take steps in accordance with the national law. But in the end what do we get with a judgment on paternity determination? Rare optimists will say love and responsible fatherhood. In the real life, we are usually left only financial implications or so-called 'absent fathers for child support' depending on mother's will to initiate the procedure.

Key words: Fatherhood, paternity testing, court proceedings, the right to know, absent fathers for child support.

Dr. sc. Darko Radić, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

ODRŽAVANJE LIČNIH ODNOSA SA DJETETOM I PRIMJENA ČL. 8 EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I OSNOVNIM SLOBODAMA

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života utvrđeno odredbama čl. 8 EKLJP predstavlja interesantno pitanje u smislu prakse i stavova Evropskog suda za ljudska prava i njihovog uticaja na nacionalna porodičnopravna zakonodavstva, naročito s obzirom na tumačenje polja primjene prava na porodični život u kontekstu definisanja lica u odnosu na koja dijete ima pravo na održavanje ličnih odnosa i utvrđivanje razloga za intervenciju nadležnih organa vlasti u pravcu ograničenja ovog prava. Sljedstveno tome, autor analizira i odgovarajuća zakonska rješenja u Bosni i Hercegovini, Srbiji, Crnoj Gori i Hrvatskoj identifikujući njihove zajedničke elemente, odnosno ukazujući na izvjesne međusobne razlike, a sa ciljem da ukaže na uticaj prakse Suda na konfigurisanje pojedinih zakonskih rješenja u ovim porodičnopravnim zakonodavstvima.

Ključne riječi: pravo na porodični život, održavanje ličnih odnosa sa djetetom, srodnici, djetetu bliska lica.

1. Uvod

Evropski sud za ljudska prava (dalje: Sud), čije odluke imaju obavezujuće pravno dejstvo u pravnim sistemima zemalja članice Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (dalje: Konvencija), svojom praksom i stavovima izraženim u vezi sa primjenom Konvencije u značajnoj mjeri determiniše definisanje pravnog okvira kojim se u nacionalnim zakonodavstvima bliže uređuju prava, odnosno pravni odnosi iz domena primjene i zaštite prava utvrđenih Konvencijom.

U tom smislu, predmet istraživanja u ovom radu je analiza prakse Suda u vezi sa primjenom čl. 8 Konvencije, a koja je relevantna za pravno uređenje održavanja ličnih odnosa između djeteta i članova porodice i drugih lica. Ne umanjujući značaj ostalih aspekata ovog problema, kao pitanja od posebne važnosti nameću se određivanje kruga lica u odnosu na koja dijete ima pravo na održavanje ličnih odnosa, odnosno pravilno utvrđivanje kriterijuma na temelju kojih je moguće ograničiti ili zabraniti održavanje ili uspostavljanje pomenutih odnosa.

Budući da su u zemljama regiona izvršene reforme nacionalnih porodičnih zakonodavstava, smatramo korisnim da se izvrši uporedni pregled relevantnih

porodičnopравnih propisa ovih zemalja, a naročito sa stanovišta recepcije odgovarajućih stavova i prakse Suda u primjeni čl. 8 Konvencije.

2. Praksa Suda u primjeni čl. 8 Konvencije

a) U smislu određivanja kruga lica u odnosu na koja dijete ima pravo na održavanje ličnih odnosa, izdvajamo slučaj *Mitovi v. FYR Macedonia*.¹

Aplikanti u ovom postupku pred Sudom su otac djeteta i njegovi roditelji. Naime, otac djeteta i njegova supruga zajedno su sa njihovim zajedničkim djetetom živjeli u Australiji. Neodređenog datuma 2011. godine supruga prvog aplikanta je zajedno sa djetetom napustila Australiju i došle su u Makedoniju. Krajem iste godine u Makedoniju je došao i prvi aplikant u namjeri da održava odnose sa svojom ćerkom. Na zahtjev prvostepenog suda, Centar za socijalni rad je 2012. godine, do okončanja brakorazvodnog postupka, vršenje roditeljskog prava povjerio majci djeteta, a istovremeno je utvrdio pravo prvog aplikanta da održava lične odnose sa svojom ćerkom. Ministarstvo rada i socijalne zaštite je, kao drugostepeni organ, ukinulo ovu odluku, nalažući prvostepenom organu da razmotri činjenice konkretnog slučaja sa stanovišta zaštite najboljeg interesa djeteta, a prvi aplikant je u međuvremenu samo jednom ostvario kontakt sa svojom ćerkom. U decembru 2012. godine uslijedila je pravosnažna odluka suda o razvodu braka, kojom se vršenje roditeljskog prava povjerava majci djeteta, a ocu priznaje pravo na održavanje ličnih odnosa sa djetetom. Tokom 2013. i 2014. godine uglavnom su se dešavale opstrukcije ovih odluka od strane majke djeteta, pa je prvi aplikant zahtijevao njihovo provođenje prinudnim putem. Istu sudbinu imali su i pokušaji drugog i trećeg aplikanta (bake i djeda), iako je Centar za socijalni rad donio odgovarajuće odluke kojima je uredio održavanje ličnih odnosa između njih i djeteta. Zbog svega navedenog, a po prijavi prvog aplikanta, tužilaštvo je pokrenulo krivični postupak protiv majke djeteta, koji je pravosnažno okončan osuđujućom presudom zbog otmice djeteta, jer je majka onemogućavala održavanje ličnih odnosa oca i djeteta, kako je to bilo utvrđeno odlukom Centra za socijalni rad.

U odnosu na gore navedene činjenice, Sud je 16.07.2015. godine donio presudu kojom je utvrdio da je aplikantima povrijeđeno pravo na porodični život iz čl. 8 Konvencije zbog neprovođenja odluke nadležnih organa o uspostavljanju i održavanju ličnih odnosa sa djetetom. Naime, Sud smatra da nadležni organi nisu preduzeli sve neophodne mjere koje su u njihovoj nadležnosti i za koje se moglo razumno očekivati da će ih preduzeti. Ovde je posebno interesantno razmotriti stajališta Suda u pogledu drugog i trećeg aplikanta (bake i djeda). Sud primjećuje da se odnos između bake i djeda i njihovih unuka razlikuje po vrsti i mjeri od odnosa između roditelja i djeteta, a time i po samoj svojoj prirodi uopšteno uživa manji stepen pravne zaštite. Pravo na poštovanje porodičnog života za djeda i baku, a u odnosu na njihove unuke, prvenstveno podrazumijeva pravo na održavanje normalnih odnosa kroz kontakte između ovih lica. Sud primjećuje da je ovim aplikantima, prema domaćem pravu, omogućeno pravo na uspostavljanje bliskih odnosa sa njihovom

¹ *Mitovi v. FYR Macedonia*, ap. br. 53565/13, presuda Suda od 16.07.2015.

unukom, kroz česte kontakte. Sud je stoga uvjeren da ovoj odnos, odnosno cilj zbog kojeg se uspostavlja veza između drugog i trećeg aplikanta i njihove unuke, ulazi pod pojam "porodičnog života" u smislu odredaba čl. 8 Konvencije.

Konačno, Sud smatra da će se vjerovatnost spajanja porodice postepeno smanjivati i na kraju eliminisati, ako biološkom ocu i njegovom djetetu nije dopušteno da održavaju lične odnose, ili ako se oni održavaju samo tako rijetko da vjerovatno neće doći do uspostavljanja prirodnih veza između njih, ističući da se ova razmatranja mogu primjeniti i kada su u pitanju odnosi bake i djeda sa njihovim unucima.

b) U razmatranju prakse Suda u odnosu na kriterijume za ograničavanje ili zabranu održavanja ličnih odnosa sa djetetom, izdvajamo slučaj *Manuello and Nevi v. Italy*.²

U ovom slučaju aplikanti su, nakon razvoda braka zaključenog između sina aplikantata i njegove bivše supruge, zahtijevali od nacionalnih organa da održavaju lične odnose sa djetetom – njihovom unukom. Prije toga, sin aplikantata i otac djeteta optužen je za seksualno uznemiravanje djeteta. U postupku pred nacionalnim sudom, koji je trajao od 2002. do 2005. godine, aplikantima je priznato pravo na održavanje ličnih odnosa sa njihovom unukom. Ipak, nacionalni sud je 2006. godine prethodnu odluku stavio van snage, a 2007. godine apelacioni sud je zabranio održavanje ličnih odnosa između djeteta i aplikantata, obrazlažući to nalazom i mišljenjem vještaka psihologa koji je utvrdio da održavanje ličnih odnosa aplikantata sa njihovom unukom ugrožava dijete na način da ona ponovo proživljava seksualno uznemiravanje koje je pretrpila od svog oca (sina aplikantata). Konačno, Kasacioni sud Italije potvrdio je odluku apelacionog suda.

Razmatrajući ovaj predmet, Sud je, u svojoj presudi od 20.04.2015. godine utvrdio da je povrijeđeno pravo aplikantata da održavaju lične odnose sa svojom unukom, i to zbog neprovođenja odluke kojom se omogućava održavanje ličnih odnosa sa djetetom, a potom zbog odluke kojom se zabranjuje održavanje ličnih odnosa aplikantata sa njihovom unukom. Sud je, dakle, konstatovao da je u konkretnom slučaju povrijeđeno pravo na porodični život iz čl. 8 Konvencije. U svojoj odluci Sud ističe da nacionalne vlasti u smislu zaštite interesa djeteta, a ograničavajući kontakte sa članovima porodice, nisu učinili neophodne napore u pravcu zaštite porodičnih veza između aplikantata i njihove unuke, koji se nisu vidjeli oko 12 godina. Sud smatra da odnosi između bake i djeda i njihovih unuka ulaze u okvir porodičnih veza koje podrazumijeva čl. 8 Konvencije i da mjere na temelju kojih se prekidaju ovakvi odnosi mogu biti preduzete samo u izuzetnim okolnostima. Sud smatra da nadležni organi u Italiji nisu ispunili svoje obaveze u obezbjeđivanju poštovanja prava aplikantata na održavanje ličnih odnosa sa djetetom, a što proizlazi iz odluke od 16.02.2006. godine, odnosno iz odluke suda od 20.06.2007. godine, kada je aplikantima zabranjeno održavanje ličnih odnosa sa njihovom unukom. Zabrane italijanskih sudskih vlasti da aplikanti održavanju lične odnose sa njihovom unukom temeljile su se isključivo na mišljenju vještaka psihologa, u vezi sa navodnim seksualnim uznemiravanjem djeteta od strane njenog oca. Interesantno je da su

² *Manuello and Nevi v. Italy*, ap. br. 107/10, presuda Suda od 20.04.2015.

sudovi su zabranili održavanje ličnih odnosa sa djetetom, iako je u međuvremenu okončan sudski postupak protiv oca djeteta i to oslobađajućom presudom. Sud nije mogao ignorirati činjenicu da aplikanti nisu bili u mogućnosti da vide svoju unuku oko 12 godina, te da lokalne vlasti nisu preduzele potrebne mjere da omoguće i zaštite ponovno uspostavljanje ličnih odnosa između aplikanata i njihove unuke. Drugim riječima, iako Sud smatra da je u pravcu zaštite interesa djeteta dozvoljeno ograničiti održavanje ličnih odnosa sa članovima porodice, ipak smatra da su izostali neophodni naponi nadležnih organa da se zaštite porodični odnosi (porodične veze).

Dakle, stav Suda u ovom slučaju, kao i u drugim predmetima ove vrste, jeste da se u smislu poštovanja prava na porodični život mora omogućiti održavanje ličnih odnosa između roditelja i njihovog djeteta. Drugim riječima, nacionalni nadležni organi moraju preduzeti sve neophodne mjere kako bi se omogućilo održavanje ličnih odnosa između djeteta i roditelja, pa čak i kada se drugi roditelj tome protivi. Sa druge strane, ograničavanje roditelja da održavaju lične odnose sa djetetom, kao i zabrana održavanja ovih odnosa, izvršiće se samo u izuzetnim slučajevima kada to zahtijeva najbolji interes djeteta i kada se isti ne može zaštititi na neki drugi način (koji bi istovremeno omogućio zaštitu interesa djeteta, ali i pravo njegovih roditelja na održavanje ličnih odnosa sa njim). U smislu poštovanja prava na porodični život, ali i njegovog mogućeg ograničavanja, najbolji interes djeteta ima prednost u odnosu na interes roditelja, ili drugih srodnika koji polažu pravo na održavanje ličnih odnosa sa djetetom.

Da je ograničavanje ili zabrana održavanja ličnih odnosa sa djetetom u nekim slučajevima pravno utemeljeno i opravdano svjedoči stav Suda u slučaju *L. protiv Finske*.³ U ovom slučaju Sud je, donoseći presudu od 27.04.2000. godine, utvrdio da nije došlo do povrede prava na porodični život iz čl. 8 Konvencije. Naime, aplikanti (baka i djed) su smatrali da im je provrijeđeno pravo na porodični život, jer im je bio ograničen kontakt sa djecom njihovog sina iz razloga što su oni bili pod posebnom brigom i smješteni kod hranitelja, tvrdeći da se radi o drastičnoj mjeri koja onemogućava ponovno uspostavljanje porodičnih odnosa. Djeca su smještena u hraniteljsku porodicu, jer im je razvoj u njihovoj porodici bio ugrožen zbog, pored sumnji na seksualno uznemiravanje, okolnosti koje nisu omogućavale stvaranje uslova za nesmetan razvoj djece – majka je bila mentalno bolesna, a otac nervozan i veoma temperamentan. Utvrđeno je da su baka i djed uticali na djecu da se negativno odrede prema hraniteljima, pa su im kontakti sa djecom bili ograničeni (na određeni broj viđanja mjesečno ili godišnje) ili zabranjivani. Baka i djed su, u namjeri održavanja kontakata sa djecom, pisali djeci da negativno opišu hranitelje. No, i pored toga djeca su imala afirmativan stav prema hraniteljima, a posjete majke su doživljavali kao prijatne, za razliku od susreta sa ocem koje su opisivali kao napete. Isto tako, djeca su izrazila stav da im je kod hranitelja dobro i da dinamiku i sadržaj posjeta (čak i kada su ograničeni) nije potrebno mijenjati.

Sud u ovom slučaju smatra da je uzajamno održavanje ličnih odnosa između roditelja i djeteta, odnosno bake i djeda i djeteta, u smislu međusobnog druženja, predstavlja temeljni element porodičnog života, a da se mjere lokalnih vlasti koje

³ *L. v. Finland*, ap. br. 25651/94, presuda Suda od 27.04.2000.

onemogućavaju takvo uživanje ličnih odnosa mogu posmatrati kao miješanje u pravo zaštićeno čl. 8. Konvencije. Međutim, takvo miješanje u uživanje prava na porodični život je "u skladu sa zakonom", kada teži ka cilju ili ciljevima koji su legitimni prema stavu 2 iz čl. 8 Konvencije, odnosno kada se mogu posmatrati kao "nužno postupanje u demokratskom društvu".

c) Imajući u vidu gore analizirane slučajeve, te još neke markantne slučajeve iz prakse Suda u vezi sa primjenom čl. 8 Konvencije, može se zaključiti da u smislu definisanja prava na porodični život Sud od slučaja do slučaja, a primjenjujući osnovna načela, odlučuje da li postoje bliski lični odnosi između određenih lica. Iako nije uvijek moguće precizno odrediti i pobrojati takve odnose koji konstituišu porodični život, evidentno je da sve veći broj odnosa uživa pravnu zaštitu u smislu primjene čl. 8 Konvencije.⁴ Nesumnjivo je da porodični život obuhvata odnose između roditelja i njihove djece, bez obzira da li se radi o djeci rođenoj u braku ili van braka,⁵ ali isto tako obuhvata i odnose između djeteta i roditelja sa kojim dijete ne živi.^{6,7} Međutim, u ocjeni pitanja koja ostala lica mogu biti u vezi koja ima takav kvalitet da predstavlja sastavni dio porodičnog života, Sud zauzima stav u svakom konkretnom slučaju, imajući u vidu sve relevantne činjenice. No, praksa Suda pokazuje da porodični život mogu konstituisati i odnosi između: djece i njihovih baka i djedova⁸, djece i uvojlaca⁹, djece i bliskih srodnika (tetke, ujaka, i sl.)¹⁰, braće i sestara, pa i djece i hranilaca.¹¹

Sa druge strane, održavanje ličnih odnosa sa djetetom može bito ograničeno, odnosno kontakti sa djetetom mogu biti zabranjeni samo kada to zahtijeva najbolji interes djeteta. U ovakvim situacijama, nacionalni organi vlasti, prema mišljenju Suda, mogu se "umiješati" u porodični život ukoliko postoji potreba – opravdani razlozi koji su prihvatljivi kao demokratske vrijednosti, odnosno koji podrazumijevaju da je takvo postupanje nužno u demokratskom društvu. Ovde je od posebne važnosti primjena načela proporcionalnosti, koje podrazumijeva da ljudska prava nisu apsolutna i da vršenje individualnih prava uvijek mora biti posmatrano sa stanovišta zaštite opšteg interesa. U tom smislu, Sud uvijek vodi računa o odnosu individualnih prava i interesa države.¹²

4 Kil Kelly, U., *The right to respect for private and family life (A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights)*, Council of Europe, Strasbourg, 2001, str. 15.

5 *Johnston v. Ireland*, presuda Suda od 18.12.1996.

6 *Boughanemi v. France*, presuda Suda od 24.04.1996.

7 U jednom slučaju Sud je zauzeo stanovište da porodična veza može postojati i između lica koja nisu krvni srodnici (*X, Y and Z v. United Kingdom*, presuda Suda od 22.04.1997).

8 *Marckx v. Belgium*, presuda Suda od 13.06.1979.

9 *Söderbäck v. Sweden*, presuda Suda od 28.10.1998.

10 *Boyle v. United Kingdom*, ap. br. 16580/90, presuda Suda od 9.02.1993.

11 Kil Kelly, U., *op.cit.*, str. 18 i 19.

12 Kil Kelly, U., *op. cit.*, str. 30 - 31.

3. Pregled stanja u zakonodavstvima zemalja u region

3.1. Bosna i Hercegovina

U skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine odnosno ustavima entiteta, zakonodavna nadležnost u oblasti uređenja porodičnopravnih odnosa pripada Republici Srpskoj (dalje: RS) i Federaciji Bosne i Hercegovine (dalje: FBiH)¹³, što su entiteti iskoristili usvajanjem Porodičnog zakona RS¹⁴, odnosno Porodičnog zakona FBiH¹⁵. Na teritoriji Brčko Distrikta BiH (dalje: BD) primjenjuju se zakoni koje donosi Skupština Distrikta¹⁶, a ista je porodičnopravne odnose uredila Porodičnim zakonom¹⁷. U Ankesu I Ustava BiH – "Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini"¹⁸, navedeni su međunarodni ugovori, a među njima i oni koji su izvori prava u ovoj oblasti odnosa - u prvom redu Konvencija o pravima djeteta¹⁹ i Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama²⁰, koji se direktno primjenjuju u BiH.²¹

Prema porodičnom zakonodavstvu RS, dijete ima pravo da održava lične odnose sa srodnicima i drugim licima sa kojima ga vezuje posebna bliskost, ako je to u najboljem interesu djeteta.²² Kategorija "posebna bliskost" je pravni standard. Sljedstveno tome, nadležnom organu data je mogućnost da utvrdi da li se *in concreto* radi o licu sa kojim je dijete posebno blisko vezano.

13 Čl. III st. 1 i 3 Ustava Bosne i Hercegovine, čl. 36 i čl. 68 t. 12 i 18 Ustava RS, Dio IV.A. čl. 20 t. d) i Dio IV.C. čl.3 Ustava FBiH.

14 Porodični zakon (*Službeni glasnik RS*, br. 54/02, 41/08 i 63/14 – dalje: PZ RS).

15 Porodični zakon (*Službene novine FBiH*, br. 35/05, 41/05 i 31/14 - dalje: PZ FBiH).

16 Osim zakona koje je donijela Skupština Brčko Distrikta BiH, primjenjuju se i entitetski zakoni koji se prema Nalogu Supervizora smatraju zakonima BD BiH, te zakoni Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine i zakoni Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, ukoliko nisu odlukom ili zakonodavnim aktom BD BiH poništeni u cjelini ili djelimično (čl. 76 Statuta BD BiH i paragraf 39 Konačne odluke Arbitražnog tribunala, t. 2 Aneksa Konačne odluke Arbitražnog tribunala, st. 1 – 3 i st. 5 t. a) Naloga).

17 Porodični zakon (*Službeni glasnik BD BiH*, br. 23/07 - dalje: PZ BD).

18 Ustavom BiH predviđeno je da BiH ostaje ili postaje ugovorna strana u međunarodnim sporazumima koji su navedeni u Aneksu I (čl. II st. 7 Ustava BiH).

19 Usvojena je rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 20.11.1989. godine (*Službeni list SFRJ- Međunarodni ugovori*, br. 15/90).

