

БИОЛОШКА ИСТИНА *VERSUS* ЗАКОНСКИ УСТАНОВЉЕНЕ ВЕЗЕ У КОНТЕКСТУ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ

Апстракт

Питање утврђивања порекла детета у односу на његове родитеље због важности коју генетска истина има за појединца, нашло је места за разматрање у одлукама Европског суда за људска права, где се тумачи у оквиру права на породични живот. Поред тога, заштиту у оквиру овог права имају и законски установљене везе између родитеља и детета. У раду је у контексту заштите права на породични живот анализирано вагање Европског суда за људска права између те две вредности (биолошке истине и законски установљених веза). Оно што руководи Европски суд за људска права у сваком случају јесте принцип најбољег интереса детета, који се посебно сагледава, као мерило свих одлука које су везане за дете, али који због своје неодређеност доводи до различитих исхода у случајевима заштите права на породични живот.

Кључне речи: *биолошко порекло детета, законски установљене везе између родитеља и детета, право на породични живот, пракса Европског суда за људска права*

1. Увод

Породични односи могу, а најчешће и укључују односе између родитеља и детета. Због тога овај однос, сликовито речено, означава језгро или срж породичног живота, па не чуди онда што је питање породичног живота у пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту Суд) најчешће уз њега и повезано. Суд је више пута у својим одлукама поновио да од момента рођења детета, између њега и његових родитеља постоји веза која улази у оквир појма “породични живот” из чл.8 Европске конвенције о људским

¹ Докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу E-mail:sanda_bdt@yahoo.com

правима (у даљем тексту Конвенција),² али и да уживање родитеља и детета у међусобном односу представља фундаментални елемент овог појма.³

Однос између родитеља и детета заснива се на унапред утврђеним правним правилима, која најчешће и осликавају генетску везу која међу њима постоји. Међутим, то не мора нужно бити тако, па се породичне везе развијају и самим тим уживају заштиту пред Судом, без обзира да ли се темеље искључиво на правним правилима или је пак, основ за њихово развијање крвна веза. У контексту заштите права на породични живот између биолошке истине и породичне стабилности засноване на законски установљеним везама, Суд се руководи принципом “најбољег интереса детета” као мерилем за постизање равнотеже.⁴ Како овај принцип нема универзално прихватљиву садржину, говори се о “магичној формули” која због те неодређености омогућава “велики маневарски простор приликом доношења одлука које се тичу деце”.⁵ Остављен је, у ствари, простор да се применом “најбољег интереса детета” може доћи до сасвим супротних исхода у случајевима који су по својим карактеристикама врло слични.⁶

2. Породични статус детета и његово биолошко порекло

Питање порекла детета је суштинско питање за сваку одраслу особу јер може значити стицање или пак престанак родитељства према одређеном детету. Подједнако, ако не и више, битно је и за дете, јер од овог важног статусног питања зависи штошта у дететовом животу

² Члан 8 Конвенције гласи:

1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

2. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

³ В. нпр. Case of Monory v. Romania and Hungary, No. 71099/01 од 5. априла 2005, § 70; Case of Iosub Caras v. Romania, No. 7198/04 од 27. јула 2006, § 29.

⁴ Принцип “најбољи интерес детета” званично је први пут истакнут у Конвенцији о правима детета (Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација о правима детета, Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/90 и Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 2/97), у чл.3/1 који прокламује се да ће у свим поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне установе социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета бити од првенственог значаја. Овај принцип се примењује у свим одлукама које се односе на дете и Суд се њиме руководи, иако се изричито у Европској конвенцији о људским правима не помиње.

⁵ В. Влашковић, „Проблем одређивања садржине “најбољег интереса детета”, Анали Правног факултета у Београду 1/2012, 351.

⁶ Ibid., 352.

(нпр. идентитет, статус, држављанство, име, издржавање, наслеђивање, одржавање везе са породицом, одгој, итд).⁷ У савременим условима се, са потпуном извесношћу, може сазнати истина о пореклу детета. Начин за овакво сазнање је савремена научна метода - ДНК анализа. Захваљујући овом методу претпоставка или незнање уступају место истини и то оној која је утемељена на резултатима који не остављају место за двоумљење. Ипак, без обзира на велики напредак који је донела ДНК анализа, могло би се рећи и да овај својеврсни тест биолошке истине отвара прилику за подривање породичне стабилности. Њено неконтролисано и неодмерено коришћење може у сваком моменту срушити један родитељски однос који је дуги низ година проживљаван као прави.⁸

