

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Урош П. Новаковић

**ПРАВО НА ПОШТОВАЊЕ
ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА**

докторска дисертација

Београд, 2015

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Uroš P. Novaković

RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2015

Подаци о ментору и члановима комисије

Ментор:

др Марина Јањић-Комар,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

др Марина Јањић-Комар,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Бранко Ракић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Радоје Кораћ,
редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе

Датум одбране:

Право на поштовање породичног живота

Резиме

Докторска дисертација анализира право на поштовање породичног живота. Право на поштовање породичног живота спада у нова, савремена породична права. Право на поштовање породичног живота садржи у себи однос између два члана породице. Право на поштовање породичног живота је, пре свега, право предвиђено на европском правном подручју и то Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. У погледу права на поштовање породичног живота у домаћој литератури породичног права није било обимнијих радова (монографија, зборника) и ово право није студиозније проучавано.

У уводу се дају разлози за изучавање ове теме, затим методолошки приступ, хипотезе од којих се полазило, и очекивани научни допринос докторске дисертације.

У првој Глави докторске дисертације разматрају се промене у савременом породичном животу које су довеле до промена основних појмова породичног права - породице, брака, пола, родитеља, супружника.

У другој Глави, полазећи од основне идеје рада да право на поштовање породичног живота своје постојање црпи из Европске конвенције о људским правима, а да своју интерпретацију добија у пресудама Европског суда за људска права, разматрају се значај и структура ових "извора" за право на поштовање породичног живота и на унутрашње правне системе држава чланица.

У трећој Глави разматра се порекло детета од стране оба родитеља и право на поштовање породичног живота. Посматра се настанак и постојање права на поштовање породичног живота детета у односу на мајку и оца, као и на (ван)брачни статус родитеља детета. Посебно се разматра утицај и однос ЕСЉП према биолошком и социјалном критеријуму за стицање статуса родитеља у праву.

У четвртој Глави разматра се право на поштовање породичног живота у вези са родитељским правом, вршењем родитељског права, лишењем родитељског права и одвајањем родитеља и детета. Централни део права на поштовање породичног живота представља однос између родитеља и детета. Сви остали

односи између детета и других особа секундарне су важности и цене се у светлу односа детета и родитеља, тачније родитељског права. Својеврстан парадокс у области родитељског права и права на поштовање породичног живота, огледа се у томе што са једне стране имамо сужавање граница родитељског права и родитељских овлашћења услед мешања државе, док са друге стране имамо проширење круга субјеката који могу бити носиоци дела или целине родитељског права и самим тим легитимисани као носиоци права на поштовање породичног живота.

У петој Глави предмет анализе је контакт детета са родитељима и контакт родитеља са дететом у случају престанка брака. Признањем права родитеља на контакт, јавља се обавеза државе да предузме све неопходне мере да се оствари контакт између детета и родитеља. Пропуст у остваривању овог права родитеља прозрокује повреду права на поштовање породичног живота. Разматрају се притивљење детета и(ли) родитеља контакту другог родитеља са дететом. Поред родитеља и детета као главних носилаца права на контакт анализира се и контакт детета и других сродника (бабе, деде, стрица, тетке), као и контакт између браће и сестара.

У шестој Глави разматра се право на поштовање породичног живота код института усвојења и хранитељства. Код усвојења се анализирају признање међудржавног усвојења, недостатак сагласности родитеља за усвојење детета, посебно ванбрачног оца, усвојење и лишење родитељског права и поништење усвојења. Иако хранитељи могу формирати породични живот са дететом, право родитеља на поштовање породичног живота надилази право хранитеља на поштовање породичног живота.

У седмој Глави разматра се отмица деце од стране једног родитеља, као и случајеви промене пребивалишта родитеља који врши родитељско право и детета (*relocation* случајеви). Миграција на глобалном нивоу довела је до тога да десетине и стотине милиона људи закључује међунационалне бракове и добија децу из таквих бракова. Отмица детета је анализирана поводом примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце у одлукама Европског суда за људска права.

У осмој Глави анализира се право на поштовање породичног живота у односу на четири института: депортацију, окупљање породице, право на поштовање породичног живота особа у притвору и насиље у породици. У овој глави, наглашава се као основна претпоставка (хипотеза) да највеће ограничење права на поштовање породичног живота постоји управо код депортације. Јавља се сукоб између права на поштовање породичног живота чланова породице и права државе да ограничи долазак, настањивање и останак чланова породице на својој територији.