20 Usvojena 4.11.1950. godine od strane Savjeta Evrope.

21 U čl. II.2. Ustava BiH eksplicitno se utvrđuje da Konvencija ima prioritet nad svim ostalim zakonima.

22 Čl. 81a st. 4 PZ RS. U PZ RS prava i dužnosti djeteta novelirana su 2014. godine, kao što je to propisano u PZ FBiH i PZ BD (upor. čl. 81 – 84 PZ RS sa čl. 124 – 128 PZ FBiH, odnosno čl. 107 – 111 PZ BD).

U porodičnim zakonodavstvima FBiH i BD predviđeno je da dijete, osim sa roditeljima²³, ima pravo da održava lične odnose sa bakom i djedom.²⁴ Međutim, prilikom pravnog uređenja načina održavanja ličnih odnosa sa djetetom, u oba pomenuta zakonodavstva predviđeno je da sud (u PZ FBiH), odnosno organ starateljstva (u PZ BD) mogu odlučiti o održavanju ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta i sa drugim licima, ako je to u interesu djeteta, odnosno o održavanju ličnih odnosa između djece koja ne žive sa istim roditeljem.²⁵ Na ovaj način, i pored manjih razlika, rješenja u porodičnim zakonodavstvima u BiH snažno se približavaju predviđajući da dijete ima pravo da održava lične odnose i sa još nekim licima, a ne samo sa roditeljima, odnosno bakama i djedovima.²⁶

Zakonodavac u RS propisao je da zahtjev za održavanje ličnih odnosa i neposrednih kontakata²⁷ mogu podnijeti bliski srodnici i dijete. Iako razmatrano pravilo ne obuhvata roditelje i lica sa kojima dijete vezuje posebna bliskost, smatramo da nema prepreka da se primjene odredbe iz čl. 93 PZ RS koje govore o uređenju održavanja ličnih odnosa sa djetetom, tako što odluku o tome donosi organ starateljstva, koji u slučaju promijenjenih prilika može ponovo urediti održavanje ličnih odnosa između djeteta i istih lica na koje se odnosi i ranija odluka. U slučaju uređivanja održavanja ličnih odnosa između djeteta i roditelja sa kojim dijete ne živi, prednost ima sporazum roditelja o ovom pitanju, a ako do ovakvog sporazuma ne dođe, kao nadležan, odluku će donijeti organ starateljstva.

Razumije se, pravo djeteta na održavanje ličnih odnosa sa roditeljem može se i ograničiti ili zabraniti, samo radi zaštite ličnosti i drugih interesa djeteta.²⁸ Iako nije eksplicitno navedeno da se pravo srodnika i drugih lica sa kojima dijete vezuje posebna bliskost (lica u odnosu na koja dijete u skladu sa odredbom čl. 81a st. 4 PZ RS ima pravo da održava lične odnose) može ograničiti i zbog kojeg razloga, smatramo da bez obzira na redaktorsku grešku može biti primjenjen isti kriterijum kao i kod ograničenja prava djeteta na održavanje ličnih odnosa sa njegovim roditeljima, a to je zaštita ličnosti i interesa djeteta (što je, u konačnici, u saglasnosti i sa čl. 9 st. 3 Konvencije o pravima djeteta). U smislu nadležnosti organa koji o tome odlučuje,

23 U PZ FBiH i PZ BD predviđeno je da roditelji imaju dužnost održavati lične odnose sa djetetom i poštovati odnose djeteta sa drugim roditeljem, osim kada je sud odlučio drugačije (čl. 140 st. 2 PZ FBiH i čl. 123 st. 2 PZ BD). Interesantno je da je u namjeri jasnijeg definisanja prava djeteta u noveli PZ RS iz 2014. godine brisan čl. 81 st. 4 istog zakona, a u kojem je bila normirana dužnost roditelja sa kojim dijete ne živi u porodičnoj zajednici da održava lične odnose sa svojim djetetom. Ovo smatramo redaktorskom greškom i nespretnošću zakonodavca, izražavajući pri tome sumnje da je brisanjem pomenute dužnosti roditelja zakonodavac namjeravao da drugačije uredi održavanje ličnih odnosa između djeteta i njegovog roditelja sa kojim ne živi. To, pored ostalog, potvrđuju odredbe čl. 81a i čl. 106 st. 3 t. 1 i 3 PZ RS.

24 Čl. 124 st. 2 PZ FBiH, čl. 107 st. 2 PZ BD.

25 Čl. 148 PZ FBiH, čl. 131 PZ BD.

26 Istina, u PZ RS se govori o "drugim licima sa kojima dijete vezuje posebna bliskost", što je korektnija formulacija u odnosu na "druge osobe", jer se organu primjene prava postavlja jasan orijentir u procjeni kvaliteta veze između djeteta i lica sa kojim će dijete potencijalno održavati lične odnose.

27 Zakonodavac nije bio dosljedan prilikom stilizacije teksta čl. 81a PZ RS, jer se u st. 3 pominju "lični odnosi i neposredni kontakti", u st. 4 se govori o "ličnim odnosima", a u st. 5 pominje se održavanje "kontakta".

28 Čl. 93 st. 3 PZ RS.

isto kao i kod ograničenja prava djeteta na održavanje ličnih odnosa sa roditeljima, nije navedeno koji je to organ, već se govori o donošenju odluke u odgovarajućem postupku. No, izvjesno je da je to organ starateljstva.²⁹

Uređivanje održavanja ličnih odnosa sa djetetom u zakonodavstvu FBiH povjereno je sudu, a u zakonodavstvu BD organu starateljstva i sudu kada postupa u bračnom sporu.³⁰ Dakle, nadležni organ će odrediti način održavanja ličnih odnosa između djeteta i roditelja sa kojim dijete ne živi, a uvažavajući sporazum roditelja ako je isti u najboljem interesu djeteta.³¹ Na isti način, a polazeći od najboljeg interesa djeteta, uređuje se i održavanje ličnih odnosa između baka i djedova (na njihov zahtjev) i unučadi, kao i između djece koja ne žive sa istim roditeljem (a na prijedlog roditelja, djeteta ili organa starateljstva).³²

Održavanje ličnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljima može se ograničiti ili zabraniti, ako je to u interesu djeteta.³³ Ovdje posebno ističemo odredbu sadržanu u PZ FBiH i PZ BD, a što je zakonodavac u RS propustio da propiše posljednjom novelom, da dijete ima pravo na zaštitu od nezakonitog miješanja u njegovu privatnost i porodicu.³⁴ Na ovaj način ostvarena je "direktna veza" sa pravom na zaštitu privatnosti i porodičnog života iz čl. 8 Konvencije. Iako se u skladu sa čl. II.2. Ustava BiH Konvencija direktno primjenjuje u BiH, citirana odredba ima posebnu važnost i snažan demokratski kapacitet. Konačno, na zahtjev roditelja ili organa starateljstva, sud (u PZ FBiH), odnosno organ starateljstva (u PZ BD), donijće odluku o prestanku ograničenja ili zabrane održavanja ličnih odnosa sa djetetom.³⁵

3.2. Srbija i Crna Gora

Identično kao i u porodičnim zakonodavstvima u BiH, u Srbiji i C. Gori, pravo je djeteta da održava lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi.³⁶ U smislu uređivanja održavanja ličnih odnosa između djeteta i roditelja sa kojim dijete ne živi, prednost se daje sporazumu roditelja, a ukoliko isti izostane ili je u suprotnosti sa najboljim inetersom djeteta, održavanje ličnih odnosa urediće sud.³⁷ Ovo pravo može biti ograničeno samo sudskom odlukom kada je to u najboljem interesu djeteta,

29 Čl. 93 st. 1 PZ RS.

30 Čl. 145 PZ FBiH, čl. 128, čl. 249 st. 2 i čl. 278 PZ BD.

31 Čl. 145 st. 1 i 2, čl. 304 i čl. 307 PZ FBiH, čl. 128 st. 1 i 2 i čl. 278 PZ BD.

32 Čl. 148 st. 2 PZ FBiH, čl. 131 st. 2 PZ BD.

33 Čl. 145 st. 3, čl. 128 st. 3 PZ BD.

34 Čl. 124 st. 3 PZ FBiH i čl. 107 st. 3 PZ BD.

35 Čl. 145 st. 3 i 4 PZ FBiH, čl. 128 st. 3 i 4 PZ BD.

36 Čl. 61 st. 1 PZS, čl. 63 st. 1 PZ CG. Pored toga, i roditelj ima pomenutom pravu djeteta korelativnu dužnost, ali i pravo da održava lične odnose sa djetetom sa kojim ne živi (čl. 78 st. 3 PZS).

37 Čl. 78 st. 1, čl. 272 st. 1 i 2 PZS. Isto rješenje prihvaćeno je i u crnogorskom porodičnom zakonodavstvu (čl. 79 st. 1, čl. 363 st. 1 i 2 PZ CG).

odnosno ako postoje razlozi da se roditelj djelimično ili potpuno liši roditeljskog prava³⁸ ili u slučaju nasilja u porodici.³⁹

U pogledu određivanja kruga lica sa kojima dijete ima pravo da održava lične odnose, evidentan je pristup identičan zakonodavcu u RS, odnosno veoma sličan model primjenjen u zakonodavstvima FBiH i BD. Naime, dijete, osim sa roditeljem sa kojim ne živi, ima pravo da održava lične odnose i sa srodnicima i drugim licima sa kojima ga vezujem posebna bliskost, ako je to u njegovom najboljem interesu.⁴⁰ Za razliku od srpskog, crnogorski zakonodavac pojašnjava koja su to lica sa kojima dijete ima pravo da održava lične odnose i ističe da su to: braća i sestre, babe i djedovi, bivši hranitelji, raniji ili sadašnji bračni odnosno vanbračni supružnik roditelja i druga lica sa kojima dijete vezuje posebna bliskost.⁴¹ Pored toga, u crnogorskom pravu je ovim licima priznato pravo na održavanje ličnih odnosa sa djetetom, tako da, kao u hrvatskom pravu, pravo na ostvarivanje ličnih odnosa obostrano imaju dijete i navedena lica (srodnici i druga lica sa kojima dijete vezuje posebna bliskost).⁴²

U odnosu na razmatrana zakonodavstva bilježimo jednu posebnost, a koja se tiče učešća djeteta u donošenju odluke o održavanju ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi. Prema pravilima srpskog i crnogorskog porodičnog zakonodavstva, dijete koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje može da odluči o održavanju ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi.⁴³ Iako se u dijelu propisa koji se odnosi na pravo djeteta na održavanje ličnih odnosa sa srodnicima i drugim licima sa kojima ga vezuje posebna bliskost ne govori o njegovom učešću u donošenju odluke po ovom pitanju, vjerujemo da se može shodno primjeniti pravilo koje vrijedi i za održavanje ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim dijete ne živi.

3.3. Hrvatska

U skladu sa odredbama OZ, dijete ima pravo da održava lične odnose sa roditeljima i drugim bliskim licima sa kojima ne stanuje.⁴⁴ Dakle, hrvatski zakonodavac, u smislu opšteg pravila, ne izdvaja posebno bake i djedove (kao što je slučaj sa pravima FBiH i BD), odnosno srodnike (kao što je slučaj sa pravima RS, Srbije i C. Gore), već pored roditelja - sa kojima dijete ima pravo da živi⁴⁵, uvodi bliska lica. Međutim, u dijelu zakona u kojem se uređuje ostvarivanje ličnih odnosa sa djetetom, propisano je da pravo na ostvarivanje ličnih odnosa obostrano imaju: dijete, braća i sestre, polubraća i polusestre, bake i djedovi. Isto tako, pravo na ostvarivanje ličnih odnosa obostrano imaju dijete i druga lica koja su ako su duže

38 Jezičkim tumačenjem dolazimo do zaključka da nije neophodno da je pravosnažno okončan postupak djelimičnog ili potpunog lišenja roditeljskog prava, jer se govori o postojanjima razloga za djelimično ili potpuno lišenje roditeljskog prava.

39 Čl. 61 st. 2 i 3 PZS, čl. 63 st. 2 i 3 PZ CG.

40 Čl. 61 st. 5 PZS, čl. 63b st. 1 PZ CG.

41 Čl. 63b st. 2 PZ CG.

42 Čl. 63b st. 3 PZ CG. Prednacrtom Građanskog zakonika Srbije predviđa se pravo za srodnike i druga lica koja su sa djetetom razvila odnose posebne bliskosti da imaju pravo na održavanje ličnih odnosa sa djetetom, ako je to u njegovom najboljem interesu (čl. 2291 st. 6).

43 Čl. 61 st. 4 PZS, Čl. 63a st. 1 PZ CG.

44 čl. 84 st. 4 OZ.

45 Čl. 84 st. 3 OZ.

vremena živjeli u porodici sa djetetom, kroz to vrijeme brinule o djetetu i sa njim imaju razvijen emocionalni odnos. Umjesto upotrebe pravnog standarda za ocjenu kvaliteta veze između djeteta i nekog lica (bliskost, posebna bliskost i/ili povezanost), hrvatski zakonodavac je na ovaj način značajno pomogao organu primjene prava dajući jasne kriterijume za određivanje lica sa kojima dijete ima pravo održavati lične odnose.⁴⁶ I u hrvatskom pravu bilježimo mogućnost ograničenja ili zabrane održavanje ličnih odnosa djeteta sa roditeljem sa kojim ne živi, ali na osnovu sudske odluke.⁴⁷

Za uređivanje održavanja ličnih odnosa djeteta sa roditeljima i bliskim licima, nadležan je sud. Ako se roditelji nisu uspjeli sporazumjeti o zajedničkom vršenju roditeljskog prava ili je sud takav sporazum odbio, onda svaki od roditelja i dijete mogu od suda zahtijevati da, pored ostalog, uredi i održavanje ličnih odnosa.⁴⁸ Posebno je interesantna obaveza roditelja sa kojim dijete živi, a koji je, u tom smislu, dužan i odgovoran omogućiti i podsticati održavanje ličnih odnosa djeteta sa drugim roditeljem. Isto tako, roditelji su dužni omogućiti djetetu ostvarivanje ličnih odnosa sa bliskim licima, odnosno obaveza je drugih lica koja stanuju sa djetetom i brinu se o njemu da omoguće održavanje ličnih odnosa između djeteta i roditelja sa kojim dijete ne živi.⁴⁹

U smislu učešća djeteta u uređivanju održavanja ličnih odnosa, dijete u svim postupcima u kojima se odlučuje o njegovom pravu ili interesu ima pravo da na odgovarajući način sazna za važne okolnosti, da dobije savjet i izrazi svoje mišljenje, odnosno da bude obaviješteno o posljedicama poštovanja njegovog mišljenja, a u skladu sa njegovim uzrastom i zrelošću.⁵⁰

4. Zaključak

Analiza prakse Suda u primjeni čl. 8 Konvencije, a u vezi sa predmetom istraživanja u ovom radu, upućuje na nekoliko zaključaka.

Polje primjene prava na porodični život, u smislu definisanja lica koja imaju pravo da održavaju odnose sa djetetom, Sud utvrđuje u svakom konkretnom slučaju, ali je sasvim izvjesno da se ova veza ne ograničava na roditelje i njihovu zajedničku djecu. Praksa Suda upravo pokazuje da dijete ima pravo na održavanje ličnih odnosa i sa drugim licima, prvenstveno sa najbližim srodnicima, ali i sa licima sa kojima nije u srodničkom odnosu. Pored toga, Sud u obrazloženjima relevantnih

46 Čl. 120 st. 1 i 2 OZ.

47 Roditelj ima pravo i dužnost održavanja ličnih odnosa sa djetetom sa kojim ne živi, osim ako mu je to ograničeno ili zabranjeno sudskom odlukom (čl. 95 st. 1 i čl. 119 st. 3 OZ). Iako se kada je riječ o zabrani ili ograničavanju održavanja ličnih odnosa sa djetetom, govori samo o roditeljima, jasno je da ovakve mjere mogu biti preduzete i u odnosu na druga lica sa kojima dijete održava lične odnose.

48 Čl. 409. Sud svoju odluku o održavanju ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim dijete ne živi, kao i o drugim pitanjima, donosi na osnovu sporazuma roditelja, ako smatra da je taj sporazum u skladu sa najboljim interesom djeteta (vid. čl. 420 OZ).

49 Čl. 95 st. 2 i 3 i čl. 119 st. 2 OZ.

50 Čl. 86 st. 2 OZ. Ovo je preciznije i kvalitetnije rješenje od onog koje je prihvaćeno u porodičnim zakonodavstvima u BiH – "Dijete ima pravo na izražavanje (i uvažavanje) vlastitoga mišljenja u skladu sa njegovim uzrastom i zrelosti." Vid. čl. 81b st. 1PZ RS, čl. 125 st. 1 PZ FBiH i čl. 108 st. 1 PZ BD.

odluka smatra da pravo na zaštitu porodičnog života, u slučaju održavanja ličnih odnosa sa djetetom, imaju svi učesnici takvog porodičnog odnosa - ne isključivo dijete, iako najbolji interes djeteta ima prednost u odnosu na interese lica koja se nalaze na drugoj strani odnosa.

Sud kroz svoju praksu utvrđuje mogućnost ograničavanja ili zabrane održavanja ličnih odnosa sa djetetom, ali je zauzeo stanovište da takva odluka nadležnih organa mora biti utemeljena na posebnim razlozima koji su prihvatljivi sa stanovišta demokratskih vrijednosti u društvu i koji su u saglasnosti sa najboljim interesom djeteta. Drugim riječima, Sud smatra da nacionalni organi moraju uložiti maksimalne napore da se omogući održavanje ili ponovno uspostavljanje ličnih odnosa sa djetetom, kako u smislu donošenja odluka o tome, tako i u smislu provođenja već donesenih odluka nadležnih organa.

Imajući u vidu da su, u posljednjih petnaest godina, u svim posmatranim pravnim sistemima izvršene reforme porodičnih zakonodavstava, te da su učinjene značajne promjene pravnog okvira kojim se uređuje održavanje ličnih odnosa sa djetetom, a u smislu recepcije standarda koji su dio relevantne prakse Suda, nema sumnje da je Sud svojom praksom u primjeni čl. 8 Konvencije i mišljenjima izraženim u vezi s tim značajno determinisao sadašnju konfiguraciju porodičnopravnih propisa u zemljama regiona. Ipak, primjećujemo da se u gotovo svim zakonodavstvima, izuzev u hrvatskom, pravo na održavanje ličnih odnosa vezuje samo za dijete kao titulara prava, iako pravila procesnog karaktera, u nekima od razmatranih zakonodavstava, govore o mogućnostima baka i djedova da pokrenu postupak za uređivanje ličnih odnosa sa djetetom. Sljedstveno tome, smatramo da bi, u skladu sa praksom Suda, trebalo da se utvrdi da je pravo na ostvarivanje ličnih odnosa obostrano, odnosno da to pravo, pored djeteta, imaju i lica o kojima je gore bilo riječi.

Dr. sc. Darko Radić, Associate Professor
Faculty of Law, University in Banja Luka

MAINTAINING CONTACTS TO THE CHILD AND ARTICLE 8 OF CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Summary

In this paper author analyzes case law of European Court for Human Rights regarding article 8 of European Convention on Human Rights, particularly its influence on family law in national legislations. There are two main objects of research: determination of persons whose relationship constitutes family life especially when child is in relationship with some other person and defining criteria for limitation and prohibition in maintaining contacts with the child. Furthermore, author analyzes family legislations in Western Balkans in order to indicate influence of the Court on them.

Key words: the right to family life, maintaining contacts with the child, relatives, persons close to the child.

Dr. sc. Boris Krešić, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

SAGLASNOST RODITELJA DJETETA KAO USLOV ZA PUNOVAŽNOST USVOJENJA U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Saglasnost jedinog ili oba roditelja djeteta jedna je od pretpostavki za punovažnost usvojenja. Kao najčešći razlozi kojima se ograničava pravo roditelja da daju saglasnost za usvojenje njihovog djeteta u nacionalnim zakonima normiraju se oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost, oduzeto roditeljsko staranje, protek određenog vremena od rođenja djeteta, nepoznato boravište i zapuštanje staranja o djetetu.

Neophodnost pristanka roditelja na usvojenje njihovog djeteta proizlazi iz člana 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, u smislu nepovredivosti privatnog i porodičnog života. Autor u radu daje prikaz presuda Evropskog suda za ljudska prava u kojima se odlučivalo o potrebnoj saglasnosti roditelja na usvajanje njihovog djeteta. Nakon navođenja prakse Evropskog suda za ljudska prava, autor navodi i izmjene koje su se desile u porodičnim pravima onih zemalja u kojima je utvrđena povreda Konvencije.

Ključne riječi: najbolji interes djeteta, usvojenje, pristanak roditelja, Evropski sud za ljudska prava.