Питање биолошке истине отвара проблем утврђивања порекла детета и то најпре од очеве,⁹ јер је у знатно ређим ситуацијама спорно мајчинство.¹⁰ Тако са циљем утврђивања очинства, лицу може, од стране националног суда, бити наложено да се подвргне ДНК анализи". Међутим, обавеза подвргавања овој крвној експертизи ради утврђивања биолошког порекла, није на јединствен начин уређена у државама уговорницама. Док је у појединим државама (нпр. у Немачкој), са циљем утврђивања биолошке истине могуће применити силу, у другим се чланицама Савета Европе, под окриљем заштите телесног интегритета, лице не може принудити на такву крвну експертизу.¹¹ Са тим у вези, уколико неко лице одбија да се

⁷ Конвенцијом о правима детета гарантовано је право детета да сазна своје порекло "када је то могуће". У литератури је истакнуто да је енглески израз "as far as possible" употребљен у чл.7 ове Конвенције било боље превести на српски језик синтагмом "увек када је то могуће" који имплицира много строжу и мање субјективну квалификацију могућности за сазнање порекла. М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2011, 269.

⁸ З. Поњавић, „Утврђивање порекла детета – између биолошке истине и стабилности", *Правни живот* 10/2014, 22.

⁹ Различита су правна правила утврђивања очинства у зависности од тога да ли је дете рођено у браку или ван брака. Очинство детета рођеног у браку одређује се према правној претпоставци да је муж мајке отац детета (према римском правилу *pater vero est quem nuptiae demonstrant*). Поред правне претпоставке која функционише у случају брачног очинства, када је у питању порекло од оца детета које је рођено ван брака различита су правила његовог утврђивања. Разлика се огледа у чињеници да се у том случају очинство утврђује признањем или судским одлуком.

¹⁰ Од правила *mater semper certa est* постоје изузеци који се односе на биолошки асистирани репродукцију или на анонимни порођај (који познају француско, италијанско и луксембуршко законодавство).

¹¹ Устав Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006) у чл.25 прописује да је физички и психички интегритет неповредив, те да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка. Имајући у виду цитирану уставну одредбу може се закључити да у Србији није правно могуће приморати лице да изврши ДНК анализу. Видети у том смислу *Case of Jevremović v. Serbia*, No. 3150/05 од 17. јула 2007. (Службени гласник РС, бр. 73/07).

подвргне овој анализи прибегава се различитим решењима као што су нпр. кривична одговорност, плаћање новчане казне, наступање дејства претпостављеног очинства и сл. Наведено упућује на закључак да откривање биолошке истине у неким ситуацијама може бити ограничено или пак потпуно онемогућено из различитих разлога правне природе, а затим као последица тога и фактичке.

Са друге стране, и када је биолошка истина јасна установљене законске везе не одражавају нужно генетску реалност, што другим речима значи да се биолошко и правно родитељство не поклапају увек. Док је код материнства оно скоро увек обједињено, код порекла детета од оца, које је само социолошки видљиво, може бити неслагања и то без разлике да ли је очинство утврђено претпоставком, признањем или судском одлуком. Примера ради, претпоставка брачног очинства најчешће осликава истину о биолошком пореклу детета према оцу. Међутим, у неким ситуацијама то и не мора бити тако, па биолошка реалност може бити потпуно заклоњена правном фикцијом. То даље значи да се може догодити да у стварности та правно успостављена веза није и крвна, односно муж мајке није истовремено и биолошки отац детета (уколико рецимо супружници не живе заједно или је пак, због болести јасно да муж мајке не може истовремено бити и отац детета). Ипак, и поред несклада између правног и биолошког очинства претпоставка је и даље на снази. Овај несклад може бити доведен у исту раван, захваљујући могућности да очинство утврђено правном претпоставком буде оспорено од стране свих учесника тог односа (биолошког оца, правног оца, детета или мајке). Допуштено је у већини држава уговорница Конвенције оспоравање очинства у судском поступку уз испуњење одређених услова или рокова, док је потпуно ограничено у Холандији и Бугарској. Разлози ограничења могу се тражити у правној извесности и у настојању да се очува стабилност породице и породичних односа. Напослетку, мерило свих одлука које су везане за дете јесте његов најбољи интерес, који се у сваком случају посебно сагледава. Водећи се овим принципом у појединим ситуацијама се афирмише биолошка истина као основно правило за успостављање његовог порекла и истовремено, са истом мотивацијом, постављају законска ограничења на путу сазнања ове истине.¹²

3. Афирмација биолошке истине у пракси Европског суда за људска права

Право на сазнање биолошке истине није експлицитно установљено Конвенцијом, па се она ни не може тумачити на начин

¹² З. Поњавић, 26.