У последњој, деветој Глави, разматрају се права особа из хомосексуалних и транссексуалних заједница. Права хомосексуалних и транссексуалних особа нису била предмет повреде права на поштовање породичног живота, већ приватног живота, али је заштиту породичног живота хомосексуалним особама ЕСЈП први пут пружио 2010. године. Питање признања права на поштовање приватног живота транссексуалних особа односи се на промену података у личним исправама након промене пола, као и признању социјалних права (права на пензију).

У закључку се дефинише карактер права на поштовање породичног живота, његово настајање и престанак, даје систематизација породичноправних института који спадају под право на поштовање породичног живота, прецизира ко се све сматра члановима породице.

Кључне речи: Право на поштовање породичног живота. - Породични живот. - Европски суд за људска права. - Порекло детета. - Родитељско право. - Контакт. - Усвојење. - Хранитељство. - Отмица детета. - Депортација. - Окупљање породице - Хомосексуалне заједнице - Транссексуалне заједнице.

Научна област: **право**

Ужа научна област: **грађанскоправна ужа научна област**

УДК број: **347.61/.64**

Right to respect for family life

S u m m a r y

Doctoral dissertation analyzes the right to respect for family life. Right to respect for family life falls into new family rights, human and family rights of third generation. Right to respect for family right consists of, as constitutive element, personal relation between two family members. This right is provided in European legal field, by European Convention for Human Rights. Regarding right to respect for family right, in Serbian Family Law literature there weren't extensively works (monographs, collections) and mentioned right has not been studiously explored.

Preface gives reasons for research of this topic, then methodology approach, hypotheses, and expected scientific contribution of doctoral dissertation.

In the first section of doctoral dissertation changes in contemporary family life which come to shifts of basic Family law terms - family, marriage, sex, parent, spouses - are scrutinized.

In the second section, proceeding from founding dissertation idea that right to respect for family right comes out of European Convention for Human Rights, and gets its interpretation in decisions of the European Court for Human Rights, significance and structure of this sources are considered both on right to respect for family life, as well as to the legal systems of state members.

In the third section subject is biological connection of the child to his parents. Occurrence and existence of the right to respect for family life is observed separately to the mother and father, also to (extra)marital status of child's parents. Special review is placed to attitude of ECtHR to biological and social criteria for acquisition of parental responsibility.

The forth section analyzes the right to respect for family right regarding parental responsibility, exercise of parental responsibility, deprivation of parental responsibility and parent-child separation. The main part of right to respect for family life is relation between parents and child. All other relations between child and other persons are of subsidiary significance in compare to the parents and they are shadowed by parental responsibility. Certain paradox in the field of parental responsibility is reflected in the fact that parental responsibility is narrowing through state intervention, and on the other

side there is expansion of person who can partly or in whole acquire parental responsibility likewise right to respect for family life by *de facto* parent doctrine.

The fifth section analyzes child's contact with his parents and other persons after divorce. From the court decision which consist right to contact between child and parent, state has obligation to take all necessary measures to facilitate contact between child and parent, especially when other parent or child opposes the contact. If the state fail to manage the contact result is violation of the right to respect for family right. Beside parents and child as the main holders of the right to contact also contact of child and other relatives (grandparents, uncle, aunt) is analyzed, as well as contact between siblings.

The sixth part is considered for adoption and foster care as institutes of the right to respect for family life. Interstate adoptions, lack of parent consent for child adoption, in particular extramarital father, adoption after deprivation of parental responsibility, are main topics of this section. Although foster parents could constitute family life with child, parental right to respect for family right is above their right to respect for family right.

In the seventh part subject is child abduction and relocation cases. Global migration led to consequence that hundred millions of people access to international marriages and rise children from such marriages. Child abduction is viewed through regulations of Hague Convention of the Civil Aspects of International Child Abduction in applying of ECtHR decisions.

The eighth section consists of four capital subjects: deportation, family reunion, prisoners right to respect for family life and domestic violence. Greatest restriction of the right to respect for family right comes from deportation, rising conflict between family members right to respect for family life and state right to control arrival, settlement and staying of family members on its territory. Right to respect for private life of transsexual persons is reffered to a change of data on personal records after change of sex, as well as to recognition of social rights (right to pension).