Uvod

Jedan od postavljenih principa Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Konvencije) je njena „dinamična“ i „evolutivna“ interpretacija od strane Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud). Cilj ove interpretativne tehnike je da Konvencija prati današnje uvjete života. Donošenje nepovoljne presude po državu članicu predstavlja poruku da njeno zakonodavstvo (misli se na određeno pitanje nije u skladu sa evolutivnim tumačenjem Konvencije i razvojem ljudskih prava. U tom smislu presude Suda predstavljaju signal za države članice da li njihovo zakonodavstvo prati dinamično i evolutivno tumačenje Konvencije.

Pluralizam porodičnih odnosa u savremenom dobu ide u prilog tumačenju Suda da je Konvencija „živi mehanizam“ koji zahtijeva tumačenje u svjetlu društvenih promjena.¹ Stavovi Suda obavezuju države članice da osiguraju da

¹ Predmet *Selmouni v France* (Application no. [\). Pristupljeno 12.12.2016. godine.](http://hudoc.echr.coe.int/eng#?{}fulltext=[\)

njihova nacionalna zakonodavstva ne padnu pred evolutivnim interpretacijama Konvencije.² Osiguravajući pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života Sud, u zavisnosti od promijenjenih društvenih prilika, analizira nacionalno pravo i odlučuje o tome da li su poduzete mjere nužne u demokratskom društvu. Međutim može se postaviti pitanje koliko vrhovni nacionalni sudovi kao i nacionalni zakonodavci mogu pratiti evolutivno tumačenje Konvencije? Ovo iz razloga što se evropsko kontinentalno pravo temelji na pisanim zakonima i kodifikacijama koje ide na štetu sudske prakse i presedana. Evolutivna interpretacija Konvencije zahtijeva stalno mijenjanje zakonskih propisa. U suprotnom dolazi do kršenja prava zagwarantovanih Konvencijom.

Interes djeteta nalaže da porodične veze mogu biti prekinute samo u iznimnim slučajevima, a kada je odvajanje neophodno to mora biti učinjeno u smislu očuvanja ličnih odnosa. U najboljem interesu djeteta je održavanje veze sa svojom porodicom, osim u onim slučajevima kada je porodica u nemogućnosti da izvršava svoje obaveze. Sud je, u pogledu usvojenja, odlučivao o postojanju porodičnog života između djeteta i bračnih partnera i partnera koji žive u trajnoj zajednici, te je u svakom konkretnom slučaju utvrđivao postojanje „porodične veze“ između lica kod kojih je smješteno dijete i bioloških roditelja. Sud je takođe utvrđivao i neophodnost odvajanja djeteta kao i pitanje prekida porodičnih veza u smislu postojanja porodičnog života.

Cilj rada je da se analizom presuda Suda da odgovor na pitanje koji su to slučajevi u kojima je neophodna saglasnost roditelja djeteta, ili učestvovanje roditelja u postupku usvojenja, kako ne bi došlo do kršenja prava zagwarantovanih Konvencijom. Odnosno; u radu će se ukazati na ograničenja prava roditelja na usvojenje njihovog djeteta, određena u nacionalnim zakonodavstvima, koja nisu u skladu sa članom 8. Konvencije a koja se odnose na pitanja poslovne sposobnosti roditelja i slučajeve u kojima je roditelju oduzeto roditeljsko staranje. U radu će se dati odgovor na pitanje da li je prema praksi Suda oduzeta poslovna sposobnost ili oduzeto roditeljsko staranje dovoljan uslov (ILI: OSNOV?) da se od roditelja ne traži suglasnost za usvojenje njihovog djeteta.

1. Pravo na poštovanje porodičnog života bračnih parova i parova koji žive u trajnoj zajednici

Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.³ Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprečavanja nereda ili sprečavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.

2 Član 1. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: „Visoke strane ugovornice garantuju svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene u dijelu I ove Konvencije“.

3 Član 8. st. 1. Konvencije.

Domen primjene člana 8. Konvencije obuhvata različite aspekte ljudskog života, od zabrane miješanja u privatne stvari pojedinca pa sve do onih slučajeva kada država ima obavezu da interveniše. Osnovna ideja zaštite prava, na koje se primjenjuje član 8. Konvencije jeste ta, da postoje sfere života svakog pojedinca u koje država ne smije da se miješa, osim, u situacijama kada je takvo miješanje u skladu sa zakonom, kada ima legitimni cilj i kada je ono neophodno u demokratskom društvu.

U svom širokom tumačenju pojma „porodični život“ iz člana 8. Konvencije, Sud smatra da je porodični život u suštini činjenično pitanje, koje ovisi o stvarnom postojanju bliskih ličnih veza. Kod odlučivanja o tome da li se neki odnos može smatrati porodičnim životom, Sud uzima u obzir cijeli niz faktora, kao npr. da li je par živio zajedno, dužinu trajanja zajednice i da li partneri pokazuju privrženost jedno drugom.⁴ Uzimajući u obzir društvene i zakonodavne promjene u zemljama potpisnicama Konvencije, Sud je pojam porodičnog života proširio van okvira formalnih odnosa, odnosno pojma porodičnog života *de iure*, tako da je pojam porodičnog života u smislu člana 8. Konvencije ustvari porodični život *de facto*.⁵

Kada se radi o djeci rođenoj u braku, automatski se između roditelja i djeteta uspostavlja porodični život u smislu člana 8. Konvencije. Sud smatra da dijete rođeno u braku predstavlja dio tog odnosa; prema tome, od trenutka rođenja djeteta i samom činjenicom njegovog rođenja, između njega i roditelja postoji veza koja čini “porodični život” i koji se može raskinuti samo u izuzetnim okolnostima.⁶

Član 8. Konvencije se ne odnosi samo na djecu koja su rođena u braku. Sud u svojim odlukama navodi da pojam “porodice”, nije ograničen samo na bračne odnose, on obuhvata i druge *de facto* “porodične veze”, kad partneri žive zajedno van braka.⁷ Poštovanje porodičnog života zahtijeva potrebu da se biološke i društvene stvarnosti moraju uzeti u obzir kako bi se izbjegla slijepa, mehanička primjena odredbi zakona na specifične situacije za koje očito nisu bile namijenjene. Pitanje postojanja „porodične veze“ naročito se mora uzeti u obzir u slučajevima određivanja postojanja porodičnog života između vanbračnog oca i djeteta. Kada dvoje ljudi, koji su posvećeni jedno drugom, dobiju dijete, ono se automatski smatra

4 Para 36. Emonet i ostali protiv Švicarske (Application no.39051/03). Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{}fulltext:\[\]EMONET AND OTHERS](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{}fulltext:[]EMONET AND OTHERS),”documentcollectionid2”:[]GRANDCHAMBER,”CHAMBER”,”itemid”:[]001-83992”}. Pristupljeno dana 13.12.2016. godine.

5 Vidi predmete: Johnston and Others v. Ireland (Application no. 9697/82), Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{}fulltext:\[\]Johnston and Others v. Ireland](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{}fulltext:[]Johnston and Others v. Ireland),”documentcollectionid2”:[]GRANDCHAMBER,”CHAMBER”,”itemid”:[]001-57508”}, i Marckx v. Belgium (Application no. 6833/74), Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{}fulltext:\[\]Marckx v. Belgium](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{}fulltext:[]Marckx v. Belgium),”documentcollectionid2”:[]GRANDCHAMBER,”CHAMBER”,”itemid”:[]001-57534”}.

13. juni 1979. godine, serija A, broj 31.

6 Para 32. Gül protiv Švicarske (Application no. 23218/94), Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{}fulltext:\[\]23218/94](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{}fulltext:[]23218/94),”documentcollectionid2”:[]GRANDCHAMBER,”CHAMBER”,”itemid”:[]001-57975”}. Pristupljeno 13.12.2016. godine.

7 Vidi predmete: Johnston i ostali protiv Irske, para 55.; Keegan protiv Irske, para 44.

dijelom te porodice i stiće pravo na poštovanje porodičnog života.⁸ Neuspjeh da se takve okolnosti uzmu u obzir idu na štetu zainteresiranih osoba, i takve odredbe ne koriste nikome.⁹

U slučajevima kada se radi o odnosima između roditelja i odrasle djece Sud u svojim odlukama ponavlja načelo da takvi odnosi ne spadaju u opseg zaštite člana 8., osim ako "se ne ispostavi da postoje dodatni faktori zavisnosti, osim uobičajenih emocionalnih veza".¹⁰ Dodatnim faktorima zavisnosti Sud ne podrazumijeva samo one slučajeve u kojima je došlo do produženja roditeljskog staranja, već kao dodatne faktore zavisnosti uzima i one slučajeve kada je licu neophodna pomoć drugih članova porodice, npr. uslijed nepokretnosti.¹¹

Pravo na porodični život podrazumijeva pravo članova porodice da žive zajedno i da razvijaju međusobne odnose. Međutim, zajednički život nije *conditio sine qua non* porodičnog života, on može postojati i među članovima porodice koji žive odvojeno. Zajednički život ne mora postojati samo između roditelja i djece, on može postojati i između potencijalnih usvojitelja i djeteta, hranitelja i djeteta i sl. Bitno je napomenuti da član 8. Konvencije ne podrazumijeva pravo na usvojenje, on ne predstavlja obavezu koja proizlazi za državu, u određenim okolnostima, kako bi se formirala porodica.¹²

Pozivajući se na član 7. Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta od 20. novembra 1989. godine,¹³ Sud je naveo da obostrano uživanje prava roditelja i djeteta na zajednicu jednih sa drugima predstavlja osnovni element porodičnog života čak i kad je prekinuta veza između roditelja.¹⁴ Osjećanje zajedništva između roditelja i djece predstavlja osnovni element porodičnog života.¹⁵ Između djeteta i njegovih roditelja postoji veza koja predstavlja porodični život čak i ako u vrijeme njegovog

8 Para 59. Olson protiv Švedske (Application no. 10465/83). Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["10465/83"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57548"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Pristupljeno 15.12.2016. godine.

9 Para 86. Emonet i ostali protiv Švicarske.

10 Para 35. Emonet i ostali protiv Švicarske. Tekst na engleskom jeziku glasi: „additional factors of dependence, other than normal emotional ties, are shown to exist“. U konkretnom predmetu radilo se o slučaju gdje je punoljetna osoba bila paraplegičar i o njoj se morala brinuti njena majka.

11 Zaštita porodičnog života prema članu 8. Konvencije obuhvata i osobekojeg egzistencijalno zavise jedni od drugih. Od okolnosti određenog konkretnog slučaja zavisi da li će se ta zaštita proširiti i na druge odnose. Odnosi između punoljetnih lica ne moraju nužno uživati zaštitu po osnovu porodičnog života, ako nema dokaza o daljim elementima egzistencijalne zavisnosti, koji podrazumijevaju i nešto više od normalnih emotivnih veza.

12 **Moretti and Benedetti v. Italy** (Application no. 16318/07). Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-98441"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Pristupljeno 20.12.2016. godine.

13 Član 7. stav 1. Konvencije o pravima djeteta : „Dijete će biti registrirano odmah nakon rođenja i imat će od rođenja pravo na ime, pravo da stekne državljanstvo, i, koliko je to moguće, pravo da poznaje svoje roditelje i da se oni brinu za njega“.

14 Para 50. Keegan protiv Irske (Application no. 16969/90). Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["16969/90"\],"itemid":\["001-57881"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Pristupljeno 20.12.2016. godine.

15 Para 59. W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Application no. 9749/82). Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["9749/82"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57600"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Pristupljeno 20.12.2016. godine.

rođenja roditelji ne žive više zajedno ili ako se njihova veza tada okončala.¹⁶Ovakvim tumačenjem Sud znatno proširuje pojam porodičnog života iz razloga što kao kriterij za određivanje porodičnog života uzima namjeru određene osobe za ostvarivanjem porodičnog života. Odnosno Sud prednost daje subjektivnim kriterijima (namjeri), u odnosu na objektivne kriterije (zajednički život, održavanje kontakta i sl.)

2. Pristanak roditelja na usvojenje

Konvencija o usvojenju djece iz 1967 godine zahtijeva pristanak oca samo ukoliko je dijete rođeno u braku (dakle, ne i vanbračnog oca). Revidiranom Konvencijom o usvajanju djece,¹⁷ ukazuje se na značaj pristanka bioloških roditelja (uopće) bez obzira na bračni ili vanbračni status djeteta. Novija praksa Suda gradi se na osnovama koje zastupa Revidirana Konvencija o usvojenju. Za zasnivanje usvojenja uvijek se traži i pristanak vanbračnog oca djeteta, osim u slučaju ako isti nije obaviješten i savjetovan o posljedicama takvog čina.¹⁸Razmatrajući pitanja koja se odnose na institut usvojenja i postupajući u cilju da se osigura najbolji interes djeteta, Sud odlučno insistira na tome da se mjere vlasti, koje se odnose na oduzimanje ili ne priznavanje roditeljskog staranja a u cilju davanja djeteta na usvojenje, primjenjuju samo kao krajnji korak kada više ništa drugo ne preostaje. U slučajevima odvajanja djece od roditelja, onemogućavanje bilo kakvog kontakta često će se smatrati mjerom koja se svodi na nesrazmjerno miješanje u pravo na poštovanje porodičnog života.¹⁹

Analizirajući predmete u kojima je Sud odlučivao o povredi člana 8. Konvencije, može se konstatovati da je Sud razmatrao tri osnovna problema koji se odnose na pristanak roditelja na usvojenje. Prva dva problema odnose se na situacije kada se radi o pristanku vanbračnog oca na usvojenje djeteta. Prvi problem odnosi se na povredu prava na poštovanje porodičnog života vanbračnog oca iz razloga što majka djeteta daje dijete na usvojenje bez njegove saglasnosti. Drugi problem se odnosi na sukob dva prava, odnosno prava na poštovanje porodičnog života roditelja ili jedinog roditelja i prava na poštovanje porodičnog života usvojiteljske ili hraniteljske porodice koja je sa djetetom uspostavila porodični život. Treći problem se odnosi na one situacije kada prilikom usvojenja izostane pristanak majke ili majka i pored svog pristanka nije bila dovoljno uključena u sam postupak usvojenja.

2.1. Saglasnost vanbračnog oca na usvojenje

U radu se navode dva predmeta u kojima je Sud odlučivao o pitanju saglasnosti vanbračnog oca na usvojenje djeteta.

16 Para 44. Keegan protiv Irske.

17 Revidirana konvencija o usvajanju djece. Dostupno na web adresi: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084823>

18 Dijana Jakovac-Lozić, U susret novoj Europskoj konvenciji o posvojenju djece, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2007, str. 91-121.

19 Vidi: Hoffmann protiv Austrije (Application no. [12875/87](#)), Kutzner protiv Njemačke (Application no. [46544/99](#)) i Vojnity protiv Mađarske (Application no. [29617/07](#)).

aplikanta i djeteta, a sve iz razloga što nije bilo utvrđeno očinstvo aplikanta.²⁴ Čak i kada je pokrenut postupak utvrđivanja očinstva postupak za usvojenje nikada nije bio prekinut. Protok vremena uzrokovan neaktivnošću domaćih vlasti, deportacija majke bez opravdanih razloga, propust da se podnosiocu pruži pravna pomoć, zaključak da podnositelj nema interes za dijete, propust suda da utvrdi nečiju odgovornost za napuštanje djeteta, doveli su do onemogućavanja ponovnog spajanja oca i djeteta.²⁵ Sud zaključuje da domaće vlasti nisu napravili adekvatne i učinkovite napore za provođenje prava aplikanta na spajanje s njegovim djetetom, čime se prekršilo njegovo pravo na poštovanje privatnog života prema članu 8. Konvencije.²⁶

U predmetu *Keegan protiv Irske*²⁷, aplikant gospodin *Keegan* je živio sa svojom djevojkom, gospođicom V. tokom dvije godine (od februara 1987. do 1988. godine). Decembra 1987. godine odlučili su da imaju dijete i potom su se 14. februara vjerali, a 22. februara 1988. godine potvrđena je trudnoća gospođice V. Ubrzo nakon toga su raskinuli i prestali da žive zajedno. Gospođica V. je 9. septembra 1988. godine rodila kćerku S. čiji je otac aplikant. Aplikant je posjetio majku i novorođenče kada je ono imalo jedan dan. Dvije nedjelje kasnije posjetio je kuću roditelja V., ali mu nije dozvoljeno da vidi V. ili bebu. Aplikant nije znao da je V. tokom trudnoće poduzela pravne radnje kojima daje dijete na usvajanje. Dijete je 18. novembra 1988. godine dodijeljeno budućim usvojiteljima. Aplikant se žalio na osnovu člana 8. Konvencije da je povrijeđeno njegovo pravo u pogledu postojanja porodičnog života, pošto je njegovo dijete dato na usvajanje bez njegovog znanja ili saglasnosti i da mu nacionalno zakonodavstvo nije dalo pravo da bude imenovan za staratelja.

Sud je, pozivajući se na ranije predmete,²⁸ naveo da su granice između pozitivnih i negativnih obaveza države nejasne međutim uvijek mora postojati ravnoteža između interesa pojedinca i društva kao cjeline i da država uživa izvjesnu slobodu odlučivanja. Tamo gdje je dokazano postojanje porodične veze, država mora da se ponaša tako da omogući njen razvoj i mora biti stvorena pravna sigurnost koja će omogućiti da se dijete od samog momenta rođenja integriše u svoju porodicu. U ovom predmetu, veza između podnosioca predstavlke i majke djeteta je trajala dvije godine, u kom periodu su jednu godinu živjeli zajedno. Pored toga, začecje njihovog djeteta bilo je rezultat promišljene odluke, i oni su planirali i da se vjenčaju. Njihova veza je u to vrijeme imala odliku porodičnog života u smislu člana 8. Konvencije. Činjenica da je veza kasnije prekinuta ne mijenja ovaj zaključak ništa više nego kao da se radi o paru koji je bio zakonski vjenčan i u sličnoj situaciji. Na osnovu navedenih činjenica Sud je izvukao zaključak da je od momenta djetetovog rođenja postojala veza između aplikanta i njegove kćerke, koja je imala osobine porodičnog

24 Para 113. K.A.B. protiv Španije.

25 Para 114. K.A.B. protiv Španije.

26 Para 116. K.A.B. protiv Španije.

27 *Keegan protiv Irske* (Application no. 16969/90). Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["keegan"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57881"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Pristupljeno 03.02.2017. godine.

28 Vidi: *Powell i Rayner protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Application no. 9310/81) od 21. februara 1990. godine, *Johnston i drugi protiv Irske* (Application no. 9697/82) od 18. decembra 1986. godine.

života.²⁹ Sud je naveo da je aplikant imao prema irskom zakonu priliku da traži starateljstvo nad svojom kćerkom i da nacionalni Viši sud nije shvatio njegove interese u smislu procjene najboljeg interesa djeteta.³⁰ Međutim, osnovni problem nije bio u procjeni, nego prije u činjenici da irski zakon dopušta da se dijete da na usvajanje bez znanja podnosioca predstavke ili njegove saglasnosti.³¹ Ovakvo stanje ne samo da ugrožava odgovarajući razvoj veza aplikanta sa djetetom, nego isto tako pokreće proces koji će se vjerovatno pokazati kao nepovratan, time stavljajući aplikanta u nepovoljan pravni položaj u odnosu na buduće usvojitelje djeteta.³² Vlada nije istakla ni jedan relevantan razlog koji se odnosio na najbolji interes djeteta kako bi opravdala odstupanje od principa koji nalažu poštovanje porodičnih veza. Shodno tome, Sud je zaključio da je došlo do povrede člana 8. Konvencije, pošto miješanje države u porodični život aplikanta nije bilo neophodno u demokratskom društvu.³³

U ovom predmetu Sud je po prvi puta pružio zaštitu porodičnom životu koji nije bio uspostavljen. Predmet Keegan doveo je do izmjene Zakona o usvojenju Republike Irske³⁴ Izmjenama zakona dana su veća prava biološkom ocu, odnosno vanbračnom ocu. Tako se u članu 16. Zakona o usvojenju normira pravo oca da obavijesti nadležno tijelo da želi da bude konsultiran u pogledu prijedloga nadležnog tijela da se dijete da na usvojenje. Kada agencija za usvajanje ima indikacije da se otac protivi davanju djeteta na usvojenje, savjetuje se agenciji da s oprezom razmotri mogućnost odlaganja usvojenja. Tamo gdje se otac žalio sudu, ni u kom slučaju se dijete ne smije dati na usvojenje dok se ne završi postupak pred sudom.