који би јој могао обезбедити посебну заштиту пред Судом. Ипак, у појединим одлукама са циљем да се заштити породични живот он управо генетској истини даје приоритет. Један од таквих случајева је *Kroon and Others v. the Netherlands*.¹³ Наиме, ограничена могућност претпостављеног биолошког оца да оспори очинство мужа мајке била је разлог да се о овом питању расправља пред Судом. Дете подносилаца представке у овом случају рођено је док је његова мајка још увек била удата за другог мушкарца са којим није живела. Дете је у матичну књигу рођених на основу правне претпоставке уписано под презименом мужа. Подносиоци представке (дете, мајка и биолошки отац детета) тврдили су да је повређено њихово право на породични живот, зато што створена породична веза није могла бити и правно потврђена. Наиме у матичним књигама нису могли променити детиње презиме без сагласности мужа подносиоце представке. Односно, њен муж требао је оспорити своје очинство (што је било немогуће, с обзиром да је непознато његово пребивалиште), због чега је захтев за упис биолошког оца (подносиоца представке) одбијен.

Суд је, у овом случају, истакао да се “породични живот” не своди искључиво на односе који се темеље на брачној вези и да може обухватати и друге *de facto* породичне везе у ситуацијама када појединци живе заједно, мада нису у браку. Затим је истакао да, иако, заједнички живот може представљати основ за такав однос, у неким случајевима и други чиниоци (рођење деце у овом случају) могу послужити као доказ да је однос у довољној мери константан да представља *de facto* породичну везу. Суд је постојање породичне везе између подносилаца представке и прихватио закључивши да је у конкретном случају постојала позитивна обавеза државе да правно обезбеди њено формирање.¹⁴ На тај начин Суд афирмишући генетску

¹³ Case of Kroon and Others v. the Netherlands, No. 18535/91 од 27. октобра 1994.

¹⁴ Како поједини аутори истичу, кроз праксу Суда показало се да су негативне обавезе «неадекватне да обезбеде ефикасно остваривање конвенцијских права» (D.J.Harris, M.O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, Third edition, Oxford University Press 2014, 504). Управо је кроз његову јуриспруденцију превазиђен ранији приступ Суда, који се задовољавао чињеницом да је довољно да се држава уговорница уздржи од интервенције у гарантована права. У великој мери је замењен доктрином о постојању дужности државе да интервенише и предузима позитивне мере како би појединцима омогућила да ефикасно остваре своја права.

У немачкој литератури је о овој теми развијен појам «дужности заштите» (Schutzpflicht), али и један свеобухватан концепт «дужности поступања» (Gewährleistungspflicht), за које се сматра да представља полазну тачку у поимању онога што се на енглеском назива positive obligations (позитивне обавезе) према Конвенцији. Вид. Ch. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, Munchen - Wien 2003, 140, наведено према Д. Поповић, Постанак европског права људских права – есеј о судској креативности, Београд 2013, 206.

истину успостављено правило засновано на правној фикцији ставља у други план. Разлоге за доношење овакве одлуке темељи на мишљењу да поштовање права на породични живот захтева да биолошка и друштvena реалност надвладају правну претпоставку, која заправо у овом случају није користила никоме. Суд је закључио да развијена породична веза између подносилаца представке представља један породични однос који је имао континуитет, стабилност и посвећеност. Осим тога, истакао је и настојање актера тог односа да та веза буде и правно потврђене. Стога је, у конкретном случају и утврдио повреду права на породични живот подносилаца представке.

Ипак, судија Morenilla је у одлуци *Kroon* у издвојеном мишљењу, између осталог, истакао да се не слаже са ставом својих колега изнетим у овој одлуци. Сматрао је да се наметањем “позитивне обавезе” држави да призна право “природног” оца да оспори претпоставку очинства мужа мајке приоритет на тај начин даје биолошким везама.