Final, the ninth part, study right of the persons who are in homosexual and transsexual unions. Rights of homosexual and transsexual people had not been subject of the right to respect for family right, yet, right to respect for private life. Since year

2010 ECtHR considered that homosexual persons entitled to right to respect for family life.

Conclusion gives character of the right to respect for family life, its occurrence and discontinuation, systematization of Family Law relations and institutes that are embraced by the right to respect for family life, specify who are family members.

Key words: Right to respect for family life. - Family life. - European Court for Human Rights. - Child origin. - parental responsibility. - Contact. - Adoption. - Foster care. - Child abduction. - Deportation. - Family reunion. - Homosexual unions. - Transsexual unions.

Scientific field: **Law.**

Specific scientific field: **Civil Law.**

UDC number: **347.61/.64**

САДРЖАЈ

Увод.....	1
1. Зашто право на поштовање породичног живота?	1
2. Начин теоријског уобличавања права на поштовање породичног живота	6
3. Методолошки приступ	9
4. Очекивани научни допринос	11
Глава I	
Породица, породично право и породични живот.....	12
1. Промена концепта породичног живота	12
1.1 Промене породичних односа.....	12
1.2 Промене од материјалних ка личним питањима	16
1.3 Парадокс промене од материјалних ка личним питањима.....	17
1.4 Дисконтинуитет (породичног) права и друштвене стварности	17
1.5 Проширење појма породичног живота	19
2. Породично право	20
2.1 Дефинисање Породичног права.....	20
2.2 Да ли је породично право и даље породично?	22
2.3 Породично право данас.....	22
2.4 Криза породичног права?.....	24
2.5 Будућност породичног права?.....	25
2.6 Породично право и лично право.....	26
2.7 Породично право и(ли) породични живот.....	27
3. Породично право између приватног и јавног.....	30
3.1 Породично право и приватноправни елементи.....	30
3.2 Породично право и јавноправни елементи.....	31
4. Породично право у контексту савремених породичних тенденција	34
4.1 Породично право и међународне породичне тенденције	34
4.2 Породично право и европске породичне тенденције	36
4.3 Парадокс савременог породичног права.....	39
5. Породица	41
5.1 Савремена породица.....	41
5.2 Појам, формирање и значај породице	44
5.3 Дефинисање породице и породичног живота	46
5.3.1 Међународни уговори.....	46
5.3.2 Регионални уговори	47
5.3.3 Упоредно право	48
5.4 Породица и пријатељство	49
5.5 Утицај ванправних чинилаца на породичне односе.....	50
5.5.1 Утицај сексуалних односа и верности на породичне односе	50
5.5.2 Утицај религије на породичне односе	53
6. Промене функција чланова породице.....	54

6.1. Принцип правног индивидуализма	55
6.2. Критика принципа правног индивидуализма.....	57
6.3. Сукоб полова у породичном праву.....	60
6.4. Функција оца	62
6.4.1. Сложеност савремених схватања о улози очева.....	64
6.5. Функција мајке.....	65
6.6. Функције супружника.....	66
6.6.1. Заједнички живот супружника.....	67
7. Породични живот и породичне вредности.....	68
7.1. Право на поштовање породичног живота и породичне вредности.....	68
7.2. Породични односи, породични живот, породично право и право на поштовање породичног живота.....	72
7.3. Право на поштовање породичног живота и људска права.....	74
7.4. Однос права и одговорности у доктрини људских права.....	75
 Глава II	
Европски суд за људска права, Европска конвенција о људским правима и право на поштовање породичног живота у односу на државу Србију.....	
77	
1. Карактер Европског суда за људска права.....	77
1.1. Организација, састав суда и подношење представки.....	78
1.2. Статистички подаци	79
1.3. Поступак процене повреде права на поштовање породичног живота од стране Европског суда за људска права	80
1.3.1. Поље слободне процене	80
1.3.2. Принцип пропорционалности.....	81
1.4. Породичне вредности и ЕСЉП.....	81
1.5. Однос Европског суда за људска права и Европског суда правде	82
2. Европска конвенција о људским правима.....	83
2.1. Члан 8. ЕКЉП и право на поштовање породичног живота.....	85
2.2. Четири права из члана 8. ЕКЉП	87
2.2.1. Право на поштовање приватног живота.....	88
2.2.2. Право на поштовање породичног живота	89
2.2.3. Право на поштовање дома.....	89
2.2.4. Право на поштовање преписке	90
2.5. Сукоб људских права и члана 8. ЕКЉП	90
2.6. Ограничења права на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП.....	92
2.6.1. Склад са законом (<i>prescribed by law/in accordance with law</i>).....	92
2.6.2. Неопходност у демократском друштву (<i>necessary in a democratic society</i>)	93
2.7. Стандарди ЕСЉП приликом оцене повреде.....	93
2.7.1. Легитиман циљ (<i>legitimate aim</i>)	93
2.7.2. Пропорционалност (<i>proportionality</i>)	94
2.7.3. Поље слободне процене и стандард „европског консензуса“	95
2.8. Процесне гаранције члана 8. ЕКЉП	95
2.9. Усклађеност домаћих правних система са Европском конвенцијом о људским правима	96
2.9.1. Значај и инкорпорација Европске Конвенције о људским правима у домаће правне системе (три система примене ЕКЉП).....	97
2.9.1.1. Уставни положај	97