2.2. Saglasnost oca u slučaju postojanja zajednice života sa usvojiteljskom ili hraniteljskom porodicom

U predmetu Eski protiv Austrije³⁵ podnosilac predstavke je sa svojom partnericom dobio dijete 1993. godine. Veza između njih je prestala 1995. godine i dijete je ostalo da živi kod majke. Aplikant i majka su postigli sporazum o odvijanju kontakta između djeteta i oca. Međutim, sud je dva mjeseca kasnije na prijedlog socijalne službe uskratio pravo oca na kontakt, s obzirom na to da je već tokom prve posjete djetetu vrijeđao majku. Konstantno vrijeđanje majke i nemogućnost da se između roditelja izbjegne konflikt dovelo je u ozbiljnu opasnost psihološki razvoj djeteta. Majka se 1999. godine udala za drugog muškarca koji je 2001. godine podnio zahtjev da usvoji dijete. Aplikant, otac djeteta, nije dao svoju saglasnost za usvojenje

29 Para 45. Keegan protiv Irske.

30 Zakonom o usvajanju iz 1952. godine se predviđa da je potrebna saglasnost "osobe koja je majka djeteta ili staratelj" prije nego što se donese rješenje o usvajanju djeteta. U slučaju vanbračnog oca ne postoji automatsko priznavanje, jer djetetu sud imenuje staratelja (odjeljak 11. Zakona o položaju djece iz 1987. godine).

31 Para 55. Keegan protiv Irske.

32 Ibid

33 Ibid.

34 Zakon o usvajanju Republike Irske iz 2010, dostupan na web adresi: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/21/enacted/en/html>. Pristupljeno: 03.02.2017. godine.

35 Eski protiv Austrije (Application no. 21949/03). Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["eski v austria"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-79215"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Pristupljeno: 15.02.2017. godine.

i protivio se njegovom usvojenju. Socijalna služba je 2002. godine donijela odluku da očuh može usvojiti dijete i u svojoj odluci je naveo da uspostavljanje porodičnog života djeteta i očuha, stabilnost djeteta u okviru nove porodice, mogućnost da očuh izdržava dijete, kao i izražena želja djeteta da bude usvojeno od očuha koga je ono smatralo ocem, bili su razlozi za donošenje navedene odluke. Aplikant se žalio da je odluka o usvojenju djeteta bez njegove saglasnosti dovela do povrede njegovog prava na poštovanje porodičnog života.

U navedenom predmetu Sud je naveo da je odluka o usvojenju djeteta nesumnjivo dovela do miješanja u porodični život aplikanta,³⁶ te da u slučajevima usvojenja djeteta kada se biološki otac protivi usvojenju, treba voditi računa o najboljem interesu djeteta. Međutim Sud je naglasio da aplikant nije živio sa djetetom od njegove treće godine života te da nije učestvovao u njegovom odgajanju i vaspitanju, a da je očuh djeteta u posljednje tri godine ostvario *de facto* porodični odnos sa djetetom.³⁷ Usvojenje nije iniciralo povezanost djeteta i usvojitelja, već je naprotiv, konsolidiralo i formaliziralo već postojeću vezu.³⁸ Sud je konstatovao da odluka kojom se dozvoljava usvojenje ne prelazi okvire slobodne procjene. Obzirom na cilj koji se želio postići odobravanjem usvojenja ne može se reći da je došlo do narušavanja principa proporcionalnosti i štetnih učinaka između aplikanta i njegovog djeteta.³⁹ U navedenom predmetu Sud je konstatovao (pet na prema dva) da nije došlo do povrede prava na porodični život.

U izdvojenom mišljenju dvojice sudija⁴⁰ navodi se da u slučaju usvojenja, država ima obavezu da upotrijebi sve raspoložive mjere kako bi se osigurao balans, u trouglu usvojenja, između prava biološkog oca, kandidata za usvojenje i djeteta. Najbolji interes djeteta ne leži u činjenici da se njegovi biološki roditelji, otac i majka, lišavaju prava da daju pristanak na usvojenje. Oduzimanje prava na davanje pristanka na usvojenje djeteta u ovakvim ekstremnim situacijama predstavlja neuspjeh države i potencijalan je izvor duboke patnje za dijete.

Pitanje postojanja „porodične veze“, odnosno želje oca da održi odnose sa svojim djetetom u cilju određivanja postojanja porodičnog odnosa dobija na značaju u slučaju *Söderbäck protiv Švedske*.⁴¹ U ovom predmetu aplikant gospodin *Söderbäck* upoznao je K.W. sa kojom nije bio u stalnoj vezi. U septembru 1982. godine K.W je rodila kćerku M. kojoj je biološki otac gosp. *Söderbäck*. Aplikant je u narednih par mjeseci dva puta posjetio M. i prisustvovao je njenom krštenju. Nakon ljeta 1983. godine nije bilo više kontakata sa aplikantom i njegovom kćerkom. Prema izvještaju socijalne službe K.W. je navela da aplikant ima problema sa alkoholom i da je neprimjereno da posjećuje kćerku M. sve dok ne bude trijezan. K.W. je 1983. godine

36 Para 34. Eski protiv Austrije.

37 Para 39. Eski protiv Austrije.

38 Ibid.

39 Para 42. Eski protiv Austrije.

40 Izdvojeno mišljenje sudija Tulkens i Spielmann u predmetu Eski protiv Austrije.

41 Predmet *Söderbäck protiv Švedske* (113/1997/897/1109). Predmet dostupan na web adresi:

upoznala M.W. i udala se za njega 1989. godine. U vremenskom periodu od 1984. godine do 1986. godine aplikant je povremeno, u prolazu, viđao kćerku, sve dok M.W. nije zabranio da aplikant viđa M. U novembru 1988. godine M.W. je podnio zahtjev za usvajanje M., a u februaru 1989. godine zatražio je od Općinskog suda da mu se dopusti usvajanje M. Općinski sud je zatražio mišljenje socijalnog vijeća koje je odbilo zahtjev za usvajanje navodeći da usvojenje između M. i M.W. nije u najboljem interesu djeteta. Obrazloženje socijalnog vijeća se svodilo na činjenice da M. i M.W. žive već šest godina, da je M.W. za M. psihološki otac i da on osjeća da je M. njegova kćerka. Međutim, aplikant je u periodu od pet godina uvijek pokazivao interes za svoju kćerku ali, radi teške situacije u kojoj se nalazio, on nije imao energije da ostvari kontakt sa njom. On se protivi usvojenju i navodi da njegova kćerka ima pravo da zna svoje porijeklo i da zna svog biološkog oca. Općinski sud je održao saslušanje 1989. godine i donio odluku kojom se dopušta usvojenje. Obrazloženje za ovakvu odluku sud je našao u činjenici da M. vidi M.W. kao svog oca, da je odnos između aplikanta i M. postojao u početku ali da je on kasnije nestao, te da se ne može smatrati da potreba aplikanta da ostvari kontakt sa M. predstavlja smetnju za usvojenje. Iz ovih razloga sud našao da usvojenje treba biti u najboljem interesu djeteta te dopustio da se zasnue usvojenje između M. i M.W.

Sud je naveo da postoji porodični život između oca i djeteta, iako otac nikada nije živio zajedno sa djetetom niti je imao kontakt sa njom. Ipak, Sud nije konstatovao povredu prava na poštovanje porodičnog života. On je priznao da postoje izvjesne veze između djeteta i oca, kao i porodični život između njih, ali je usvojenje opravdao pozivajući se na najbolji interes djeteta. Uzimajući u obzir procjenu najboljeg interesa djeteta od strane domaćih sudova, kao i ograničeni odnos koji je aplikant imao sa svojom kćerkom M. tokom određenog vremenskog perioda, Sud smatra da odluka domaćeg suda ulazi u okvire slobodne procjene.⁴² S obzirom na cilj koji se želi postići usvojenjem ne može se reći da su štetni učinci u pogledu odnosa između aplikanta i njegove kćerke nesrazmjerni.⁴³ Sud je jednoglasno odlučio da ne postoji kršenje člana 8 Konvencije.

U ovom predmetu, identično kao u predmetu Eski protiv Austrije, otac nije vršio roditeljsko pravo, kontakt između djeteta i oca bio je znatno ograničen, a partner majke se starao o djetetu od njegovog rođenja. Kada postoje ovako složeni slučajevi, međusobno suprotstavljeni interesi djeteta, biološkog roditelja i potencijalnih usvojitelja, odnosno kada postoji tzv. trougao usvojenja, primarni značaj u procjeni suprotstavljenih interesa ima najbolji interes djeteta.

Prema navedenim stavovima Suda pitanje saglasnosti oca za usvojenje njegovog djeteta, odnosno pitanje povrede porodičnog života, zavisi od činjenice da li je dijete zasnivalo porodični život sa drugom osobom ili ne. Ukoliko nije došlo do zasnivanja porodičnog života između djeteta i neke druge osobe, u konkretnim presudama sa očuhom, ili ukoliko majka ne vrši svoje roditeljsko pravo onda je neophodna suglasnost oca djeteta i pozitivna je obaveza države da omogući učešće

42 Para 34. Söderbäck protiv Švedske

43 Ibid.

oca u postupku usvojenja. Ako je dijete ostvarilo porodični život sa drugom osobom i ako ne postoji kontakt sa ocem onda je obaveza države da dopusti usvojenje, pri čemu najbolji interes djeteta igra odlučujuću ulogu.

3. Pristanak majke na usvojenje djeteta

U predmetu *Kuijper protiv Nizozemske*⁴⁴, Aplikantica je nizozemska državljanka koja je od 1979. do 1985. godine bila u braku sa muškarcem sa kojim je imala zajedničko dijete koje se rodilo 1980. godine. Nakon razvoda braka postignut je dogovor da dijete ostane kod oca. Od razvoda braka majka je povremeno održavala kontakt sa djetetom, iz razloga što se preselila u Veliku Britaniju. Dijete je samo jednom, tokom ljeta 1986. godine, boravilo kod majke u Velikoj Britaniji u trajanju od četiri nedjelje. Nakon 1986. godine, kontakt između djeteta i majke gotovo da nije postojao. Nakon povratka majke u Nizozemsku ona je izrazila namjeru da uspostavi kontakt sa djetetom ali je dijete odbijalo kontakt sa njom. Otac djeteta je 1988. godine zaključio brak sa drugom osobom sa kojom ima dvoje zajedničke djece. Majka se 1996. godine ponovo udala i sa svojim bračnim partnerom odselila u Sjedinjene Američke Države. Otac djeteta i maćeha su 1998. godine podnijeli zahtjev da maćeha usvoji dijete svog bračnog partnera iz prethodnog braka. Majka se usprotivila usvojenju, navodeći da umanjen kontakt između nje i djeteta ne opravdava prekidanje njihovog porodičnog života, do čega će doći ukoliko dijete bude usvojeno od strane maćeha. Regionalni sud je odlučio da je u najboljem interesu djeteta da bude usvojeno. Manjak interesovanja majke za dijete protumačen je od kao izvjestan oblik zanemarivanja djeteta, te stoga, protivljenje majke nije uzeto kao relevantno. Aplikantica se žalila da je usvojenjem djeteta bez date saglasnosti povrijeđeno njeno pravo na poštovanje porodičnog života.

Iako je Sud donio odluku o neprihvatljivosti predstavke iz razloga navedenih u članu 35. stav 3. i 4. Konvencije⁴⁵, ipak je naveo da član 8. Konvencije zahtijeva da domaće vlasti uspostave pravičnu ravnotežu i balans između stranaka a naročitu pažnju je potrebno posvetiti najboljem interesu djeteta, koji u zavisnosti od njegove prirode i ozbiljnosti može nadjačati pravo roditelja. Uzimajući u obzir procjenu najboljeg interesa djeteta od strane domaćih sudova, kao i ograničeni kontakt između aplikantice i djeteta koji je postojao od 1986. godine, Sud smatra da dopuštanjem

44 Predmet *Kuijper protiv Nizozemske* (Application no. [64848/01](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)). Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["64848/01"\],"itemid":\["001-68538"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Pristupljeno dana 25.02.2017. godine.

45 Član 35. st. 3. Konvencije normirano je: „Sud proglašava neprihvatljivim bilo koji pojedinačni zahtjev priložen na osnovu člana 34. ukoliko smatra da:

a. se zahtjev ne slaže sa odredbama Konvencije ili dodatnih protokola uz Konvenciju, očigledno je neosnovan ili zloupotrebljava pravo na podnošenje pojedinačnih zahtjeva; ili

b. podnosioc zahtjeva nije pretrpio značajnu štetu, osim ako poštivanje ljudskih prava kao što je definisano Konvencijom i njenim protokolima ne zahtijeva razmatranje zahtjeva po meritumu i osigurava da se po ovoj osnovi niti jedan slučaj ne može odbiti a da ga nije na vrijeme razmotrio domaći sud.

Član 35. st. 4. Sud odbacuje svaku predstavku koju smatra neprihvatljivom u smislu ovog člana. On to može učiniti u svakoj fazi postupka.

usvojenja domaće vlasti nisu prekoračile polje slobodne procjene niti da je usvojenjem uspostavljen nepravedan balans i ravnoteža između interesa stranaka.⁴⁶

U predmetu X protiv Hrvatske⁴⁷ Aplikantica je rođena 1972. godine i živi u Zagrebu. Dana 15. decembra 1998. godine Centar za socijalni rad pokrenuo je pred Općinskim sudom u Zagrebu postupak radi oduzimanja poslovne sposobnosti. Dana 25. decembra 1999. godine aplikantica je rodila kćer A., a dana 14. maja 2001. godine Općinski sud u Zagrebu oduzeo je aplikantici poslovnu sposobnost. Aplikantica nije izjavila žalbu na odluku o oduzimanju poslovne sposobnosti, te je odluka postala pravosnažna 8. oktobra 2001. godine jedna od ex lege posljedica oduzete poslovne sposobnosti je da je aplikantici oduzeto roditeljsko staranje iako u odluci o oduzimanju poslovne sposobnosti to nije bilo izričito navedeno. Rješenjem od 22. novembra 2001. godine Centar je aplikantici oduzeo pravo da živi sa svojom kćeri i naložio da se dijete smjesti u SOS Dječje selo L. na skrb jednoj od zaposlenica Dječjeg sela M.V. Određeno je da će se kontakti između djeteta i njegovih roditelja dogovoriti sa skrbnicom, prema Kućnom redu te ustanove. Podnositeljica zahtjeva je, kako navodi, nastavila redovito posjećivati svoju kćer. Prema navodima Vlade, podnositeljica zahtjeva svoju je kćer posjetila jednom u dva mjeseca. U 2003. godini Centar je po službenoj dužnosti pokrenuo postupak usvojenja A., bez znanja podnositeljice zahtjeva. Dana 21. avgusta 2003. godine, M.B., kao skrbnica A., dala je pristanak za usvojenje. Vlada je utvrdila da su 25. avgusta 2003. godine majka aplikantice i djetetova baka s očeve strane obaviještene da je postupak usvojenja u toku. Vlada je uz to utvrdila da je aplikantica o tome obaviještena u telefonskom razgovoru 26. avgusta 2003. godine. Dana 2. septembra 2003. godine Centar je donio rješenje kojim se odobrava usvojenje A. To je rješenje postalo pravosnažno 11. septembra 2003. godine.

Aplikantica je prigovorila je da joj je povrijeđeno pravo na poštovanje porodičnog života jer joj je kći data na usvojenje bez njenoga znanja, pristanka ili sudjelovanja u postupku usvojenja, iako joj nikada formalno nisu oduzeta roditeljska prava.

Vlada je tvrdila da član 8. Konvencije nije primjenjiv na ovaj predmet, tvrdeći da se odnos između aplikantice i njezine kćeri u tolikoj mjeri pogoršao da se on više nije mogao smatrati porodičnim životom te da samo krvno srodstvo nije bilo dovoljno za njegovo održavanje. Vlada je takođe naglasila da se aplikantica prestala brinuti o djetetu i da je to dijete postalo dijete bez roditeljskog staranja, jer mu je otac umro, a majka je bila lišena poslovne sposobnosti, što je sve dovelo do usvojenja djeteta od strane trećih osoba.

U ovom predmetu Sud je konstatovao da nema sumnje da usvojenje djeteta, kao veoma restriktivna mjera koja ima za posljedicu potpuno prekidanje odnosa između roditelja i djeteta, predstavlja miješanje u pravo aplikantice na poštovanje porodičnog

46 Vidi: *Kuijper protiv Nizozemske*.

47 Predmet X protiv Hrvatske (Application no. [\). Pristupljeno dana: 26.02.2017. godine.](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

života kako garantuje stav 1. člana 8.⁴⁸ Prema mišljenju Suda, „potrebno je utvrditi, uzimajući u obzir konkretne okolnosti predmeta, a osobito ozbiljnost odluka koje se donose, jesu li roditelji bili uključeni u proces odlučivanja, gledan u cjelini, u onoj mjeri koja je dovoljna da im se pruži potrebna zaštita njihovih interesa. Ako nisu, to će značiti da nije poštovan njihov porodični život, pa se miješanje do kojega je došlo zbog te odluke neće moći smatrati nužnim u smislu člana 8⁴⁹.“⁴⁹ Sud na početku primjećuje da se niti u jednome od postupaka koji su prethodili usvojenju djeteta nije ocjenjivao odnos između aplikantice i njezine kćeri, bez obzira na činjenicu da je jedna od *ex lege* posljedica odluke o oduzimanju poslovne sposobnosti aplikantici bila njeno potpuno isključenje iz postupka usvojenja njene kćeri, budući da prema domaćemu pravu roditelj kojem je oduzeta poslovna sposobnost nije stranka u postupku usvojenja i njegov pristanak nije potreban za usvojenje.⁵⁰ Sud također primjećuje da nakon što je bila potpuno lišena poslovne sposobnosti, aplikantica je nastavila izvršavati svoja roditeljska prava, barem u određenoj mjeri, budući da su joj prava na kontakte s djetetom bila sačuvana sve do usvojenja.⁵¹ Sud nije prihvatio argument Vlade da se svaka osoba lišena poslovne sposobnosti treba automatski isključiti iz postupka usvojenja svoga djeteta, kao što je u ovome predmetu bila isključena aplikantica. Sud konstatovao da nije bilo dovoljno to što su aplikanticu, dok su joj roditeljska prava još uvijek bila netaknuta, nadležne domaće vlasti tek ukratko obavijestile da je pokrenut postupak usvojenja njezine kćeri. Aplikantici je bilo potrebno pružiti priliku i da bude saslušana u tom postupku, a time i mogućnost da izrazi svoje stavove o mogućem usvojenju svoje kćeri.⁵² Time što je dopustila da aplikantica bude isključena iz postupka koji je doveo do usvojenja njezine kćeri u okolnostima ovoga predmeta, država aplikantici nije osigurala poštovanje njezinoga privatnog i porodičnog života na što ima pravo na temelju Konvencije. Stoga je došlo do povrede člana 8. Konvencije.⁵³

U predmetu A.K.L. protiv Hrvatske⁵⁴ prva aplikantica A.K. rođena je 1987. godine, drugi aplikant, L., biološki sin prve aplikantice rođen je 10. decembra 2008. godine. Zbog nepovoljnih životnih uvjeta (prva aplikantica bila je nezaposlena, nije imala prihoda, pohađala je školski program za osobe s posebnim potrebama, živjela s majkom i duševno bolesnim bratom, u staroj i porušenoj kući bez grijanja) drugi aplikant L. smješten je odlukom nadležnog Centra za socijalnu skrb u hraniteljsku porodicu, uz saglasnost njegove majke (prve aplikantice). Dana 10. maja 2010. godine Općinski sud lišio je aplikanticu roditeljskog prava u odnosu na njenog sina L., na temelju činjenice da je aplikantica imala blaže mentalno oštećenje i da nije mogla na odgovarajući način brinuti o L. Aplikantica je informisana da je njen sin L.

48 Para 45. X protiv Hrvatske.

49 Para 48. X protiv Hrvatske.

50 Para 51. X protiv Hrvatske.

51 Para 52. X protiv Hrvatske.

52 Para 53. X protiv Hrvatske.

53 Para 55. X protiv Hrvatske.

54 Predmet A. K. i L. protiv Hrvatske (Application no. 37956/11). Predmet dostupan na web adresi:

dat na usvojenje 10. decembra 2010. godine, a slijedom činjenice usvojenja Općinski sud odbio je njen zahtjev za vraćanje roditeljskog prava. Aplikantica je podnijela tužbu Sudu u svoje ime i ime svog sina tvrdeći da im je povrijeđeno pravo na privatni život zato što ona nije mogla učinkovito sudjelovati u postupcima koji se tiču njenih roditeljskih prava te da je njen sin dat na usvajanje bez njenog znanja, pristanka ili sudjelovanja u postupku usvojenja.