У литератури се оправдано критикује афирмација биолошке истине уз образложење да може имати радикалне последице по судбину једног стабилног родитељског односа успостављеног на други начин, јер се отвара могућност његовог раскида и после низа година постојања.¹⁵ Опчињеност биолошком истином стога може поткопати темеље породице.¹⁶ Поставља се због тога питање ли у таквој ситуацији треба жртвовати породични мир у име биолошке истине чије откривање понекад може да пружи само интелектуално стерилну сатисфакцију.¹⁷ Генерални став за или против биолошке истине не може се ни заузети, већ то зависи од околности сваког случаја. У појединим ситуацијама наметањем овакве обавезе нарушава се породична хармонија што води дестабилизацији породице. Ипак, у неким другачијим околностима, признање породичне везе између биолошког оца и детета не води нужно уношењу конфузије у породицу. Тако нпр. у случају *Kroon* не треба затворити очи пред реалном ситуацијом, у којој је пребивалиште “правног оца” непознато, породична веза са њим никада није стварно успостављена, те је правна фикција у овом случају само празна љуштура и ипак сметња да један породични однос који истински постоји и правно буде установљен. Са друге стране биолошки отац *de facto* живи са дететом и остварује породичну везу, па је ова чињеница, као додатак крвној вези, определила Суд да у овом случају пружи заштиту породичном животу.

Ипак не може се рећи да је Суд у афирмацији генетске истине

¹⁵ З. Поњавић, 25.

¹⁶ Ibid, 24.

¹⁷ N. Coudoing, Les distinctions dans le droit de la filiation, tel.archives-ouvertes.fr/tel-00318797/document, наведено према З.Поњавић, 24.

доследан. То потврђује одлука у једном случају против Бугарске у којој је као и у Холандији, како је наведено, ограничена могућност биолошког оца да оспори претпоставку брачног очинства. Наиме, у случају *Chavdarov v. Bulgaria*¹⁸ подносилац представке живео је у ванбрачној вези са женом удатом за другог мушкарца. Из те ванбрачне заједнице, која је трајала тринаест година, подносилац представке и његова ванбрачна партнерка добили су троје деце, а према законској претпоставци у матичним књигама као отац је уписан муж мајке. Након што га је ванбрачна партнерка (мајка деце) напустила и започела живот са новим партнером, подносилац представке је живео сам са децом. Пред националним судом није могао оспорити ову законску претпоставку, па је немогућност да правно успостави своје очинство над троје деце сматрао повредом права на породични живот.

Према ставу Суда, године које је подносилац представке провео са својом бившом партнерком и троје деце која су рођена из те везе показују да они јесу породица. Он је са децом развио породичну везу, коју је настојао да учврсти и предузимањем корака који су, као додатак већ постојећој вези, имали за циљ и њено правно установљвање и превазилажење формалних препрека између њега и деце. Суд је даље навео да у регулисању питања очинства државе уговорнице имају широко “поље слободне процене”, јер је то област у којој се у обзир узимају различите моралне, етичке, друштвене и друге околности.¹⁹ Због тога, међу њима не постоји консензус ни по питању омогућавања биолошком оцу да оспори претпоставку очинства мужа мајке. У овом случају, по виђењу Суда, формирана породична веза између подносиоца представке и његове деце, није била угрожена ни по једном основу – ни од стране државе, ни од мајке, нити од законски уписаног оца. Истиче, надаље, да иако подносилац представке према националном закону није могао успоставити своје очинство, то га ипак не лишава могућности да оствари очинску везу

¹⁸ Case of *Chavdarov v. Bulgaria*, No. 3465/03 од 21. децембра 2010.

¹⁹ Јасно је из праксе Суда да међу државама уговорницама нема консензуса по питању утврђивања или оспоравања очинства. То је потврђено у случају *Rasmussen v. Denmark*, где је наведено:

Високе стране уговорнице уживају извесно унутрашње “поље слободне процене” код процене постојања или не постојања разлике у неким сличним ситуацијама, којима би се могао оправдати различит законски третман у ситуацијама утврђивања или оспоравања очинства. Ширина “поља слободне процене” разликује се од случаја до случаја, у зависности од суштине спора и историје целог случаја. У том смислу, један од релевантних чинилаца могло би бити постојање или непостојање заједничког основа међу законима држава уговорница. Упоредно испитивање закона високих страна уговорница којима се регулише поступак за утврђивање очинства показује да нема таквог заједничког основа и да је у већини њих правни положај мајке и правни положај мужа регулисан на различите начине.