2.9.1.2. Дуализам	98
2.9.1.3. Монизам	99
2.10. Право на поштовање породичног живота у нашем правном систему	99

3. Право на поштовање породичног живота у односу на државу Србију..... 100

Глава III

Порекло детета 108

1. Претходна питања за утврђивање порекла детета 108

1.1. Нови појам (биолошког) сродства	108
1.2. Императив извесности родитељства	110
1.3. Ко је родитељ?.....	112
1.4. <i>De facto</i> родитељ	115
1.5. Родитељство уз биомедицинску помоћ	116

2. Материнство..... 119

2.1. Утврђивање материнства	119
2.1.1. Брачно материнство	120
2.1.2. Ванбрачно материнство.....	120
2.1.2.1. Одбијање мајке да призна дете	123
2.1.3. Анонимни порођај.....	124
2.1.3.1. Повлачење сагласности за усвојење након анонимног порођаја.....	124
2.1.3.2. Увид детета у податке о анонимном порођају	127
2.1.4. Биомедицински потпомогнуто оплођење	130
2.1.4.1. Донација јајне ћелије.....	130
2.1.4.2. Сурогат материнство	130

3. Очинство 135

3.1. Брачно очинство	135
3.1.1. Утврђивање брачног очинства - <i>Pater is est quem nuptiae demonstrant?</i>	135
3.1.2. Оспоравање брачног очинства.....	137
3.1.2.1. Обавеза мушкарца који оспорава брачно очинство да тражи успостављање правне везе са дететом.....	138
3.1.2.2. Круг лица која могу обарати претпоставку о брачном очинству	139
3.1.2.3. Истек временског рока за оспоравање брачног очинства	141
3.1.2.4. Валидност ДНК теста као доказа за оспоравање брачног очинства	143
3.1.2.5. Рестриктивност услова за оспоравања брачног очинства	144
3.2. Ванбрачно очинство	147
3.2.1. Уводне напомене.....	147
3.2.2. Унификација правила о утврђивању ванбрачног очинства	150
3.2.3. Утврђивање ванбрачног очинства.....	152
3.2.3.1. Претходни услови за утврђивање (признање) ванбрачног очинства - пословна способност и развод брака.....	152
3.2.3.2. Обавеза мушкарца да се подвргне ДНК анализи.....	154
3.2.3.3. Услови за постојање породичног живота између ванбрачног оца и детета.....	157
3.2.3.3.1. Заједнички живот родитеља?.....	157
3.2.3.3.2. Интересовање ванбрачног оца за дете и природа односа родитеља детета.....	159
3.2.3.4. Немогућност утврђивања очинства услед признања детета од стране партнера мајке.....	162
3.2.3.5. Утврђивање ванбрачног очинства у супротности са интересима детета	163
3.2.3.6. Утврђивање ванбрачног очинства - временски рок	164