U ovom predmeti Sud nije odlučivao o tome da li je usvojenje djeteta prve aplikantice bilo kao takvo opravdano, već o tome da li su procedure koje su korištene bile u skladu sa zahtjevima člana 8. Konvencije. Takođe Sud, nije odlučivao je li zakonodavstvo, koje roditelju lišenom prava na roditeljsko staranje ne dozvoljava sudjelovanje u postupku usvojenja, u skladu s članom 8. Konvencije, već je ispitivao jesu li u svakom stepenu postupka za raskidanje međusobnih veza aplikantu osigurana dovoljna sredstva osiguranja za zaštitu privatnog i porodičnog života.⁵⁵ Sud je konstatovao da se može prihvatiti da pristanak aplikantice, s obzirom da je bila lišena roditeljskog staranja, nije bio nužan u postupku usvojenja, Sud također smatra da u slučaju kada, kao što je to i s Hrvatskom, nacionalno zakonodavstvo dopušta vraćanje roditeljskog staranja, neophodno je da roditelj ima priliku iskoristiti to pravo prije nego što je dijete dato na usvojenje, ukoliko takva mogućnost ima kakvo značenje. U postojećem slučaju, time što nisu informirale prvu aplikanticu o postupku usvojenja nacionalne vlasti lišile su je mogućnosti da traži vraćanje roditeljskog staranja prije nego što su veze između biološkog roditelja i djeteta konačno prekinute djetetovim usvojenjem.⁵⁶

Navedene dvije presude dovele su do izmjena i dopuna Obiteljskog zakona Hrvatske gdje se sada, za razliku od prijašnjeg rješenja,⁵⁷ prilikom usvojenja zahtijeva i pristanak roditelja koji je lišen poslovne sposobnosti, neovisno o dijelu u kojemu je lišen poslovne sposobnosti, pod uslovom da lice lišeno poslovne sposobnosti mora biti u stanju razumjeti značenje pristanka na usvojenje, a centar za socijalnu skrb dužan ih je na prikladan način informirati o pravnim i faktičnim posljedicama usvojenja djeteta.⁵⁸ Ako roditelj lišen poslovne sposobnosti nije u stanju razumjeti značenje pristanka za usvojenje, njegov pristanak može nadomjestiti odluka suda.⁵⁹ Ipak u Obiteljskom zakonu ostala je na snazi norma kojom se propisuje da pristanak roditelja nije obavezan ako je roditelj: 1. umro, nestao ili nepoznat ili 2. lišen prava na roditeljsku skrb.⁶⁰

55 Para 70. A.K. i L. protiv Hrvatske.

56 Para 78. A.K. i L. protiv Hrvatske.

57 Član 130. Obiteljskog zakona („Nar. nov., br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11 i 61/11).

Za posvojenje nije potreban pristanak roditelja:

1. koji je lišen roditeljske skrbi,
2. koji je potpuno lišen poslovne sposobnosti,
3. koji je maloljetan, a nije sposoban shvatiti značenje posvojenja.

58 Obiteljski zakon Hrvatske član 188. stav 2.

59 Član 188. stav 3.

60 Član 188. stav 5

U predmetu I. S. protiv Njemačke⁶¹, aplikantica je njemačka državljanka, rođena 1962. godine, koja je u braku od 1986. godine. Ona je iz veze sa drugim muškarcem rodila dvoje djece u aprilu 2000. godine. Mjesec dana nakon porođaja majka je dala djecu u socijalnu instituciju radi zasnivanja usvojenja. U novembru 2000. godine ona je dala izjavu kojom se saglašava da djeca budu usvojena, kao i da sva njena prava prema djeci prestanu u trenutku usvojenja. Aplikantica je imala usmeni sporazum sa usvojiteljima da će joj jednom godišnje slati izvještaj i fotografije djece. Nakon zasnivanja usvojenja postavilo se pitanje postojanja usmenog sporazuma o regularnom kontaktu djece i biološke majke. Nakon što je neuspješno pokušala da poništi izjavu o saglasnosti za usvojenje, majka je podnijela zahtjev za kontakt sa djecom. Sud je odbio ovaj zahtjev i naveo da je trenutkom usvojenja prestalo njeno roditeljsko staranje. Aplikantica se žalila da je ne dozvoljavanje kontakta sa djecom povrijedilo pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.

U ovom predmetu Sud je naveo da odnos između aplikantice i djeteta izlazi izvan okvira porodičnog života, s obzirom na to da je usvojenjem prestalo pravo na poštovanje porodičnog života. Sud je naveo da je usmeni sporazum majke i usvojitelja nastao nakon što je majka obaviještena o pravnim posljedicama nemogućnosti povlačenja izjave o saglasnosti za usvojenje. Sporazum je bio u usmenoj formi i nije sadržavao detalje o odvijanju kontakta

biološke majke i djece.⁶² Postupak usvojenja je sproveden uz učešće aplikantice i uz obavještavanje o svim posljedicama davanja saglasnosti. Pravne veze djeteta i majke prekinute su djelovanjem majke uz potpuno saznanje o svim pravnim i faktičkim posljedicama.⁶³ Sud je našao da su domaće vlasti opravdano dale veći značaj privatnosti i stabilnosti porodičnih interesa djece i usvojitelja, imajući u vidu da su djeca usvojena veoma mlada. Uživljanje i razvoj porodičnog života podrazumijeva nemogućnost da biološki roditelj ostvarivanjem kontakta ometa razvoj djece.⁶⁴ Sud u ovom predmetu nije našao povredu člana 8. Konvencije.

U predmetima kada nije bilo pristanka majke djeteta može se konstatovati da Sud kao sukobljena prava uzima vršenje roditeljskog staranja majke i najbolji interes djeteta. Ukoliko Sud utvrdi da je u najboljem interesu djeteta da bude usvojeno, odnosno ako majka ne održava lične odnose sa djetetom i ne vrši svoje roditeljsko staranje nedostatak saglasnosti majke ima manji značaj od najboljeg interesa djeteta. Ako majka potpuno savjesno vrši roditeljsko staranje i održava lične odnose sa djetetom, ostaje značajna argumentacija protiv dozvole usvojenja, bilo od strane maćehe, bilo od strane drugih osoba.

61 Predmet I.S. protiv Njemačke (Application no. 31021/08). Predmet dostupan na web adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["31021/08"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-144361"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Pristupljeno dana 26.02.2017. godine.

62 Para 85.

63 Para 86.

64 Ibid.

Zaključak

Razlozi kojima se ograničava pravo roditelja da daju saglasnost za usvojenje njihovog djeteta, kao što su: oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost, oduzeto roditeljsko staranje, protek određenog vremena od rođenja djeteta, nepoznato boravište i zapuštanje staranja o djetetu, za Sud ne predstavljaju odlučujuću činjenicu ukoliko roditelju nije data mogućnost učestvovanja u postupku usvojenja. U onim slučajevima kada roditelj nije bio uključen u postupak usvojenja, bez obzira što mu je bila oduzeta poslovna sposobnost ili roditeljsko staranje, Sud je utvrđivao povredu porodičnog života. Za zasnivanje usvojenja uvijek je potreban i pristanak vanbračnog oca djeteta, osim u slučaju ako isti nije obaviješten i savjetovan o posljedicama takvog čina, čime se zabranjuje bilo kakva razlika između bračnog i vanbračnog oca djeteta.

Pitanje saglasnosti roditelja za usvojenje njegovog djeteta, odnosno pitanje povrede porodičnog života, zavisi od činjenice da li je dijete zasnovalo porodični život sa drugom osobom ili ne. Ukoliko nije došlo do zasnivanja porodičnog života između djeteta i neke druge osobe, u konkretnim presudama sa očuhom, ili ukoliko majka ne vrši svoje roditeljsko pravo onda je neophodna saglasnost oca djeteta i pozitivna je obaveza države da omogući učešće oca u postupku usvojenja. Ako je dijete ostvarilo porodični život sa drugom osobom i ako ne postoji kontakt sa ocem onda je obaveza države da dopusti usvojenje, pri čemu najbolji interes djeteta igra odlučujuću ulogu.

Evolutivno tumačenje Konvencije ide mnogo brže od razvoja nacionalnih porodičnih prava tako da u ovom polju, kako bi se zadovoljilo poštovanje privatnog i porodičnog života, pred zakonodavca se stavlja težak zadatak u kojem, ne samo da mora dolaziti do izmjena nacionalnih propisa, već i do stvaranja uslova kako bi država ispunila svoju pozitivnu obavezu.

Dr. sc. Boris Krešić, Ph.D., Assistant Professor
Law Faculty, Tuzla University

THE CONSENT OF THE PARENTS AS THE CONDITION FOR THE VALIDITY OF ADOPTION IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' CASE LAW

Summary

The reasons that limit the right of the parents to give consent to the adoption of their child such as: being deprived of or having limited legal capacity, terminated parental care, the passage of certain time period after child's birth, unknown residence, and neglect care are not held by the Court as decisive, unless the parents are allowed to participate in the adoption procedure. In the cases when the parent was not included in the adoption process, regardless of the fact that he/she was deprived of legal capacity of parental care, the Court found the infringement of family life. The adoption procedure always requires the consent given by the unwed father, unless he is informed and advised on the consequences of such act, whereby any discrimination between the married and unmarried father of the child is forbidden.

The issue of parental consent to the adoption of their child or the issue of the infringement of family life depend on the fact whether the child lives with another person in a family or not. If the family life of the child and some other person, in the specific verdicts stepfather, did not start or if the mother does not execute her parental right, the consent given by the child's father is required and the state has a positive obligation to allow the father to participate in the adoption process. If the child started living in a family with another person and has not contact with the father, the obligation of the state is to allow the adoption, whereby the interest of the child is decisive.

The development of the interpretation of the European Convention on Human Rights is much more rapid than that of the national family laws and in order to meet the conditions for respecting private and family life, the legislator is given a rather difficult task. The task includes not only the changes to the national regulations but also the creation of the conditions for the state to fulfill its positive obligation.

Key words: the best interest of the child, adoption, parent's consent, the European Court of Human Rights

Dr Melanija Jančić, asistentkinja
Fakultet za evropske pravno-političke studije, Novi Sad
Univerzitet Educons, Sremska Kamenica

UTICAJ PRAKSE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA NA PRAVA TRANSEKUSUALNIH LICA

Praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu je neosporno izvršila, a i dalje vrši veliki uticaj na stvaranje ili izmenu nacionalnih zakonodavstava u oblastima koje su regulisane Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Uticaj ovog Suda na nacionalna zakonodavstva uočava se u oblasti porodičnog prava prilikom odlučivanja o konvencijskom pravu na poštovanje privatnog i porodičnog života, pod kojim se podrazumevaju i štite prava transrodnih i transseksualnih osoba. Brojni primeri iz prakse ovog Suda ukazuju na radikalne promene u shvatanju prava i pravnog statusa transseksualnih osoba nakon promene pola. Radi dobijanja odgovora na pitanje da li je praksa Evropskog suda pokretač zakonodavnih promena ili samo sledi i odražava trenutne i razvojne društvene i političke trendove, u ovom radu će biti analizirane pojedine presude ovog Suda koje su imale uticaj na nacionalna zakonodavstva u oblasti prava transseksualnih osoba sa osvrtom na pravo Srbije.

Ključne reči: Evropski sud za ljudska prava, transseksualna lica, pravni status transseksualnih lica, pravna promena pola

1. Uvod

Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP ili Sud) u Strazburu kroz svoju praksu nesporno vrši značajan uticaj na stvaranje ili izmenu nacionalnih zakonodavstava, a pogotovo u oblasti porodičnog prava. Da praksa ESLJP ima uticaj na stvaranje ili izmenu nacionalnih zakonodavstava pokazuje činjenica da u fokusu naučnog istraživanja nije samo pitanje da li praksa ovog suda vrši uticaj na nacionalna zakonodavstva, već pitanje u kojoj meri ona taj uticaj vrši i da li i u kojoj meri vrši uticaj na zakonodavstva onih država koje nisu članice Saveta Evrope i Ugovornice Konvencije. O tome svedoče pojedina istraživanja koja pokazuju da presuda ESLJP protiv neke države, iako je pravno obavezujuća samo za tu državu, povećava verovatnoću da će sve države članice Saveta Evrope usvojiti istu politiku

u prilog LGBT pravima.¹ Evropski sud za ljudska prava kroz svoju praksu smanjuje razlike u politikama među evropskim zemljama sa različitim nivoima javne podrške za LGBT prava tako što podstiče konzervativnije države da izvrše reforme koje bi inače bile ili izbegnute ili odložene.² Međutim, *Lambert* ističe da se problemi u sprovođenju presuda ESLJP javljaju usled odbijanja nacionalnih sudova da prihvate tumačenje koje je previše inovativno u odnosu na domaće pravo,³ dok je stav *Sweet Stone* i *Keller* da je Konvencija, na nacionalnom nivou, efikasna u onoj meri u kojoj nacionalni nadležni organi priznaju, sprovode i ostvaruju konvencijska prava, u kojoj priznaju autoritet tumačenja Suda u svojim odlukama.⁴

Prilikom odlučivanja o članovima 8. i 12. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija), Sud je u obrazloženjima svojih presuda analizirao značenje i sadržinu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, te prava na sklapanje braka, a koje nije oduvek obuhvatalo prava transrodnih i transseksualnih lica.⁵ Međutim, vremenom je kroz evoluciju prakse ovog Suda evoluiralo i pravo na poštovanje privatnog života kroz pružanje određenih pravnih garancija transseksualnim licima. Pojedini slučajevi pred ESLJP,

1 Helfer L; Voeten E, *International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe*, International Organization, 68, Winter 2014, str. 80. Na godišnjem nivou verovatnoća da država promeni svoju politiku oko 14% je veća kada postoji presuda ESLJP, jer iako međunarodni sudovi nemaju direktnu nadležnost za sprovođenje svojih odluka, oni mogu da utiču na one aktore koji tu nadležnost imaju, poput nacionalnih sudova, izvršne vlasti i međunarodnih organizacija. Ovakva razmatranja se delimično mogu objasniti zahtevima Saveta Evrope ili Evropske unije da države koje nastoje da pristupe ovim međunarodnim organizacijama usklade svoju politiku sa pojedinim presudama ESLJP u vezi sa LGBT pitanjima. U literaturi se ističe da su otpori prema LGBT pravima najveći među religioznim, ruralnim i nacionalistički orijentisanim glasačima (str. 89). Ovi autori ističu postojanje tri razloga zbog kojih presude sudova mogu da utiču na njihovo poštovanje i usaglašenost u državama koje nisu strane u postupcima pred međunarodnim sudovima, a to su opasnost od budućih sporova, ubedljiv autoritet sudskog rasuđivanja i efekat koje odluke međunarodnih sudova imaju i kojima se ističe važnost po jedinim pitanja (str. 81).

2 *Ibid*, str. 100.

3 Više o tome: Lambert Abdelgawad E, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, 2nd edition, Council of Europe, 2008, str. 27.

4 *Stone Sweet A; Keller H, Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008, str. 682.

5 Termin transrodna osoba podrazumeva osobe koje imaju rodni identitet drugačiji od pola koji im je pripisan po rođenju, a podrazumeva i one osobe koje osećaju da moraju, kroz odeću, ukrasne dodatke, ponašanje, obrasce govora, kozmetiku ili modifikacije na telu, da se predstavljaju drugačije od onoga što se očekuje od rodne uloge po rođenju, pa se te osobe ne identifikuju sa oznakama muško ili žensko. Transseksualnost se definiše kao ekstremni oblik polne disforije, kada jedna osoba poseduje spoljne karakteristike jednog pola, a istovremeno čvrsto veruje da pripada drugom polu, dok sindrom polne disforije označava osećanje nelagodnosti, koje se javlja usled nepodudarnosti između sopstvenog rodnog identiteta i polne uloge, sa jedne strane i biološkog pola odnosno primarnih i sekundarnih polnih karakteristika sa druge strane (Draškić, M, *Pravno normiranje transseksualiteta u uporednom pravu*, Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu, 11-12, godina XLIII, knjiga 413, 1994, str. 1864.). Zahtevajući promenu pola, transseksualne osobe razlikuju i razdvajaju sebe od homoseksualnih osoba i transvestita. Transseksualne osobe opisuju kao osobe koje su zarobljene u pogrešnom telu, kao žene zarobljene u telu muškarca i obrnuto, a tu ideju je prvi upotrebio nemački pisac i teoretičar 20. veka *Karl Heinrich Ulrichs* kako bi opisao homoseksualnost (Hausman, B, *Changing Sex: Transsexualism, Technology, and the Idea of Gender*, Duke University Press, 1995, pp. 116), što se danas zapravo upotrebljava i koristi kada se govori o transseksualnim licima.

u kojima se postavilo pitanje pravnog statusa transseksualnih lica nakon promene pola operativnim putem, doprineli su razvoju kako pravne prakse, tako i pravne teorije u pogledu shvatanja i tumačenja prava na brak, odbacujući tradicionalni koncept shvatanja braka.

U ovom radu će najpre biti analizirane najznačajnije presude ovog Suda koje svedoče o razvoju tumačenja prava transseksualnih lica. Posebna pažnja će biti posvećena i trenutnim zakonodavnim prilikama u Republici Srbiji, sa osvrtom i analizom prakse Ustavnog suda Srbije.

2. Evolucija prakse ESLJP o zaštiti prava transseksualnih lica

Doprinos ESLJP je do sada veoma uočljiv u oblasti porodičnog prava, u kojoj su mnoge diskriminatorne odredbe na nacionalnom nivou ukinute na osnovu ekstenzivnog tumačenja člana 8. Konvencije, odnosno prava na privatni i porodični život, te je na taj način praksa ovog Suda uticala na nacionalne pravne sisteme.⁶

Pred ESLJP se prvi put u slučaju *Van Oosterwijck v. Belgium*⁷ postavilo pitanje kako bi pol u pravnom smislu trebalo da se utvrdi. Sud je u tom slučaju doneo odluku da ne može da odlučuje u meritumu usled toga što je podnosilac predstavke propustio da iscrpi sve domaće pravne lekove prema pravu Belgije. Međutim, u svom delimično izdvojenom mišljenju sudija *Ganshof van der Meersch* je izneo stav da muškarac ili žena koji nisu u mogućnosti da im se prizna njihov seksualni identitet, odnosno deo statusa koji je neodvojiv od njihove ličnosti, neće biti u mogućnosti da u potpunosti ostvaruju svoju ulogu u društvu i da pravo na priznavanje statusa predstavlja opšti pravni princip.

Prvi značajniji slučaj pred ESLJP o pitanju uzroka transseksualnosti i pravnog statusa transseksualnih lica bio je *Rees v. the United Kingdom*.⁸ Prilikom odlučivanja u ovom slučaju postavilo se i pitanje da li je pravo na brak garantovano i da li se to pravo odnosi samo na vezu između osobe koja je rođena kao muškarac i osobe koja je rođena kao žensko.⁹ Sud je odlučio da nije došlo do povrede člana 8. o pravu na poštovanje privatnog i porodičnog života, kao ni člana 12. o pravu na sklapanje braka i odbio zahtev podnosioca predstavke, koji je operacijom promenio pol iz ženskog u muški, da se izmeni rodni list i da se prikaže pol koji trenutno poseduje, a ne koji je imao rođenjem (para. 12, 14, 46, 51). Podnosilac predstavke je sebe smatrao za muškarca i istakao da ga je i društvo prihvatilo kao takvog, da izuzev rodnog lista, u svim zvaničnim dokumentima stoji njegovo novo ime i prefiks „Gospodin” i da je taj raskorak između njegovog očiglednog pola i onog pola koji je pravno određen izaziva kod njega neprijatnost i poniženje, a sem toga utiče i na njegova

6 Smits J. M, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Interesentia, 2002, str. 22, 23.

7 *Van Oosterwijck v. Belgium*, br. 7654/76, presuda od 6. novembra 1980.

8 *Rees v. the United Kingdom*, br. 9532/81, presuda od 17. oktobra 1986.

9 Coester-Waltjen D, *The Impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European Family Law* u Scherpe J. (ed.), *European Family Law Volume I: The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, str. 60.

prava i socijalna davanja poput prava na brak, na penziju, na određena zaposlenja, upis na univerzitet itd. (para. 17, 34, 40). Sud nije uvažio nijedan od ovih argumenata tvrdeći da odbijanje da se izmeni rodni list ili da se izda izvod koji se ne poklapa sa rodnim listom ne predstavlja mešanje države u privatni život pojedinca, dajući time prednost širokom polju slobodne procene države, dok je prilikom utvrđivanja da li pozitivna obaveza države postoji ili ne, istakao da mora da se uspostavi pravična ravnoteža između opšteg interesa zajednice i interesa pojedinca (para. 35, 37). Sud je takođe odbacio sve argumente podnosioca predstavke da vladina politika predstavlja kršenje prava na sklapanje braka. Vodeći se odlukom Vrhovnog suda Velike Britanije u predmetu *Corbett v. Corbett* (1971), pol se, u svrhu sklapanja punovažnog braka, određuje podudarnošću hromozomskih, gonadnih i genitalnih testova, dok se značaj rodnog lista po pitanju ništavosti braka javlja jedino prilikom dokazivanja kao potvrda identiteta i pola osobe (para. 27). Mišljenje Suda je da se pravo na brak, garantovano članom 12. Konvencije, odnosi na tradicionalni brak između osoba različitog biološkog pola, a što je evidentno i iz same formulacije člana 12. iz koje se jasno vidi da je glavna težnja da se zaštiti brak kao osnova porodice (para. 49).