са децом или да превазиђе практичне недостатке које носи одсуство такве везе. Конкретно, могао је поднети захтев за усвајање деце или пак, од надлежних социјалних служби захтевати да га поставе за старатеља малолетне деце. С обзиром да се он није користио овим могућностима које је имао на располагању, Суд сматра да се због његове пасивности држава не може сматрати одговорном. Уз то истиче и да су у оквиру националног законодавства, које не дозвољава могућност оспоравања претпоставке очинства мужа мајке, осигурани легитимни дечији интереси. Сходно томе, постигнута је правична равнотежа између интереса друштва и интереса појединца, па у овом случају није повређено право на породични живот.

Ипак, могло би се закључити да је оваква одлука Суда неутемељена и да потпуно негирање права биолошког оца на оспоравање очинства није без мане. Уколико се упореде одлуке у случајевима *Kroon* и *Chavdarov* јасна је, иако у различитим околностима, подједнако развијена породична веза учесника ових односа која би требало да ужива и правну заштиту. У случају *Kroon*, како је наведено, Суд је у том правцу и резоново признајући повреду права на породични живот подносилаца представке, наводећи да у ситуацијама када је успостављен породични живот, односно када постоји породична веза са дететом, држава у складу са позитивним обавезама мора деловати на начин да омогући да се те везе развијају и да уједно буду и правно заштићене.²⁰ Док у овом другом случају *Chavdarov* није напослетку тако и закључио, што указује на недоследност. Самим тим, констатација о афирмацији генетске истине ипак нема потпуно утемељење у пракси Суда, па би се могло закључити да се биолошкој истини не даје “слепа” предност у свим ситуацијама.

4. Породична стабилност заснована на законски установљеним везама и право на породични живот

Постојање крвне везе између детета и родитеља не представља само по себи породични живот, односно таква врста везе не генерише аутоматски породичну везу, нити стицање права на заштиту. При томе, свакако је допуштено позивање на крвно сродство као основ и полазну тачку за развијање и неговање једног породичног односа између родитеља и детета, па самим тим и доказивање породичног живота. Ипак, како та чињеница сама за себе није недовољна, самим тим није ни одлучујућа. Разматрају се наиме и друге околности,

²⁰ Case of Kroon and Others v. the Netherlands, §32; Case of Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg, No. 76240/01 од 28. јуна 2007, § 119; Case of Keegan v. Ireland, No бр.16969/90 од 26. маја 1994, §50.

додатни законски или фактички елементи, као што су емотивна и/или материјална повезаност између лица која траже заштиту. Релевантних случајева који поткрепљују овако изнету тврдњу има више.

Најпре, у случају *Nylund v. Finland*,²¹ Суд је утврдио да биолошка истина није у најбољем интересу детета. У овом случају подносилац представке се са мајком детета растао још док је она била у другом стању. Она се убрзо након тога удала и неколико месеци касније родила дете. Као отац детета, на основу правне претпоставке, уписан је њен муж. Предмет поступка у овом случају био је утврђивање очинства подносиоца представке са циљем раскида постојећих законски установљених породичних веза. Подносилац представке, као биолошки отац детета (што је уз дететов и његов обострани пристанак и доказано ДНК анализом) био је онемогућен да пред националним судом покрене поступак за утврђивање свог очинства. Тврдио је, да је на тај начин мајци омогућено да “легално киднапује дете”. Суд у овом случају сматра да се чл.8 не може тумачити једино на начин који обезбеђује заштиту већ установљеном породичном животу, већ се у извесним околностима може проширити и на потенцијалну везу која се може развити између биолошког оца и детета рођеног ван брака.²² Релевантни фактори који се при том узимају у обзир односе се на интересовање и посвећеност биолошког оца том односу, што у овом предмету није био случај. Подносилац представке, у ствари, није виђао дете, нити је са дететом формирао емотивну везу, стога није било основа да се потенцијалној вези пружи заштита права на породични живот. На тај начин је Суд, у овом случају, већу тежину дао интересу детета, имајући у виду стабилност породичних односа у којима оно живи, као и очувању тих односа, него интересу подносиоца представке да као биолошки отац оспори законску претпоставку. То потврђује изнет став да биолошка истина не значи нужно и правно признање очинства односно да искључиво постојање биолошке везе између родитеља и детета не подразумева постојање блиских личних веза које се могу подвести у оквир појма “породични живот”. У сваком случају полазна тачка је најбољи интерес детета, јер како је Суд

²¹ Case of *Nylund v. Finland*, No. 27110/95 од 29. јуна 1999.

²² Видети и друге одлуке у којима је Суд “намераваном” породичном животу, односно потенцијалној породичној вези пружио заштиту, нпр. Case of *Keegan v. Ireland*, No. 16969/90 од 26. маја 1994., Case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, No. 9214/80; 9473/81; 9474/81 од 28. маја 1985, Case of *Anayo v. Germany*, No. 20578/07 од 21. децембар 2010.