3.2.3.7. Утврђивање ванбрачног очинства транссексуалаца.....	165
3.2.3.8. Биомедицински потпомогнуто оплођење.....	167
3.2.3.8.1. Ускраћивање сагласности ванбрачног партнера за потпомогнуто оплођење.....	167
3.2.3.8.2. Забрана потпомогнутог оплођења особа у притвору.....	168
3.2.3.8.3. Донација сперматозоида.....	170
3.2.3.9. Утврђивање ванбрачног очинства након смрти наводног оца.....	171
3.3. Ванбрачно очинство и усвојење.....	174
3.3.1. Право ванбрачног оца на давање сагласности за усвојење и невршење родитељског права од стране ванбрачног оца.....	174
3.3.2. Необавештавање оца од стране мајке о давању детета на усвајање.....	175
3.4. Оспоравање ванбрачног очинства.....	177
3.4.1. Оспоравање ванбрачног очинства услед (не)савесности ванбрачног оца поводом свог очинства.....	177

Глава IV

Вршење родитељског права, лишење родитељског права и одвајање родитеља и деце..... 190

1. Родитељско право.....	190
1.1. Родитељско право и права детета.....	190
1.2. Родитељско право и родитељска одговорност.....	194
1.3. Проширење круга носилаца родитељског права.....	198
2. Одвајање детета од родитеља и лишење родитељског права.....	199
2.1. Право родитеља на поновно спајање са својом децом.....	203
2.2. Лишење родитељског права и контакт родитеља и детета.....	206
2.2.1. Сексуално злостављање, смештај детета у установу и контакт детета и родитеља.....	208
2.2.1.1. Одговорност родитеља за надзор над децом.....	208
2.2.1.2. Обавеза саслушања детета о постојању сексуалног злостављања.....	210
2.2.1.3. Временска ограниченост мере забране контакта родитеља са дететом смештеним у социјалну установу.....	212
2.2.1.4. Обавеза увида у сведочење детета о постојању сексуалног злостављања.....	214
2.2.2. Вођење кривичног поступка против родитеља.....	215
2.2.3. Физичко злостављање.....	218
2.2.3.1. Право родитеља на васпитање деце и примена телесног кажњавања.....	218
2.2.3.2. Забрана контакта и измештање детета из породице у случају сумње у постојање физичког насиља.....	220
2.2.3.3. Одузимање детета на порођају и учествовање родитеља у поступку лишења родитељског права.....	226
2.2.3.4. Адекватност мере лишења родитељског права.....	227
2.2.3.5. Одузимање деце на основу сведочења деце.....	228
2.2.4. Физички недостатак родитеља.....	229
2.2.5. Ментална болест родитеља.....	230
2.2.5.1. Хитност мере одузимања детета и учествовање родитеља у поступку.....	230
2.2.5.2. Превентивно деловање у поступцима угрожавања детета.....	234
2.2.6. Сиромаштво родитеља.....	235
2.2.7. Минхаузен синдром.....	238
2.2.7.1. Одузимање детета на порођају.....	238
2.2.7.2. Постојање непосредне опасности по дете.....	239
2.2.7.3. Стављање детета у регистар угрожене деце у случају сумње.....	240

2.2.8. Интелектуални капацитет родитеља	241
2.2.9. Занемаривање детета	242
3. Вршење родитељског права	243
3.1. Питање спора око начина вршења родитељског права након престанка брака	243
3.2. Значај мишљења детета при додели родитељског права	244
3.3. Лична својства родитеља	247
3.3.1. Штетност религијских уверења родитеља на одгајање детета	247
3.3.2. Хомосексуалност родитеља	248
4. Право на поштовање породичног живота и најбољи интерес детета	249
 Глава V	
Контакт детета са родитељима и другим особама	258
1. Контакт детета и родитеља	258
1.1. Правна природа права на контакт, право родитеља на контакт са дететом и <i>vice versa</i> ..	258
1.2. Контакт детета и биолошког оца у случају када није утврђено очинство над дететом ..	264
1.3. Противљење родитеља који врши родитељско право контакту детета и другог родитеља	267
1.4. Неспровођење контакта и утврђивање повреде права на поштовање породичног живота од стране домаћих судова	281
1.5. Противљење детета контакту са родитељем	282
1.6. Контакт родитеља и детета у социјалној установи	287
1.7. Противљење бабе и деде контакту родитеља и детета	289
2. Контакт детета и других особа	292
2.1. Контакт детета са блиским сродницима и <i>onus probandi</i>	299
2.2. Контакт између браће и сестара	301
2.3. Контакт између детета и стричева, тетке и ујака	303
 Глава VI	
Усвојење и Хранитељство	310
1. Усвојење	310
1.1. Опште напомене о усвојењу	310
1.2. Сукоб права родитеља на контакт са дететом и права усвојитеља	312
1.3. Међудржавно усвојење	314
1.3.1. Признање међудржавног усвојења у домаћој држави	314
1.3.2. Улога социјалних служби у поступку усвојења	320
1.3.2.1. Одбијање социјалне установе да преда децу и мишљење деце поводом усвојења	320
1.4. Сагласност родитеља за усвојење детета	322
1.4.1. Недостатак сагласности оца	322
1.4.2. Недостатак сагласности мајке	328
1.5. Претходни услови за усвојење (лична својства усвојитеља)	332
1.6. Усвојење услед лишења родитељског права	336
1.7. Поништење усвојења	343
2. Хранитељство	346