Sledeći važan slučaj koji se vodio pred ESLJP jeste *Cossey v. the United Kingdom*.¹⁰ U odluci u ovom slučaju Sud je ponovio stav iz odluke u prethodno izloženom slučaju. Naime, odbio je zahtev podnositeljke predstavke, koja je operacijom promenila pol iz muškog u ženski, da se njen rodni list izmeni kako bi mogla da validira njen brak sa muškarcem. Sud je takođe odbacio tvrdnje da se njen slučaj razlikuje od prethodnog, *Rees v. the UK*, smatrajući da je postojanje partnera s kojim bi se brak sklopio nevažno i ističući „da li osoba ima pravo da sklopi brak ne zavisi od postojanja partnera u pojedinačnom slučaju ili želje za brakom, nego od toga da li on ili ona ispunjavaju opšte kriterijume propisane nacionalnim zakonodavstvom” (para. 32). Uvažavajući biološki kriterijum kao odlučujući faktor, Sud je naglasio da „vezanost za tradicionalni koncept braka obezbeđuje dovoljan razlog za nastavak usvajanja biološkog kriterijuma za utvrđivanje pola osobe u svrhu braka i da ovo pitanje spada u okvir nadležnosti države ugovornice da nacionalnim zakonom reguliše ostvarivanje prava na sklapanje braka” (para. 46).

Međutim, određeni pomak u pristupu ESLJP i shvatanju pola isključivo prema biološkim kriterijuma se može primetiti već 1992. godine u slučaju *B. v. France*.¹¹ Podnosilac predstavke je transrodna osoba koja je operacijom promenila pol iz muškog u ženski. U ovom slučaju su u suštini samo ponovljeni argumenti iz prethodna dva slučaja, *Rees* i *Cossey*, a koji se tiču poteškoća sa kojima se podnositeljka predstavke suočava usled odbijanja promene njenih zvaničnih identifikacionih dokumenata i mešanja u njen privatni život. Međutim, za razliku od prethodnih slučajeva, osoba se u Maroku 1972. godine podvrgnula operaciji promene pola, čiji troškovi nisu bili pokriveni nacionalnim osiguranjem, s obzirom na to da u Francuskoj to nije bilo moguće učiniti sve do 1979. godine, kada je samo deo troškova mogao da bude pokriven od strane nacionalnog zdravstvenog osiguranja (para. 11, 18). Takođe, razlikovao se i u tome što su negativan vladin stav i politika

¹⁰ *Cossey v. the United Kingdom*, br. 10843/84, presuda od 27. septembra 1990.

¹¹ *B. v. France*, br. 13343/87, presuda od 25. marta 1992.

prema transrodnim pojedincima mnogo više preovladavali, jer iako se očekuje da se rodni list ažurira tokom nečijeg života usled različitih životnih okolnosti, poput braka, usvojenja, razvoda i smrti, u Francuskoj nije postojala opcija da se izmeni pol osobe koji je zabeležen nakon rođenja (para. 19, 52). Podnositeljka predstavke je bila prinuđena da se služi svojim imenom koje je ubeleženo u rodnom listu u svim identifikacionim dokumentima, s obzirom na to da je prema francuskom pravu promena nečijeg imena bila moguća jedino na osnovu sudske odluke i to samo ako se dokaže legitiman interes koji bi mogao da opravda promenu, a transrodnost se nije smatrala legitimnim interesom (para. 22). U slučaju *B. v. France* pred ESLJP, podnosilac predstavke je istakao da je nauka doprinela razumevanju uzroka transrodnosti: tadašnja istraživanja su pokazala da transseksualno ponašanje može biti uzrokovano hormonalnim promenama tokom trudnoće, odnosno unošenjem određenih supstanci u određenoj fazi trudnoće ili tokom prvih dana života ili usled hromozomskih anomalija (para. 46, 47). Sud je smatrao da je nesporno da su se stavovi promenili i da je nauka napredovala, ali da i dalje ostaje nepouzđano šta je suštinska priroda transseksualiteta, a s tim se i legitimnost hirurške intervencije u takvim slučajevima dovodi u pitanje (para. 48). Sud je odlučio da su ovakva ograničenja za podnositeljku predstavke prouzrokovala značajnu neprijatnost koja je dostigla dovoljan nivo ozbiljnosti da bi se uzelo u razmatranje u skladu sa članom 8. Konvencije i shodno tome, imajući u vidu i polje široke procene države, pravična ravnoteža između opšteg interesa i interesa pojedinca nije postignuta, te je time prekršen član 8. Konvencije (para. 62, 63). Jedno od glavnih pitanja kojim se ESLJP rukovodio prilikom odlučivanja u ovom predmetu jeste pitanje da li se u francuske registre građanskog statusa beleže informacije kojima se identifikuje određeno lice ili samo istorijske činjenice u vezi sa rođenjem.¹² Međutim, ovo dalje ne znači da su odmah i naredne presude ovog Suda išle u ovom pravcu. Prema tome, kao što i autorka *Sabatello* zaključuje, dok je transrodnim osobama pružena prednost naučnih i medicinskih dostignuća, ostvarivanje ovih opcija značilo je gubljenje niz drugih osnovnih ljudskih prava.¹³ Francuski parlament je, međutim, tek 24 godine nakon donošenja ove presude ESLJP, u oktobru 2016. godine usvojio Zakon o priznavanju rodnog identiteta, kojim je se kao uslovi za pravnu promenu pola ne predviđa sterilizacija i podnošenje dokaza o medicinskom tretmanu.¹⁴

Odlukom u slučaju *X, Y and Z v. the United Kingdom*,¹⁵ ESLJP je odbio zajednički zahtev porodice koju čine biološka majka - *Y*, zatim dete - *Z*, koje je začeto veštačkom oplodnjom anonimnim donatorom i partner majke - *X*, transrodno lice koje je promenilo pol iz ženskog u muški (na šta se odnosio zahtjev- ne vidi se zi napisanog) smatrajući da ova tri lica žive *u de facto* porodici, iako podnosilac *X*

12 Draškić M., *Transseksualitet i brak*, Nomos, Beograd, 1994, str. 65.

13 Sabatello M., *Advancing Transgender Family Rights through Science: A Proposal for an Alternative Framework*, Human Rights Quarterly, Vol. 33, 2011, str. 74.

14 <http://tgeu.org/france-adopts-1st-gender-recognition-law-trans-people-continue-being-judged/>, 1.03.2017.

15 *X, Y and Z v. the United Kingdom*, br. 21830/93, presuda od 22. aprila 1997.

nije mogao da bude upisan kao otac deteta (para. 37).¹⁶ Englesko pravo definiše pol lica na osnovu bioloških kriterijuma prilikom rođenja i ne priznaje da se pol može promeniti operativnim putem, a kao rezultat ovakve odredbe, transseksualnom licu koje je promenilo pol iz ženskog u muški nije dozvoljeno da se venča sa ženom niti da se može smatrati ocem deteta (para. 20). Prema tada važećem zakonu (*The Human Fertility and Embryology Act 1990*), kada nevenčana žena rodi uz pomoć biomedicine, a u proces je uključen i njen muški partner, ocem deteta se u pravnom smislu smatra on, a ne donor (para 21). Iako su obe procedure, operacija promene pola i veštačka oplodnja, bile finansirane od strane države, a u skladu sa nacionalnim pravom je pravno priznato očinstvo nad detetom, većina sudija je odobrila državi polje široke slobodne procene (para 39). Sud je odbacio tvrdnje podnosioca predstavke da bi pravno nepriznavanje novonastalog muškarca kao oca moglo da ima uticaja na detetov osećaj ličnog identiteta i sigurnosti, uz napomenu da novonastali muškarac nije bio sprečen da se ponaša i deluje kao otac u društvenom smislu, iako nije biološki otac i istakao da bi pored toga mogao zajedno sa ženom da se podnese zahtev za zajedničko prebivalište što se tiče deteta, čime bi mu automatski bilo povereno vršenje roditeljskog prava prema engleskom pravu (para 50). Sud je podsetio da se pojam porodičnog života ne ograničava samo na porodice zasnovane na braku, već može da obuhvata i druge *de facto* zajednice, međutim njihova zajednica ne može da se izjednači ni sa lezbejskim parom, jer prvi podnosilac X u društvu živi kao muškarac, s obzirom da se podvrgao operaciji promene pola, iako se prema detetu od njegovog rođenja ponašao kao otac u svakom smislu i bio je uključen u kompletan proces artificijele inseminacije (para 36). Osim činjenice da je X po rođenju registrovan kao žensko i stoga ne postoji pravna mogućnost da sklopi brak sa Y ili da bude upisan kao otac deteta, njihova situacija se ne razlikuje od tradicionalnog pojma porodičnog života (para 35). Stoga, Sud smatra da su podnosioci predstavke u sličnoj poziciji kao bilo koja druga porodica kada iz nekog razloga lice koje vrši ulogu oca nije registrovano kao takvo, te je shvatanja da nije osnovano da će se deca i porodice u takvim situacijama posebno stigmatizovati (para 49). U obrazloženju Sud je istakao da „ne postoji zajednički evropski standard koji priznaje roditeljska prava

¹⁶ U ovom slučaju, prvi podnosilac X je transseksualac, koji je promenio pol iz ženskog u muški. Od svoje četvrte godine života oseća se seksualno nelagodno u svom telu i pribegava ponašanju kao muškarac, a što je prouzrokovalo da u adolescenciji pati od suicidalne depresije. On živi u stabilnoj i trajnoj zajednici sa ženom koja je drugi podnosilac Y, a nakon što su započeli zajednički život on se podvrgao operaciji promene pola. Treći podnosilac predstavke je Z, kojeg je Y rodila uz pomoć artificijelne inseminacije putem donora. Međutim, kada su se prijavili za artificijelnu inseminaciju, njihov zahtev je bio odbijen. Oni su navodili da u studiji koja je obuhvatala 37 dece koja su odgajana od strane transseksualnih ili homoseksualnih roditelja ili negovatelja ne postoji nijedan dokaz nenormalne seksualne orijentacije ili nekog drugog defekta (Green R, *Sexual identity of 37 children raised by homosexual or transsexual parents*, American Journal of Psychiatry, br. 135, 1978, str. 692-697). Nakon toga, etički komitet je dao saglasnost da im obezbedi tu vrstu tretmana i zatražili su od X da prizna sebe kao oca deteta. Nakon rođenja deteta, pokušali su da upišu dete pod zajedničkim imenom, ali gospodinu X nije bilo dozvoljeno da se upiše kao otac deteta i to polje je ostavljeno nepopunjeno, iako je detetu dodeljeno njegovo prezime. Koju godinu kasnije istekao mu je ugovor o radu, a jedina poslovna ponuda koju je primio je bila od strane Univerziteta u Bocvani, koji bi mu obezbedio i smeštaj i besplatno obrazovanje za primaoca izdržavanja zaposlenog. Odlučio je da ne prihvati posao s obzirom da se pod licima koje primaju izdržavanje smatraju samo supružnici i biološko ili usvojeno dete.

transseksualcima” i „iako je tehnologija medicinski potpomognutog začeca dostupna u Evropi već nekoliko decenija, mnoga pitanja pogotovo ona u vezi sa očinstvom ostaju predmet rasprave” (para. 44). Stoga je doneo odluku da nije došlo do povrede člana 8. Konvencije odnosno prava na privatni život podnosioca predstavlki i da ne postoji potreba da se predstavlka uzme u razmatranje po pitanju diskriminacije u skladu sa članom 14. Konvencije.

Tek 2002. godine je ESLJP napravio revolucionarni pomak prilikom odlučivanja u vezi sa problemima transseksualnih osoba i to u slučajevima *Christine Goodwin v. the United Kingdom* i *I. v. the United Kingdom*¹⁷ u kojima su podnosioci predstavlke muškarci koji su promenili pol u ženski. U oba slučaja su ponovo iznesene tvrdnje da je država prekršila njihovo pravo na poštovanje privatnog života, pravo na sklapanje braka i odredbu o zabrani diskriminacije, za koju Sud nije smatrao da je potrebno posebno razmatrati. Po ostalim pitanjima, Sud je jednoglasno doneo odluku da prihvata optužbe i nedvosmisleno je odstupio od biološkog kriterijuma određivanja pola koji je u prethodnim odlukama bili jedino privatljiv_i kojeg se do sada držao. S obzirom da je „Konvencija pre svega sistem zaštite ljudskih prava, Sud mora uzeti u obzir promenjeno stanje u okviru tužene države i uopšte u okviru država ugovornica i da odgovori na svako evolutivno približavanje standardima koji treba da se postignu”, kao i „da su se od usvajanja Konvencije dogodile značajne društvene promene kada je reč o instituciji braka, kao i dramatične promene usled napretka i razvoja medicine i nauke u oblasti transseksualnosti” (*I. v. the UK*, para. 54, 80). Sud se osvrnuo i uzeo u obzir i izdvojeno mišljenje sudije *Thorpe* u slučaju *Bellinger v. Bellinger* u kojem je istakao da „osnovi za odluku u slučaju *Corbett v. Corbett* nisu više tako čvrsti, zauzimajući stav da pristup ograničen samo na biološki kriterijum više nije bio prihvatljiv u svetlu naučne, medicinske i društvene promene”.¹⁸ Prema tome, u ova dva slučaja Sud se odlučio za pristup transrodnosti koji se bazira na više kriterijuma a ne isključivo na biološkom i naglasio da „dok je i dalje slučaj da transseksualna osoba ne može da stekne sve biološke karakteristike novog pola, sve sofisticiranijim hirurškim zahvatima i vrstama hormonske terapije, glavni nepromenljivi biološki aspekt rodnog identiteta jeste hromozomski element” (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 82) i da „Sudu nije očigledno da hromozomski element, među svim drugim, mora neminovno imati presudan značaj prilikom pravnog pripisivanja rodnog identiteta transseksualnim osobama” (*I. v. the UK*,

¹⁷ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, br. 28957/95, presuda od 11. jula 2002 i *I. v. the United Kingdom*, br. 25680/94, presuda od 11. jula 2002. U prvom slučaju, podnositeljka predstavlke nakon operacije promene pola trpi seksualno maltretiranje od strane svojih kolega sa posla i u vezi sa tim pokušala je da pokrene postupak, ali neuspešno, s obzirom da je pravno i dalje smatrana za muškarca. Nakon toga, otpuštena je iz radnog odnosa iz razloga povezanih sa njenim zdravljem, ali se zapravo navodi da je pravi razlog bio to što je ona transseksualac. Međutim, počela je da radi kod novog poslodavca, koji je usled broja nacionalnog osiguranja bio u mogućnosti da joj uđe u trag i da sazna sve o njenim prethodnim poslodavcima od kojih je mogao dobiti informacije koje se tiču nje, a takođe neće ni imati pravo na starosnu penziju određenu prema starosnoj granici za žene (60 godina), nego će morati i dalje da uplaćuje doprinose dok ne dostigne starosnu granicu za muškarce (65 godina).

¹⁸ *Bellinger v. Bellinger*, Appeals Court, EWCA Civ 1140, br. B1/2000/3493, presuda od 17. jula 2001, Concurring Opinion of Lord Justice Thorpe, para. 155, 160

(http://www.pfc.org.uk/caselaw/Bellinger%20v%20Bellinger%20Appeal_.pdf).

para. 62). Sud je stava da „tužena država ne može više da tvrdi da ovo pitanje spada u okvire njenog polja slobodne procene, osim u smislu odgovarajućih sredstava za postizanje priznavanja nekog prava koje je zaštićeno Konvencijom” (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 93) i da „s obzirom da ne postoje značajni faktori javnog interesa koji bi prevagnuli nad interesom ovog pojedinačnog podnosioca predstavke za postizanje pravnog priznavanja njene promene pola, Sud je zaključio da sada pravična ravnoteža koja je svojstvena Konvenciji odlučno naginje u prilog podnosioca predstavke i stoga je došlo do kršenja prava na poštovanje privatnog života u smislu član 8. Konvencije” (*I. v. the UK*, para. 73). Što se tiče ostvarivanja prava na brak, Sud smatra da „ostvarivanje prava na sklapanje braka dovodi do društvenih, ličnih i pravnih posledica”, ali i da iako je „tačno da se prva rečenica člana 12. Konvencije izričito odnosi na pravo muškarca i žene da sklope brak, Sud nije ubeđen da se u vreme ovog slučaja i dalje može pretpostaviti da se ovakva formulacija odnosi na utvrđivanje pola isključivo na osnovu biološkog kriterijuma (kao što je smatrao i sudija *Ormrod J.* u slučaju *Corbett v. Corbett*)”¹⁹, već da „postoje i drugi važni faktori – prihvatanje stanja poremećaja rodnog identiteta od strane medicinskih stručnjaka i zdravstvenih vlasti u okviru država ugovornica, obezbeđivanje tretmana, uključujući operaciju kako bi se pojedinac što je više moguće prilagodio rodu kojem oseća da pripada kao i pretpostavka transseksualne osobe o društvenoj ulozi novog pola (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 100). Iako kriterijumi za određivanje pola deteta prilikom rođenja nisu bili definisani zakonom, praksa matičara je bila da se isključivo koriste biološki kriterijumi (hromozomski, gonadni i genitalni) utvrđeni od strane sudije *Ormrod* u slučaju *Corbett v. Corbett*. Zakon o registraciji rođenja i smrti iz 1953. godine (*the Births and Deaths Registration Act 1953*) predviđa korekciju u slučaju administrativnih grešaka ili činjenične greške matičara, a zvaničan stav je da se izmena može izvršiti samo ako se greška dogodila u vreme registracije rođenja (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 25; *I. v. the UK*, para. 21). Činjenica da u kasnijem životu nekog lica može postati očigledno da se psihološki pol tog lica ne poklapa sa biološkim kriterijumima, ne podrazumeva da je prvobitni upis faktička greška. Samo u slučajevima kada je očigledna greška i genitalni pol deteta pogrešno identifikovan ili gde se biološki kriterijumi nisu podudarali, može da se izvrši promena u prvobitnom upisu (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 24, 25).

19 U slučaju *Corbett v. Corbett* (1971. godine), sudija *Ormrod* je odlučio da će se pol za tu svrhu utvrditi primenom hromozomskih gonadnih i genitalnih testova gde su oni podudarni i bez obzira na bilo koju hiruršku intervenciju. Upotreba bioloških kriterijuma za utvrđivanje pola je odobrena od strane Apelacionog suda u predmetu *R. protiv Tan* (1983. godine) i data im je šira primena, kada je sud bio mišljenja da je lice rođeno kao muškarac bilo pravilno osuđeno prema zakonu koji kažnjava muškarce koji žive od prostitucije, bez obzira na činjenicu da je optuženi bio podvrgnut terapiji promene pola. Prema odluci u slučaju *Corbett v. Corbett* brak između transseksualaca koji je promenio pol iz muškog u ženski takođe može biti proglašen za ništav, s obzirom da transseksualac nije bio sposoban da konzumira brak u kontekstu redovnog i potpunog seksualnog odnosa (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 21). Sudu nije jasno da hromozomski element, pored svih ostalih, mora neminovno da ima presudan značaj za potrebe pravnog pripisivanja polnog identita za transseksualna lica. Sud zato nije ubeđen da stanje medicinske nauke ili naučnih saznanja pruža bilo kakav odlučujući argument u pogledu pravnog priznavanja transseksualnih lica (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 82, 83).