навео у одлуци *Keegan v. Ireland*²³ право на поштовање породичног живота се не може тумачити толико широко да обухвата право да се жеље биолошког оца ставе изнад интереса детета.²⁴

Стабилности породице је тако уступљена предност у односу на биолошку истину и у случају *Kautzor v. Germany*.²⁵ Подносилац

²³ Case of *Keegan v. Ireland*, No бр.16969/90 од 26. маја 1994, §47. Осим тога, одлука *Keegan* може послужити и као потврда друге изнете тврдње која се односи на недоследност Суда. Овде недоследност добија на значају, јер је управо у одлуци *Keegan* вези која тежи породичном животу Суд пружио заштиту. Наиме, Суд је у овом случају утврдио да се однос подносиоца представке и мајке детета, иако касније раскинут и ометен супротстављеним интересима, може подвести под категорију породичног живота. Уз то, што је још значајније сматра и да је дете рођено из такве везе самим тим део тог односа, па онда и између њега и његових родитеља постоји породични живот, и то упркос чињеници што они у време дететовог рођења нису живели заједно. Следи, како је Суд навео, да је од момента дететовог рођења постојала веза између подносиоца представке и његове кћерке, која је имала особине породичног живота. То је у случају *Keegan* било одлучујуће и за остварење осталих права ванбрачног оца који није желео да дозволи усвајање свог детета и самим тим осујети намеру дететове мајке. Суд је са тим у вези закључио да је тајно давање детета на усвајање непосредно после рођења без знања или сагласности подносиоца представке представљало мешање у његово право на породични живот. То, не само да је угрозило развој породичних веза подносиоца представке и детета, већ је покренуло и процес који је имао све изгледе да буде неповратан, чиме је подносилац представке стављен у битно подређени положај у своме надметању за старатељство над дететом са будућим усвојитељима. Определивши се за овакав закључак у одлуци *Keegan v. Ireland*, Суд је у отворио врата да у ревидирану Конвенцију о усвојењу деце пристанак на усвојење треба дати не само брачни већ и ванбрачни отац детета. Вид. *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, чл.5/1(а), доступна на <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm>, 20.09.2015.

²⁴ На исти начин, дајући у складу са поменутих врховним принципом “најбољег интереса детета” предност правној претпоставци, а самим тим и социолошком, а не биолошком родитељству, Суд је резонувао и у случају *İyilik v. Turkey*, No. 2899/05 од 6. децембра 2011. При том, подносилац представке је био у неповољнијем положају од подносиоца из претходног случаја *Nylund* из разлога што његова законом призната ћерка није дала пристанак да се подвргне ДНК анализи, те он није имао доказе да није њен биолошки отац. Суд је утврдио да су одсуство ћеркине жеље да утврди биолошку истину, у комбинацији са протеком времена, чињеница које иде у корист интереса ћерке да не буде лишена законски узстановљеног очинства подносиоца представке. Тако је између претпоставке очинства и могућности да се утврди биолошка реалност, опредељујући се за интерес детета предност дата првој, па је Суд утврдио да није повређено право на породични живот подносиоца представке. Ипак, морамо истаћи да је у одлуци *İyilik*, Суд шпитећи интерес детета занемарио врло важну чињеницу, да је дете, чији је интерес тангиран и на који се Суд у својој одлуци ослања, постало пунолетно. То не значи, при том, да је требала бити донета другачија одлука, већ да је требало више пажње посветити интересима сваке стране, односно постизању равнотеже међу њима. Осим тога, како је у издвојеном мишљењу ове одлуке навео судија Keller, подносилац никада није имао никакав емотивни однос, нити развијену породичну везу са својим “путативном” ћерком, а овај фактор је од стране Суда игнорисан. Чињеница је да се правном фикцијом родитељски однос дугорочно штити, али исто тако је јасна и чињеница да однос детета и родитеља у овом случају нема никакву садржину, већ се и овде може окарактерисати као празна љуштура, што додатно слаби моћ ове претпоставке.

²⁵ Case of *Kautzor v. Germany*, No. 23338/09 од 22. мапра 2012.