Глава VII

Отмица деце	355
1. Утицај глобализације на породично право, међунационални бракови и relocation случајеви	355
2. Хашка конвенција о грађанским аспектима међународне отмице деце	360
3. Отмица деце и Хашка конвенција у примени Европског суда за људска права	363
3.1. Услови на страни родитеља за примену Хашке конвенције	363
3.1.1. Вршење родитељског права као услов за примену Хашке конвенције.....	363
3.1.2. Право родитеља на контакт са дететом и примена Хашке конвенције	366
3.1.3. Давање сагласности родитеља за одвођење детета и повреда Хашке конвенције.....	367
3.1.4. Обавеза учешћа родитеља у поступку повратка детета у складу са Хашком конвенцијом	369
3.2. Услови на страни детета	370
3.2.1. Повратак детета у супротности са најбољим интересом детета	370
3.2.2. Повратак детета и примена принудних мера	375
3.3. Држава као учесник у поступку отмице деце	378
3.3.1. Противправно одвођење детета из државе која није потписница Хашке конвенције.....	378
3.3.2. Разматрање најбољег интереса детета у контексту његовог повратка.....	379
3.3.3. Обавеза саслушања детета	381
3.3.4. Протек времена и наективност домаћих власти	382

Глава VIII

Депортација и окупљање породице	398
1. Ограничење права на поштовање породичног живота чланова породице код депортације	398
2. Парадокс породичне имиграције	401
3. Вршење кривичних дела	403
3.1. Непостојање брака и породице учиниоца.....	403
3.2. Поновно вршење кривичних дела	404
3.3. Везе учиниоца са државом порекла и домаћом државом	406
3.4. Измена околности на страни учиниоца након извршења кривичног дела	410
4. Кршење имиграционих правила	412
4.1. Губитак дозволе боравка.....	412
4.2. Престанак брака	414
4.3. Претња по националну безбедност.....	416
4.4. Губитак држављанства	419
4.5. Тражење азила.....	421
5. Најбољи интерес детета код депортације родитеља	424
6. Окупљање породице	428
6.1. Долазак чланова породице из стране државе у државу пребивалишта породице.....	428
6.1.1. Долазак супружника у државу пребивалишта другог супружника	428
6.1.2. Долазак деце у државу пребивалишта родитеља	430
6.2. Окупљање чланова породице у оквиру исте државе.....	438

7. Право на поштовање породичног живота особа у притвору	439
7.1. Депортација и контакт са члановима породице у притвору	440
7.2. Пуштање затвореника ради присуства сахрани родитеља	440
7.3. Контакт са члановима породице током трајања притвора	441
8. Насиље у породици	445
9. Други случајеви у којима је утврђено да се не односе на члан 8. ЕКЈП.....	448
Глава IX	
Заједнице хомосексуалних и трансексуалних особа.....	455
1. Заједнице особа хомосексуалне оријентације	455
1.1. Брак - заједница жене и мушкарца?	455
1.2. Признање брака и заједнице особа истог пола	457
1.3. Право на закључење брака	460
1.4. Станарско право, право на породичну пензију, наследно право	462
1.5. Хомосексуалне особе и стицање родитељског права.....	469
1.6. Парадокс савремених тенденција заједница хомосексуалних особа	470
1.7. Унификација европског породичног права и права хомосексуалних особа	471
2. Трансексуалне особе	472
2.1. Издавање новог извода из матичне књиге рођених.....	473
2.2. Стицање родитељског права	476
2.3. Задржавање података о претходном полу у личним документима након медицинске интервенције.....	478
2.4. Промена пола након закључења брака.....	479
Закључак.....	485
Литература	494

Увод

1. Зашто право на поштовање породичног живота?