U ovim slučajevima, kao i u mnogim drugim, promena pola je izvedena od strane nacionalne zdravstvene službe, koje prepoznaje stanje polne disforije i obezbeđuje, između ostalog, promenu pola operacijom, sa ciljem da se što je bliže moguće asimilira polu kojem transeksualno lice oseća da pripada, a ako je država odobrila lečenje i operaciju za ublažavanje stanja transeksualnog lica, finansirala ili pomogla u finansiranju operacija i zaista dozvoljava veštačku oplodnju žene, koja živi sa ženom koja je postala muškarac; (kao što je pokazano u slučaju *X, Y and Z v. the UK*), izgleda nelogično da odbije priznanje pravnih posledica ishoda do kojeg vodi lečenje.²⁰ Sud je takođe smatrao da nečija nemogućnost da biološki zasnuje porodicu ne oduzima pravo na sklapanje braka (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 98, *I. v. the UK*, para. 78) ali je takođe primetio da se u članu 9. Povelje Evropske Unije o osnovnim pravima bez ikakve sumnje namerno odstupilo od teksta člana 12. Konvencije tako što se uklonilo upućivanje na muškarca i ženu, a što je značilo i proširivanje prava na sklapanje braka.²¹ U obrazloženju Suda se navodi da „U slučaju *Sheffield and Horsham v. the UK*, sudska presuda je stavila akcenat na nedostatak zajedničkog evropskog pristupa oko toga kako da odgovori na posledice koje pravno priznavanje promene pola može da proizvede u drugim oblastima prava kao što su brak, usvojenje, privatnost ili zaštita podataka. U skladu sa principom supsidijarnosti, zaista je primarno za države ugovornice da odluče o merama neophodnim za obezbeđivanje prava iz Konvencije u njihovoj nadležnosti i da, u okviru domaćih pravnih sistema, reše realne probleme koji su nastali pravnim priznavanjem post-operativnog rodnog statusa, u kom pogledu države ugovornice moraju imati široko polje slobodne procene. Sud, shodno tome, pridaje manji značaj nedostatku dokaza zajedničkog evropskog pristupa rešavanju pravnih i praktičnih problema koji se javljaju, nego jasnom i nespornom dokazu kontinuirane težnje u korist ne samo povećane društvene prihvatljivosti transeksualnih lica nego i zakonskog priznavanja novog rodnog identiteta postoperativnih transeksualnih lica” (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 85). Sud je dalje objasnio „da nije prirodno tvrditi da transeksualne osobe nakon operacije promene pola nisu lišene prava na sklapanje braka, s obzirom na to da im, prema zakonu, ostaje samo mogućnost da se venčaju sa osobom suprotnog pola u odnosu na njihov prethodni pol. U ovom slučaju, podnosilac predstave živi kao žena, u vezi je sa muškarcem i samo bi želela da se venča sa muškarcem. Ona nema mogućnost da tako nešto i uradi. Sud smatra da ona, stoga, može da tvrdi da je sama suština njenog prava na sklapanje braka povređeno” (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 101, *I. v. the UK*, para. 81). Naglašava se i „da je sama suština Konvencije poštovanje ljudskog dostojanstva i ljudske slobode. Pogotovo prema članu 8. Konvencije, u

²⁰ *Christine Goodwin v. the UK*, para. 78. Sud dalje navodi da “Iako je i dalje slučaj da transeksualno lice ne može steći sve biološke karakteristike dodeljenog pola (*Sheffield and Horsham v. the UK*), Sud primećuje da razvojem sofisticirane hirurgije i vrstama hormonskih tretmana, glavni nepromenljivi biološki aspekt polnog identita jeste hromozomski element. Međutim, poznato je da hromozomske anomalije mogu nastati prirodno (npr. u slučajevima interseksualnih uslova u kojima se ne podudaraju biološki kriterijumi na rođenju) i u ovim slučajevima, neka lica moraju pripadati jednom polu ili drugom kako izgleda najpogodnije u okolnostima pojedinačnog slučaja” (para. 82).

²¹ Član 9. Povelje EU glasi: “Pravo na sklapanje braka i pravo na zasnivanje porodice treba da bude garantovano u skladu sa nacionalnim zakonima koji regulišu ostvarivanje ovih prava”.

kojem je pojam lične autonomije važan princip, zaštita se daje ličnoj sferi svakog pojedinca, uključujući i pravo na utvrđivanje detalja svog identiteta kao individualnog ljudskog bića” (*Christine Goodwin v. the UK*, para. 90). Sud je u slučaju *Christine Goodwin* istakao da je u interesu pravne sigurnosti, predvidljivosti i jednakosti pred zakonom da Sud, iako nije formalno vezan svojim prethodnim odlukama, bez dobrog razloga ipak ne odstupa od svojih odluka iz prethodnih slučajeva i da je od izuzetne važnosti da se Konvencija tumači i primenjuje na način koji konvencijska prava čini praktičnim i delotvornim, a ne iluzornim i teoretskim, jer bi u suprotnom to moglo predstavljati rizik da se reforme i napredak onemoguće (para. 74).

Sud je ponovio i dalje razradio ovaj stav prilikom odlučivanja u slučaju *Van Kück v. Germany*.²² U ovom slučaju se radilo o muškarcu koji je operacijom promenio pol u ženski, a predstavku je podnela tvrdeći da je nemački sud odbio njen zahtev za naknadu medicinskih troškova nastalih povodom hormonske terapije i operacije promene pola bez pravičnog saslušanja (što je u suprotnosti sa članom 6. Konvencije o pravu na pravično suđenje), zatim da nemački sud nije poštovao njen seksualni identitet i njeno pravo na privatnost, s obzirom na to da je svoju odluku doneo na osnovu pogrešno tumačenih činjenica i smatrao „razne epizode u njenoj prošlosti kao obelodanjivanje muškosti ne uzimajući u obzir sve napore da se potisne osećaj drugačijeg identiteta” (para. 67) i time učinio diskriminaciju. Sud je naglasio da je „koncept privatnog života širok pojam koji nije podložan iscrpnoj definiciji” i da „on obuhvata fizički i psihički integritet osobe”, kao i da „može ponekad da obuhvati i aspekte fizičkog i društvenog identiteta pojedinca” (para. 67). Shodno tome, Sud je odlučio da su rodna identifikacija, ime, seksualna orijentacija i seksualni život, kao i nečije pravo na lični razvoj i pravo na zasnivanje i razvoj odnosa sa drugim ljudima i sa spoljašnjim svetom zaštićeni članom 8. Konvencije i zaključuje „da je sama suština Konvencije poštovanje čovekovog dostojanstva i čovekove slobode i da se obezbeđuje zaštita prava transseksualnih osoba na lični razvoj i na fizičku i moralnu sigurnost” (para. 67). S obzirom na to da je nemački sud krivio podnosioca predstavke da je namerno izazvao svoje stanje transseksualiteta, ESLJP je smatrao da je teret koji je bio na podnosiocu predstavke da dokaže neophodnost medicinskog tretmana, uključujući i operaciju promene pola, u jednom od najintimnijih sferi privatnog života, bio nesrazmeran i da su nemačke vlasti prekoračile svoje polje slobodne procene (para. 80, 81, 82, 85). Stoga, Sud je zaključio da je došlo do povrede prava na privatni život garantovanog članom 8. Konvencije i po prvi put naveo da i nečija seksualna orijentacija spada u antidiskriminativne osnove koji zaslužuju specijalnu zaštitu u skladu sa članom 14. Konvencije (para. 86, 90). Savezna Republika Nemačka je još u septembru 1980. godine usvojila Zakon o promeni ličnog imena i o utvrđivanju polne pripadnosti u posebnim slučajevima (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen*), koji se skraćeno naziva i Zakon o transseksualcima (*Transsexuellengesetz/* ili skraćenica *TSG*),²³ a koji se tiče transseksualnih osoba i njihovog pravnog položaja. Ovaj Zakon

22 *Van Kück v. Germany*, br. 35968/97, presuda od 12. juna 2003.

23 Tekst zakona dopstupan na: <http://www.buzer.de/gesetz/6253/a86928.htm>, <http://www.gesetz-im-internet.de/tsg/BJNR016540980.html>, 20.06.2014.

je pretrpeo poslednje izmene i dopune krajem jula 2009. godine.²⁴ Takođe je i Ustavni sud Nemačke ustanovio da transseksualnom licu mora biti omogućeno da stupi u registrovano partnerstvo sa osobom suprotnog pola bez prethodnog podvrgavanja operaciji promene pola.²⁵

Promene i pomaci u naučnom shvatanju o eventualnim uzrocima transseksualnosti i transrodnosti u odlukama ESLJP doprinose boljem razumevanju kako ove pojave tako i pravnih problema sa kojima se transseksualna i transrodna lica suočavaju. Međutim, ovakve promene dovode i do promena u pravcu regulisanja pravnog statusa ovih lica na nacionalnom nivou. Presude ESLJP u slučajevima *Christine Goodwin v. the UK* i *I. v. the UK*, su direktno uticale na promenu zakonodavstva u Engleskoj i Velsu.²⁶ Godine 2004. usvojen je zakon (*The Gender Recognition Act 2004*) koji omogućava transseksualnim osobama da ostvare pravnu promenu pola i izmenu oznake pola u matičnoj knjizi rođenih, te detaljno reguliše proceduru i postupak.²⁷ Ovaj Zakon je u čl. 4. st. 3. predviđao da ako se transseksualna osoba nalazi u braku ili u civilnom partnerstvu odnosno vanbračnoj zajednici u vreme podnošenja zahteva za izdavanje potvrde o promeni pola, može dobiti samo privremenu potvrdu o promeni pola.²⁸ Ovakvo rešenje je u Engleskoj i Velsu važno sve do donošenja Zakona o istopolnim brakovima 2013. godine

24 Izmene su se odnosile na uslove za pravnu promenu pola. Prvi deo odnosno prvo poglavlje zakona se odnosi na promenu imena, a članom 1. stavom 1. su predviđeni uslovi pod kojima se promena može izvršiti. Naime, osoba može da promeni ime podnošenjem zahteva sudu, uz tri uslova koja moraju biti ispunjena: a) ako to lice više ne oseća da pripada polu koji je naznačen u rodnom listu odnosno matičnoj knjizi rođenih, već oseća da pripada drugom polu i najmanje tri godine živi u skladu sa tim osećanjem; b) ako se sa velikom verovatnošću može pretpostaviti da se osećanje pripadnosti drugom polu više neće menjati i c) ako je nemački državljanin ili stranac koji ima uobičajeno prebivalište u Nemačkoj (azilanti, strane izbeglice, stranci čije pravo države čiji je državljanin ne poznaje sličnu regulativu o ovom pitanju a poseduju neograničeno pravo boravka ili dozvolu boravka koja se može produžavati).

25 Coester-Waltjen, *op. cit.*, str. 63 (*supra* note 9).

26 *Ibid.*, str. 62.

27 The Gender Recognition Act 2004 (Zakon o priznavanju promene pola u Velikoj Britaniji), <http://www.transgenderni.com/Gender-Recognition-7644.html>, 20.06.2014. Transseksualne osobe u Velikoj Britaniji mogu da izvrše pravnu promenu pola u svim ličnim i identifikacionim dokumentima bez prethodno izvršene promene pola operativnim putem, iako se izvršena operacija promene pola prihvata kao dokaz. U čl. 1. ovog Zakona zahtev za izdavanje potvrde o priznavanju pola može da podnese lice svakog pola koje ima najmanje 18 godina i to ako živi u skladu sa drugim polom ili je promenilo pol u skladu sa zakonom zemlje ili teritorije van Velike Britanije. Članovima 2. i 3. je regulisano da će se ovakva potvrda izdati ako lice dokaže da ima ili je imala polnu disforiju, da je živelo u skladu sa drugim polom u periodu od dve godine pre nego što je zahtev podnet, da namerava da nastavi da živi u skladu sa drugim polom sve do smrti i da ispuni određene uslove odnosno da podnese dve vrste izveštaja. Naime, zahtev mora da sadrži ili izveštaj registrovanog lekara iz oblasti polne disforije i izveštaj još jednog registrovanog lekara koji može ali ne mora da bude iz te oblasti ili izveštaj registrovanog psihologa iz oblasti polne disforije i izveštaj još jednog registrovanog lekara koji može i ne mora da bude iz te oblasti.

28 Privremena potvrda o promeni pola se izdaje da bi omogućila podnosiocu i njegovom supružniku ili vanbračnom partneru da okončaju brak ili vanbračnu zajednicu. A general guide for all users Gender Recognition Act 2004, str. 3, <http://hmctsformfinder.justice.gov.uk/courtfinder/forms/t455-eng.pdf>, 20.06.2014. Kada se brak ili vanbračna zajednica okonča, podnosiocu će se izdati stalna i puna potvrda o promeni pola. Podnosiocu se izdaje privremena potvrda o promeni pola na period od šest meseci i u tom periodu je potrebno da se brak ili razreši ili poništi ili da u okviru tog perioda supružnik umre (čl. 5. st. 2).

(*Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 – Part 2 and Schedule 5*),²⁹ a u Škotskoj do donošenja Zakona o braku i civilnom partnerstvu 2014. godine (*Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014 – Part 4 and Schedule 2*).³⁰ Dakle, sve do 2013. godine u Engleskoj i Velsu, a do 2014. godine u Škotskoj se za pravnu promenu pola postavljao uslov da lice nije u braku odnosno razrešenje postojećeg braka, jer bi u suprotnom takav brak bio tretiran kao istopolni brak koji do donošenja zakona iz 2013. i 2014. godine nije bio dozvoljen.

Ostale države ugovornice koje su bile svesne nezadovoljavajućeg zakonskog stanja u ovoj oblasti su takođe izmenile i uskladile svoje nacionalno zakonodavstvo sa praksom ESLJP, kao na primer Španija koja je u martu 2007. godine usvojila Zakon o transseksualcima (*Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*).³¹ U oktobru 2007. godine, Vrhovni sud Irske je u predmetu *Foy -v- An t-Ard Chláraitheoir & Ors* ukinuo zakon kojim je bila zabranjena promena podataka u matičnim knjigama nakon promene pola oslanjajući se na presudu ESLJP u slučaju *Goodwin v. United Kingdom*.³² Međutim, Zakon o priznavanju promene pola (*Gender Recognition Act 2015 – No. 25 of 2015*) je usvojen tek 2015. godine. Njime je omogućena pravna promena pola licu koje je napunilo 18 godina, nije u braku odnosno civilnom partnerstvu (čl. 9. st. 2), a podnelo je potvrdu o odlučnoj i svečanoj nameri da ostatak svog života živi u željenom polu odnosno rodu (čl. 10. st. 1. tač. f).³³

3. Prava transseksualnih lica u Republici Srbiji

3.1. Stanje u praksi i zakonodavstvu Republike Srbije

U Srbiji ne postoji zakonodavni okvir niti je regulisana procedura za promenu pravnog statusa i ličnih dokumenata nakon izvršene operacije promene pola, ali ipak u većim gradovima se oni odobravaju bez nekih većih problema.³⁴ Iz razgovora sa službom matičara u Novom Sadu³⁵ dobila sam informaciju da se svaki podneti zahtev za promenu oznake pola i ličnog imena odobrava bez ikakve diskriminacije, ali su to za sada veoma retki slučajevi. Iako se promena ove vrste podataka vrši

29 Tekst Zakona je dostupan na: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/pdfs/ukpga_20130030_en.pdf, 10.03.2017. Pre usvajanja ovog Zakona, istopolni parovi nisu mogli da sklope brak, već je postojala mogućnost da zasnuju civilno partnerstvo prema Zakonu o civilnom partnerstvu iz 2004. godine (*Civil Partnership Act 2004*).

30 Tekst Zakona je dostupan na: http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/pdfs/asp_20140005_en.pdf, 10.03.2017.

31 Coester-Waltjen, *op. cit.*, str. 62 i 63 (*supra note 9*).

32 Presuda je dostupna na: <http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2007/H470.html>, 18.03.2017.

33 Tekst Zakona je dostupan na: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/25/enacted/en/print.html>, 10.03.2017.

34 Određeni pomak u oblasti ljudskih prava u Republici Srbiji desio se u oblasti antidiskriminativnog prava 2009. godine usvajanjem Zakona o zabrani diskriminacije (*Sl. glasnik RS*, br. 22/2009), kojim se uređuje opšta zabrana diskriminacije, oblici i slučajevi diskriminacije, kao i postupci zaštite od diskriminacije. Članom 2. se definiše pojam diskriminacije, a rodni identitet se navodi kao antidiskriminativni osnov.

35 Razgovor je obavljen sa zaposlenima u matičnoj službi u Novom Sadu 25. januara 2016. godine.

bez diskriminacije i problema, transseksualne osobe su ipak izložene neprijatnosti, pre svega zato što prostorije matičara (takav slučaj je na primer, u Novom Sadu) mogu da prime i po tri podnosioca zahteva istovremeno, s tim da oni nisu izdvojeni i izolovani čak ni paravanom, kako bi se obezbedilo poštovanje privatnosti. Pošto i sama procedura podnošenja zahteva za promenu podataka o polu u matičnim knjigama spada u veoma intimnu i ličnu sferu života pojedinca, smatram da bi trebalo obezbediti posebne prostorije za ovakvu vrstu postupka, kako niko ne bi mogao da bude prisutan u prostoriji osim podnosioca zahteva i matičara, pogotovo imajući u vidu zaštitu podataka o ličnosti.

U poslednjih šest godina u Novom Sadu zahtev za promenu podataka o polu podnele su dve osobe, dok je u poslednjih 12 godina bilo svega tri do četiri slučaja.³⁶ Na pitanje matičaru da li ima više zahteva kojim se traži izmena oznake pola iz muškog u ženski ili obrnuto, odgovor je bio da se podjednako traži promena oznake oba pola, a da su osobe koje su to zahtevale najčešće u srednjim 20-im godinama. Procedura promene podataka u matičnim knjigama vrši se na osnovu člana 31. Zakona o matičnim knjigama (u daljem tekstu: ZMK)³⁷ u okviru poglavlja 4, koji reguliše ispravke u matičnim knjigama. Član 31. se tiče grešaka u matičnim knjigama koje se uoče nakon zaključenja upisa, kada matičar može da ih ispravi samo na osnovu rešenja nadležnog organa odnosno opštinske ili gradske uprave.³⁸ Zahtev za promenu oznake pola u matičnim knjigama podnosi se prema mestu rođenja osobe³⁹ koja podnosi zahtev, dok se promena ličnog imena vrši tek nakon izvršene promene oznake pola. Podnošenje zahteva za promenu ličnog imena reguliše Porodični zakon.⁴⁰ Pravo na promenu ličnog imena ima svako lice koje je navršilo 15. godinu života i koje je sposobno za rasuđivanje (čl. 346. st. 1. Porodičnog zakona).

Prema izjavi matičara, da bi se izvršila ispravka odnosno promena oznake pola u matičnim knjigama, potrebno je da podnosilac zahteva dostavi izvod iz matične knjige rođenih, uverenje o državljanstvu, kao i kompletnu medicinsku dokumentaciju kojom se dokazuje da je izvršena operacija promene pola. Nadležnost za promenu podatka o polu je ustanovljena u korist gradske uprave za opšte poslove matičnog

36 U službi matičara u Novom Sadu se ne vodi posebna zvanična statistika za ovakve slučajeve, tako da se tačan broj podnetih i rešenih zahteva ne zna.

37 Zakon o matičnim knjigama RS, *Sl. glasnik RS*, br. 20/2009 i 145/2014.

38 Čl. 31. ZMK RS glasi: "Greške u matičnim knjigama koje su uočene posle zaključenja upisa, matičar može ispraviti samo na osnovu rešenja nadležnog organa iz člana 6. stava 1. i 4. ovog zakona". Čl. 32. Zakona glasi: "Postupak ispravke greške vodi se po službenoj dužnosti ili na zahtev stranke, odnosno lica koje za to ima neposredan i na zakonu zasnovan pravni interes, u skladu sa propisom kojim se uređuje opšti upravni postupak".

39 Nadležni za vršenje ispravke u matičnoj knjizi rođenih nalaze zakonski osnov u članu 49. ZMK, koji glasi: "Činjenica rođenja upisuje se u matičnu knjigu rođenih u čijem sastavu je naseljeno mesto rođenja deteta".

40 Porodični zakon Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br.18/2005 i 72/2011 - dr. zakon. Porodični zakon u okviru poglavlja 11 sadrži odredbe o promeni ličnog imena. Član 350. reguliše stvarnu i mesnu nadležnost prilikom promene ličnog imena. Stav 1.ovog člana glasi: "Zahtev za promenu ličnog imena podnosi se opštinskoj upravi na čijem području podnosilac zahteva ima prebivalište, odnosno boravište", dok st. 2. glasi: "Opštinska uprava koja prihvati zahtev za promenu ličnog imena dužna je da o tome obavesti nadležnog matičara radi upisa promene ličnog imena u matičnu knjigu rođenih i venčanih i organ koji vodi evidenciju o prebivalištu građana".

područja na kojem je lice rođeno. Praksa matične službe u Novom Sadu je da se zabeleška o promeni pola upisuje samo u izvornik matične knjige rođenih i nikad se ne upisuje u izvod iz matične knjige rođenih, jer je on svima dostupan. Uvid u matične knjige, kao i spise na osnovu kojih je izvršen upis u matične knjige, dozvoljava se licu na koje se ti podaci odnose, članu njegove uže porodice, usvojitelju ili staratelju, a drugim licima na način i pod uslovima utvrđenim zakonom koji uređuje zaštitu podataka o ličnosti i zakonom koji uređuje prava na pristup informacijama od javnog značaja (čl. 41. ZMK). Kada se radi o promeni jedinstvenog matičnog broja građana, transseksualne osobe ne nailaze na veće probleme i poteškoće, s obzirom da nadležni organi policijskih uprava poništavaju postojeći jedinstveni matični broj podnosioca zahteva i na osnovu novog ispravljenog izvoda iz matične knjige rođenih dodeljuju novi.⁴¹ S obzirom da rodni identitet spada u najintimniji deo života neke osobe, podaci o promeni pola bi trebali da budu tajni. Zakon o zaštiti podataka o ličnosti⁴² obezbeđuje zaštitu podataka o ličnosti svakom fizičkom licu, bez obzira na državljanstvo i prebivalište, rasu, godine života, pol, jezik, veroispovest, političko i drugo uverenje, nacionalnu pripadnost, socijalno poreklo i status, imovinsko stanje, rođenje, obrazovanje, društveni položaj ili druga lična svojstva (čl. 1. st. 2). Ovaj Zakon definiše i naročito osetljive podatke, koji se odnose na nacionalnu pripadnost, rasu, pol, jezik, veroispovest, pripadnost političkoj stranci, sindikalno članstvo, zdravstveno stanje, primanje socijalne pomoći, žrtvu nasilja, osudu za krivično delo i seksualni život, a mogu se obrađivati samo na osnovu slobodno datog pristanka lica, osim kada zakonom nije dozvoljena obrada ni uz pristanak (čl. 16. st. 1). Zakon ne navodi rodni identitet odnosno podatak o promeni pola kao naročito osetljiv podatak, a što ono bez ikakve sumnje jeste, pa bi ga u tom smislu trebalo dopuniti.