представке је претпостављао да је он биолошки отац ћерке, коју је родила његова бивша супруга, Д. Она живи са новим партнером (Е.), који је признао очинство над девојчицом. Доцније су се Д. и Е. венчали и добили двоје деце. Подносилац представке је настојао да призна очинство и са тим циљем је покренуо поступак, истовремено оспоравајући уписано очинство. Национални суд је по спроведеном поступку одбио захтев подносиоца представке, а своју одлуку образложио већ установљеним друштвеним и породичним односом који је постојао између детета и њеног законског оца (Е.). У овом случају се правно установљено очинство мушкарца Е, иако није био биолошки отац детета, поклопило са његовом социјалном улогом.

Како је у овом случају наведено непостојање консензуса по питању оспоравања правног очинства од стране биолошког оца омогућава широко “поље слободне процене” државама уговорницама. Мишљење је Суда да у складу са тим принципом за тумачење Конвенције и треба донети одлуку у случају *Kautzor*. Наиме, чл.8 не намеће државама уговорницама обавезу да потенцијалном биолошком оцу у потпуности забране да оспорава утврђено правно очинство детета. Истовремено, не постоји њихова обавеза ни да у сваком случају морају дозволити биолошком оцу да оспори статус правног оца. Из тога даље следи да државе онда не морају обезбедити ни посебне услове који би за циљ имали успостављање биолошког очинства. Такође, како је Суд у овом случају истакао чл.8 се не може тумачити ни као наметање обавезе државама уговорницама да обезбеде биолошком оцу могућност да успостави везу са својим дететом, нарочито рецимо омогућавањем права на контакт.²⁶ Таква обавеза не произилази ни из праксе Суда.²⁷ Ипак, чини се да оно што јесте обавеза, у сваком случају који је везан за дете, па и када је установљивање правне везе са биолошким оцем, његов најбољи интерес мора бити од превасходног значаја. У случају *Kautzor*, управо је у складу са овим врховним принципом превласт дата постојећим породичним односима који постоје између детета и његових законских родитеља, што је надјачало интерес биолошког оца. Без обзира што однос између детета и подносиоца представке, није имао одређену форму, која је некада довољан предуслов да Суд закључи да породични живот постоји, спорна је у овом случају била његова садржина, јер осим правне везе која је недостајала, није постојала ни стварна веза у смислу блискости и развијених породичних односа, које су саставни елемент породичног живота. Подносилац представке у ствари никада није живео са дететом, па Суд, због тога, у овом случају

²⁶ Case of *Kautzor v. Germany*, §76.

²⁷ Case of *Kautzor v. Germany*, §77.

испред биолошке истине ставио друштvenu реалност и стабилност породичних веза и установио да није повређено подносиочево право на породични живот. Тиме је доказао да је потпуно јасно да су за породицу биолошке везе од великог значаја, али да је за постојање породичне блискости и развијање породичних веза које могу уживати заштиту под окриљем права на породични живот потребно и нешто више од тога.²⁸

Како генетска веза није за Суд увек одлучујућа чињеница на основу које ће пружити заштиту породичног живота, он јој даје предност у једном ограниченом виду, па није увек чинилац који га опредељује да установи да породични живот између одређених лица постоји и да га сходно томе треба и заштити. Као што присуство ове везе између родитеља и детета не подразумева аутоматски породични живот, ни одсуство такве везе не подразумева нужно не потпадање у оквир појма породични живот. Суд у својим одлукама јасно наводи да појам породичног живота укључује и друге везе и односе и не ограничава се на оне који су по својој природи биолошки засновани. То је и потврдио у својим одлукама, истичући да породични живот може постојати и без крвног сродства. Тако је *X,Y,Z v. The United Kingdom*²⁹ заправо редак пример у пракси Суда, где је утврђено да породични живот постоји међу лицима која нису крвно повезана. У овом случају подносилац представке је транссексуалац који је променио пол из женског у мушки, али му није дозвољено да у матичне књиге буде уписан као отац детета које је његова партнерка родила, а које је зачето поступком вештачке оплодње спермом непознатог донора. Суд је у овом случају најпре подсетио да појам