3.2. Odluka Ustavnog suda Srbije - UŽ-3238/2011

Od značaja je pomenuti odluku Ustavnog suda od marta 2012. godine (UŽ-3238/2011)⁴³ kojom je usvojio ustavnu žalbu podnosioca i utvrdio da je opštinska uprava određene opštine, propustivši da odluči o zahtevu za promenu podataka o polu, povredila Ustavom zagarantovano pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, kao i pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života garantovanog Konvencijom. Podnosilac je, naime, podneo ustavnu žalbu protiv radnje Narodne skupštine i drugih državnih organa zbog povrede ustavom garantovanog prava

41 Pavlović S, *Analiza pravnog položaja transrodnih i transeksualnih osoba u Republici Srbiji*, u: Gajin S. (ur) Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transseksualizma, Prava trans osoba – od nepostojanja do stvaranja zakonskog okvira, Beograd, 2012, str. 63.

42 Zakon o zaštiti podataka o ličnosti Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 97/2008, 104/2009 – dr. zakon, 68/2012 – odluka US i 107/2012.

43 Tekst odluke dostupan na:

<http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/UstavneZalbe/%D0%A3%D0%B6-3238-2011.pdf>, 15.09.2016. Činjenica je da je podnosiocu ustavne žalbe dijagnostifikovan poremećaj polnog identiteta i da se krajem decembra 2010. godine podvrgao operaciji prilagođavanja pola, ali je zahtev podnosioca ustavne žalbe za pravnu promenu pola odbačen zbog stvarne nenadležnosti. Povodom ovog slučaja je Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu dalo mišljenje u kojem se navodi da shodno važećem Zakonu o matičnim knjigama nije moguće izvršiti ispravku podatka o polu i uputilo je podnosioca da može da pokrene vanparnični postupak.

na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti (čl. 23. Ustava), zatim zbog povrede ustavnog načela zabrane diskriminacije (čl. 21. Ustava) i povrede konvencijskog prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8. Konvencije). U vreme pokretanja postupka već je bio na snazi Zakon o zabrani diskriminacije⁴⁴ kojim se razrađuje ovo ustavno načelo i izričito zabranjuje diskriminacija na osnovu rodnog identiteta, te smatram da bi bilo celishodno da se podnosilac ustavne žalbe pozvao i na odredbe ovog Zakona. Podnosilac ustavne žalbe smatra da, time što je Narodna skupština propustila da normira oblast pravnog priznanja prilagođavanja pola, postoji povreda navedenih prava, a pozivajući se na praksu Evropskog suda za ljudska prava obrazložio je da nečinjenje Narodne skupštine može biti predmet odlučivanja Ustavnog suda u postupku o ustavnoj žalbi. Ustavni sud je utvrdio da se ustavna žalba može izjaviti i protiv pojedinačne radnje zakonodavnog organa, te da takva pojedinačna radnja može nastati i nečinjenjem Narodne skupštine. Međutim, Sud smatra da propuštanje zakonodavnog organa da donese određeni zakon ili uredi i dopuni određeno pravno pitanje ne predstavlja pojedinačnu radnju nečinjenja, s obzirom na to da se donošenjem i usvajanjem zakona uređuje pravna oblast na opšti način, propisivanjem opšte pravne norme. Što se tiče pitanja iscrpljenosti redovnog pravnog puta za izjavljivanje ustavne žalbe, Ustavni sud se složio sa činjenicom da izjavljivanje žalbe Ministarstvu kao drugostepenom organu ne bi zadovoljilo standard efikasnog i delotvornog pravnog sredstva, imajući u vidu da se Ministarstvo već izjasnilo po ovom pitanju u svom mišljenju. Zatim, upućivanje podnosioca da u vanparničnom postupku pred nadležnim sudom pokrene postupak za utvrđivanje sadržine isprave takođe ukazuje na neefikasno i nedelotvorno pravno sredstvo, s obzirom na to da se u ovom slučaju uopšte ne radi o toj situaciji. Prilikom zauzimanja ovakvog stava Sud se osvrnuo i na to da je u praksi redovnih sudova u Srbiji doneto bar jedno rešenje kojim se sud oglasio stvarno nenadležnim da postupa po predlogu za donošenje rešenja kojim bi bila utvrđena promena pola u vanparničnom postupku (rešenje Trećeg opštinskog suda u Beogradu ZR-273/05 od 12. maja 2005. godine), ali i na praksu Evropskog suda za ljudska prava. Ustavni sud je ocenio da je nesporno da je prema važećim propisima opštinska uprava jedini nadležni organ koji može izvršiti upis i promenu podataka u matičnu knjigu rođenih, venčanih ili umrlih. Stav suda je bio da u nedostatku izričitog zakonskog uređenja o upisu promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, odredbe ZMK treba tumačiti na način da se upis promene podataka o polu može izvršiti analognom primenom zakonskih odredaba koje uređuju upis činjenice rođenja i svih ostalih podataka, uključujući i pol, koji se u matičnu knjigu upisuje za lice rođeno u zdravstvenoj ustanovi. To znači da je za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi dovoljna dokumentacija zdravstvene ustanove o izvršenoj hirurškoj intervenciji promene pola. Ustavni sud je takođe smatrao da nije potrebno da posebno ocenjuje navode o povredi ustavnog načela zabrane diskriminacije, imajući u vidu da je već prethodno ocenio i utvrdio povredu prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, kao i konvencijskog prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Smatram da bi bilo od velikog značaja da je Ustavni sud odlučio da se radilo i o povredi načela zabrane diskriminacije.

⁴⁴ Zakon o zabrani diskriminacije R. Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 22/2009.

Ovom odlukom naloženo je opštinskoj upravi, kao stvarno nadležnoj za odlučivanje o zahtevu za upis promene podataka o polu, da u roku od 30 dana od dostavljanja odluke odluči o zahtevu za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih. Podnosilac ustavne žalbe je istakao i zahtev da se ova odluka Ustavnog suda odnosi i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji, ali se zakonska odredba na koju se podnosilac pozvao primenjuje u slučaju kada se predmet ustavne žalbe odnosi na više lica, što ovde nije bio slučaj. Međutim, imajući u vidu da je utvrđena povreda prava podnosioca takve prirode da izvesno ukazuje na to da se i druga lica mogu naći u istoj pravnoj situaciji, Ustavni sud je ocenio da se ova odluka, kao mera otklanjanja štetnih posledica, odnosi i na ta lica i odlučio da je dostavi Ministarstvu kako bi upoznao prvostepene organe koji rešavaju u upravnom postupku u oblasti matičnih knjiga sa stavovima Suda. Ustavni sud je, takođe, shodno odredbama Zakona o Ustavnom sudu, uputio pismo Narodnoj skupštini kako bi ukazao na sve aspekte problema nedostatka pravne regulative u ovakvim slučajevima. Prilikom odlučivanja u ovom predmetu, Ustavni sud ne samo da je pružio osnov za zaštitu postoperativnih transseksualnih lica svojim aktivnim pristupom u tumačenju ZMK, nego je dao i značajan doprinos ustavnoj zaštiti ljudskih prava tako što je učinio i korak više od pukog tekstualnog tumačenja ustavnih garancija ljudskih prava.⁴⁵ Iako je od donošenja ove odluke do danas prošlo pet godina, stanje po pitanju pravne praznine u slučajevima pravne promene pola je nepromenjeno, što ukazuje na izrazitu neefikasnost i nezainteresovanost zakonodavnog organa da zaštiti prava transseksualnih lica, kao i na visok stepen nepoštovanja odluka Ustavnog suda.

3.3. Modeli zakona o pravima transseksualnih lica u Republici Srbiji

Pred ESLJP nije pokrenut nijedan slučaj protiv Srbije koji se tiče prava i pravnog statusa transseksualnih lica. Međutim, to ne treba da bude opravdanje ili izgovor za postojanje pravne praznine kada se radi o pravnoj promeni pola i pravima transseksualnih lica koja iz toga proizlaze, posebno imajući u vidu da su postojali pokušaji pojedinih aktera civilnog društva da se sačine modeli zakona koji bi regulisao sva problematična i trenutno nerešena pravna pitanja transseksualnih lica. Naime, u Srbiji je 2012. godine sačinjen Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transseksualizma (u daljem tekstu: Model Zakona), koji pre svega definiše transseksualnost kao rodni nesklad koji se utvrđuje na osnovu nalaza i mišljenja konzilijuma od tri lekara sa posebnom licencom i specijalizacijom za utvrđivanje rodnog nesklada.⁴⁶ Model Zakona, zabranjuje neposrednu ili posrednu diskriminaciju, uznemiravanje i ponižavajuće postupanje, kao i druge oblike diskriminacije na osnovu promene pola i transseksualnosti, i propisuje da organi javne vlasti i zaposleni u njima imaju dužnost da poštuju dostojanstvo ličnosti lica koje je u postupku priznavanja pravnih posledica promene pola. U Modelu zakona se predviđa

45 Papić T, *Right to Privacy and Legal Recognition of Gender Identity in Serbia – Constitutional Court of Serbia at Work*, Annals FLB – Belgrade Law Review, 3, 2016, str.122.

46 Gajin S, (ur), *Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transseksualizma*, Beograd, 2012, str. 123.

i dužnost medicinskih radnika da štite život, zdravlje, privatnost i dostojanstvo lica koje menja pol ili kome se utvrđuje transseksualnost, a sve u skladu sa principima lekarske etike, načelima humanosti, tradicijom medicinske profesije i standardima savremene medicine. Model zakona je predvideo i priznavanje svih pravnih posledica promene pola, a naročito onih koje se tiču ličnih dokumenata, bračnog i porodičnog prava, kao i to da lice koje je promenilo pol ili čija je transseksualnost utvrđena ima pravo da zahteva upis činjenice o novom polu i novog imena u evidencijama o ličnim podacima građana i ličnim dokumentima, dostavljanjem potrebne medicinske dokumentacije. Promena pola odnosno transseksualnost je privatna stvar lica koje je pol promenilo odnosno čija je transseksualnost utvrđena, uz dužnost svih da privatnost tog lica poštuju. Takvo lice ima pravo na zaštitu svoje privatnosti i ličnih podataka koji predstavljaju posebno osetljive podatke o ličnosti. Model zakona je uredio pitanja iz oblasti bračnih odnosa, te roditeljska prava i obaveze, ustanovljavajući pravo na sklapanje braka licu koje je promenilo pol sa licem suprotnog pola, dok se bračna zajednica lica koje je promenilo pol može na osnovu saglasnosti supružnika prevesti u registrovanu istopolnu zajednicu u skladu sa zakonom kojim se uređuje registracija istopolnih zajednica. Ako je lice koje je promenilo pol roditelj, ono i dalje zadržava sva prava i obaveze koje je imalo prema detetu i pre promene pola, dok sama činjenica promene pola odnosno utvrđivanja transseksualizma ne utiče na prava u bračnim i porodičnim odnosima, kao ni na odluke nadležnog organa o vršenju roditeljskog prava ili starateljstva deteta.

U Srbiji je 2013. godine izrađen još jedan model zakona koji se bavi pitanjima rodnog identiteta pod nazivom Model zakona o rodnom identitetu.⁴⁷ Ovim Modelom zakona uređuje se pravo na izražavanje rodnog identiteta, zabrana diskriminacije po osnovu rodnog identiteta, prava lica sa rodnom disforijom, način ostvarivanja i način zaštite tih prava, osnivanje registra lica kojima je izvršena promena oznake pola u dokumentima, nadzor nad sprovođenjem ovog zakona, kao i druga pitanja u vezi sa pravima i dužnostima lica sa rodnom disforijom. Modelom zakona su takođe definisani i pojedini termini koji se tiču ove oblasti, te se rod definiše kao pojam koji označava društveno uspostavljene uloge, položaje i statuse žena i muškaraca u javnom i privatnom životu, a iz kojih usled društvenih, kulturnih i istorijskih razlika proističe diskriminacija zasnovana na biološkoj pripadnosti određenom polu. Rodni identitet označava unutrašnji i lični doživljaj lica na koji ono shvata svoj rod i koji može, ali ne mora da se poklapa sa polom pripisanim po rođenju, uključujući tu i lični doživljaj sopstvenog tela, kao i druge načine rodnog izražavanja, kao što su odevanje, način govora, gestikulacija i slično. Transseksualnost ili rodna disforija označava osećaj dubokog, unutrašnjeg nesklada između biološkog pola lica i njegovog rodnog identiteta, utvrđen od strane lekara psihijatrijske struke, koji se može, ali ne mora otklanjati medicinskim putem (hormonsko-hirurški tretman). Model zakona o rodnom identitetu predviđa i ustanovljava pravo transseksualnih lica na zdravstvenu

47 <http://www.transserbia.org/trans/transseksualnost/543-model-zakona-o-rodnom-identitetu>, 20.06.2014. Autorke pomenutog Modela zakona su Slavoljupka Pavlović, pravnica Gejten-LGBT, dr Jelena Simić iz Centra za unapređivanje pravnih studija, prof. dr Zorica Mršević (Institut društvenih nauka) uz konsultacije sa Milanom Đurićem, Jelenom Vidić i timom Gejten-LGBT. Na sajtu je dostupan tekst Modela zakona o rodnom identitetu.

zaštitu iz sredstava fonda obaveznog zdravstvenog osiguranja, pravo na obaveštenje i pristanak i slobodno odlučivanje o svemu što se tiče njihovog života i zdravlja, zabranu sterilizacije, pravo na zaštitu ličnih podataka, pravo na promenu dokumenata i oznake pola, promenu imena i jedinstvenog matičnog broja građana, zatim prava iz radnog odnosa, pravo na penzijsko osiguranje, na bračni i porodični život, imovinska i druga prava. Da li će neki od ova dva modela zakona, ili pak, neki treći, naići na razumevanje parlamentarnih političkih struktura koji imaju dominantnu i presudnu ulogu u donošenju odluka i da li će ući u skupštinsku proceduru za sada još uvek nije izvesno, ali bi usvajanje ovakvog zakona bilo od velikog značaja jer bi u znatnoj meri doprinelo poboljšanju pravnog statusa transseksualnih lica u Srbiji. Najpre bi im bila obezbeđena određena pravna sigurnost i zaštita države, bili bi pošteđeni kršenja osnovnih ljudskih prava i svih neprijatnosti vezanih za to, kao što je, na primer, nepotrebno odbijanje i odugovlačenje postupaka promene oznake pola i ličnog imena u ličnim i identifikacionim dokumentima. Za sada je njihov pravni položaj nerešen i jedino čemu mogu da se nadaju, osim zakonskog regulisanja ovog pravnog pitanja, jeste da će naići na razumevanje i dobro raspoloženje zaposlenih u nadležnim organima kojima se obraćaju u svrhu realizovanja svojih osnovnih ljudskih prava.

Na neophodnost regulisanja i normiranja pitanja pravne promene pola ukazuje i činjenica da je Srbija zemlja u kojoj se još od 1980-ih godina veoma uspešno obavljaju operacije promene pola, kao i to da se od 1. januara 2012. godine operacija promene pola iz medicinskih razloga finansira iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja.⁴⁸ Normiranjem ove oblasti bi se transseksualnim licima omogućio pravni osnov za pravnu promenu pola bez ikakvih administrativno-pravnih poteškoća. Društvena realnost u Srbiji već više od 25 godina nameće potrebu da se odredbe ZMK usklade sa faktičkim stanjem, ali je zakonodavac izbegavao da tu realnost sagleda, što dovodi do pravne nesigurnosti ovih lica u pogledu mnogih drugih prava, a pre svega prava iz oblasti porodičnih pravnih odnosa i prava na starosnu penziju. Posledica toga je da je pravni status transseksualnih lica i dalje nerešen, tako da pravna promena pola zavisi isključivo od volje nadležnih organa da pravnu promenu pola podvedu pod neki od postojećih pravnih osnova, što je svakako neprihvatljivo.

4. Zaključak

Imajući u vidu različitost pravnih sistema i političkih i državnih uređenja unutar država članica Saveta Evrope, za očekivati je da određene države sporije prihvataju pojedina tumačenja ESLJP koja su naprednija od njihovih nacionalnih zakonskih rešenja. Međutim, to ne treba da bude opravdanje za neizvršenje odluka ESLJP, kao i za neusklađivanje nacionalnih zakonodavstava, a čiji cilj je sprečavanje eventualnih budućih sporova i plaćanja visokih odšteta na ime nepoštovanja određenog ljudskog

48 Osiguranim licima se obezbeđuje najmanje 65% od cene zdravstvene usluge iz sredstava zdravstvenog osiguranja za promenu pola iz medicinskih razloga (čl. 45. st. 1. tač. 4. alineja 4. Zakona o zdravstvenom osiguranju RS, *Sl. glasnik RS*, br.107/2005, 109/2005 - ispr., 57/2011, 110/2012 – odluka US i 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014 - odluka US, 106/2015 i 10/2016 - dr. zakon).

prava. Društveno-kulturološke promene se neizostavno odražavaju i na domenu prava odnosno na promene u pravu, koje su posledica promena i u tumačenjima sudova, koje dolaze do izražaja u obrazloženjima sudskih odluka. U zavisnosti od samog društva, ove promene se događaju brže ili sporije, ali su evidentne u gotovo svakom društvu. S obzirom na to da se Konvencija smatra živim instrumentom i da se mora tumačiti u svetlu savremenih uslova, praksa ESLJP evoluirala i prihvata društvenu realnost čak i kada po nekim pitanjima ne postoji konsenzus u većini država članica, a upravo na taj način ona utiče na nacionalna zakonodavstva kako država članica Saveta Evrope, tako i eventualno na države nečlanice. Kako je oblast ljudskih prava koja se odnosi na LGBT osobe jedna od najdinamičnijih, tako se i stavovi Suda menjaju u pravcu priznavanja sve šireg opsega prava seksualnim manjinama. Iako se u Konvenciji ne spominje rodni identitet kao osnov za diskriminaciju, a pravo na brak se shvatalo u tradicionalnom smislu i odnosi se na pravo muškarca i žene u skladu sa biološkim kriterijumima, ESLJP je kroz svoju sudsku praksu postepeno priznavao pravni status transseksualnih lica nakon promene pola kroz ekstenzivno tumačenje prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Pružajući pravnu zaštitu ovim licima, ESLJP je, direktno ili indirektno, uticao na nacionalna zakonodavstva država članica Saveta Evrope i time započeo trend porasta društvene prihvatljivosti i osveščivanja političkih, pravosudnih i društvenih struktura u određenom društvu o problemima, pružanju pravne zaštite i neophodnosti zakonskog uređenja pravnog statusa i pravne promene pola transseksualnih lica. Presuda u slučaju *Christine Goodwin v. the UK* je najvažnija odluka ESLJP kada se radi o pravima transseksualnih lica, jer, uprkos nepostojanju evropskog konsenzusa po ovom pitanju, prednost je data rešavanju pravnih problema i prepreka sa kojima se transseksualna lica suočavaju prilikom ostvarivanja svojih ljudskih prava nakon promene pola. Da li će i kada Srbija prepoznati neophodnost zakonskog regulisanja pravnog statusa i prava ovih lica je veoma diskutabilno, imajući u vidu visok stepen animoziteta, netrpeljivosti i diskriminacije prema LGBT licima koji su prisutni u srpskom društvu.

Dr Melanija Jančić, assistant,
Faculty of European Legal and Political Studies – Novi Sad
University Educons – Sremska Kamenica

THE INFLUENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' CASE LAW ON THE RIGHTS OF TRANSEXUAL PERSONS

Summary:

The jurisprudence of the European Court of Human Rights in Strasbourg has a significant impact on national legislations regarding human rights regulated by the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. The impact of the ECtHR's case law has very often been reflected in the field of family law when deciding on the right to respect for the private and family life, which implies the protection of transgender and transsexual rights. There are many examples in the case law of the ECtHR that indicate the radical change in understanding the rights and legal status of trans persons after the sex change. In response to a question whether the ECtHR is an agent of policy change or whether its case law only reflects and follows current and evolving legal, social and political trends, in this paper the author will analyze certain judgements within the case law of the ECtHR that had a significant impact on national legislations in regard with LGBT rights with reference to Serbian law.

Keywords: European Court of Human Rights, transsexuals, legal status of transsexual persons, legal sex change