²⁸ Сличан са случајем *Kautzor* у једној мери је *Ahrens v. Germany* (No. 45071/09 од 22. март 2012.) у којем је подносилац представке тврдио да је повређено његово право на породични живот због немогућности да пред националним судом оспори правно очинство детета које је сматрао својим. Суд је у овом случају закључио да однос подносиоца представке са дететом не потпада у оквир породичног живота, без обзира на постојање крвне везе. Истичући врхунски значај принципа најбољег интереса детета, Суд је опет навео да у зависности од природе и карактера односа он може однети превагу над интересима родитеља. Мотиви Суда су ту сасвим јасни, па у судским одлукама у којима се кофронтирају права родитеља и детета, интереси детета морају превладати. То онда неминовно води ограничењу права на породични живот једног или оба родитеља. Ослоњен на принцип најбољег интереса детета Суд је сматрао да је у управу у складу са тим интересом од значаја очување породичне заједнице у којој је дете живело са мајком и њеним партнером (који је уз њену сагласност и уписан као отац детета) и где су социјалне и породичне везе већ биле формиране. Другим речима, интереси генетског оца нису превагнули над стабилношћу постојећег породичног односа. Тако да одлука националног суда да не дозволи биолошком оцу да оспори очинство спада у оквир поља слободне процене државе, које је у овим питањима веома широко обзиром на, како је већ истакнуто, недостатак консензуса. Овај принцип тумачења Конвенције послужио је као димна завеса да се иза ње закљони решеност државе да се у овом случају сачува породица у којој дете живи.

²⁹ *Case of X,Y,Z v. The United Kingdom*, No. 21830/93 од 22. априла 1997.

“породични живот” у смислу чл.8 није ограничен једино на породице засноване закључењем брака, већ може обухватити и друге *de facto* везе. Истакао је затим да приликом одлучивања да ли се неки однос може подвести под појам породични живот, морају се имати у виду и различите околности, од којих се издваја најпре заједнички живот партнера, затим дужина трајања тог односа, начин на који исказују посвећеност том односу, при чему заједничка деца могу бити један од показатеља у том смислу, али се то може исказати и на други начин. Узимајући у обзир ове елементе, Суд је у случају *X, Y, Z* утврдио да се веза успостављена између подносиоца представке, његове партнерке и детета може подвести под појам “породичног живота”. Релевантне околности на основу којих је Суд извео овакав закључак односе се квалитет установљених породичних веза, односно чињеницу да овај пар живи заједно више од 10 година, да је подносилац представке од почетка учествовао у поступку добијања дозволе за вештачку оплодњу, као и да касније према детету понашао као отац. Међутим, као што ни крвна веза сама за себе није довољна да Суд закључи да породични однос постоји и да заслужије заштиту, ни фактор “друштвене реалности” Суд не прихвата као основни критеријум у установљењу породичног живота, већ тражи чвршћи основ. Разлог је свакако што се искључиво везивање за друштвену реалност може сматрати врло несигурним.

5. Закључак

Презентовани случајеви из праксе Суд упућују на закључак да се у контексту заштите права на породични живот он изричито не опредељује нити за законски установљене везе, нити за оне које су засноване на биолошкој истини. Са једне стране, претпоставка као законска конструкција има своју снагу и као социолошка категорија опстаје зарад очувања породичних веза и одржања правне извесности и по том основу већ успостављеним породичним везама. Са друге стране, осим што утврђивање биолошке истине може у неким ситуацијама значити и дестабилизацију породице и породичног живота, истовремено не треба занемарити могућност развијања породичних веза управо по том основу. Језичак на тасу ваге је увек најбољи интерес детета.

Sanda Ćorac, LLM

PhD student

University of Kragujevac Faculty of Law

BIOLOGICAL TRUTH *VERSUS* LEGALLY ESTABLISHED CONNECTION IN THE CONTEXT OF PROTECTION OF THE RIGHT TO FAMILY LIFE

Summary

The question of determining the origin of the child in relation to his parents about the importance of genetic truth has for the individual, found a place for consideration in the decisions of the European Court of Human Rights (Court), which is interpreted in the context of the right to family life. In addition, the right to family life also protected the legally established connection between parent and child. The paper highlighted weighing of Court between those two values (the biological truth and legally established connection) in the context of the right to family life. Court in each case is guided by the principle of the best interests of the child, which is especially seen as the measure of all decisions related to the child, but that because of its vagueness leads to different outcomes in cases of protection of the right to family life.

Presented cases in this paper suggest that in the context of the right to family life, the Court explicitly destine nor for legally established connections, nor for those that are based on the biological truth. On the one hand as a legal presumption construction has its strength as a sociological category survives for the sake of maintaining family connections and maintaining legal certainty and on that basis already established family ties. At the same time we should not neglect the fact that in addition to determining the biological truth may in some cases mean the destabilization of the family and family life, at the same time we should not ignore the possibility of developing family ties on this basis.

Key words: biological origin of the child, legally established connection between parent and child, the right to family life, the European Court of Human Rights