Сваки научни истраживач који се бави позитивноправном дисциплином има за основу закон. Иако закон није свемогућа и универзална творевина, имајући у виду да је људско дело, када се отвори основни правни извор за породичноправне норме у нашој држави - Породични закон, свакоме ће скренути пажњу одредба на самом почетку закона која каже да „Свако има право на поштовање свог породичног живота“.¹ Једно тако широко одређено право сваког грађанина и у исто време тако неодређено. Ако бисмо размислили шта је то право на поштовање породичног живота, тешко да бисмо могли дати одговор, као што бисмо то могли, са мањом или већом прецизношћу да кажемо за читав спектар других породичних права: право на закључење брака, право на развод брака, право на поништење брака, право на усвојење, право на издржавање детета, право на поделу заједничке имовине супружника, право на анонимни порођај, право на медицински потпомогнуто оплођење, право на повратак отетог детета, право на промену пребивалишта детета и родитеља, право на контакт детета, право на контакт родитеља, право на контакт блиских сродника. Заиста, нисмо могли да у нашој и иностраној литератури пронађемо теоријско схватање шта је то право на поштовање породичног живота, шта оно обухвата, ко се може позвати на ово право или његову повреду. Иако Породични закон Србије изричито предвиђа ово право, теоријско разматрање права на поштовање породичног живота у нашем правном систему има ограничен домет, с обзиром на то да домаћи судови у складу са чланом 2. ставом 2. Породичног закона нису, до сада, доносили пресуде којима је повређено нечије право на поштовање породичног живота.

Право на поштовање породичног живота спада у нова, савремена породична права, породична и људска права треће генерације. Право на поштовање породичног живота јесте, пре свега, право предвиђено на европском правном подручју и то тзв. „Европским Уставом“ - Европском конвенцијом за заштиту

¹Члан 2. став 2. Породичног закона Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

људских права и основних слобода (у даљем току рада Европска конвенција о људским правима или Конвенција). Пресуде Европског суда за људска права, као органа који има надлежност да тумачи Конвенцију представљају основни извор за теоријско уобличавање права на поштовање породичног живота. Право на поштовање породичног живота представља пре свега људско право, али не право сваког човека, већ искључиво право члана породице. У складу са појмовним одређењем овог права, намеће се захтев да се претходно разматрају појмови породице и породичног живота. У самом одређењу права на поштовање породичног живота, породични живот заузима централно место. Да је реч о праву на породични живот, могло би се говорити о искључивом људском праву члана породице као појединца, као што је то право на закључење брака, право на развод брака, право на вршење родитељског права, право на контакт са дететом, право детета на образовање, право супружника на поделу заједничке имовине стечене у браку, право сродника на издржавање од стране другог сродника. Међутим, кључна одредница за појмовно одређење права на поштовање породичног живота, оличена је у термину „поштовање“. На тај начин мења се и сама суштина овог права које постаје, не искључиво право индивидуалног члана породице, већ право на заштиту (поштовање) породичног живота, тачније право на заштиту породичног односа. Реч је, не о заштити било ког породичног односа, већ породичног односа који има карактер породичног живота, односа који се у одређеном дужем периоду времена одвија између чланова породице.

Право на поштовање породичног живота представља право на поштовање већ успостављеног породичног односа између чланова породице. Захтева се постојање породичног живота између најмање два члана породице. Уколико не постоји породични живот, самим тим не постоји ни право на заштиту породичног живота оличено у праву на поштовање породичног живота. Двострук је карактер дат од стране творца овог права предвиђеног у Европској конвенцији о људским правима. Дуализам права на поштовање породичног живота огледа се у томе што је ово пре свега право појединца, али посредно и право породице као целине. Најпре, признат је значај породице као заједнице појединаца, и термином „поштовање“, забрањено је да породични живот који је успостављен између чланова породице буде предмет мешања. Право на поштовање породичног живота

је искључиво право појединца. Али, посредно, право које је повезано са породицом као заједницом, у смислу да се ради о праву појединца које је повезано са односом између тог и другог члана породице. Кршење, тачније мешање у ово право може бити двоструко: од стране другог члана породице или од стране јавних власти. Обе врсте мешања, тачније повреде, нису дозвољене и пружају право на заштиту члану породице као појединцу. Независно од тога ко је повредио право - јавне власти или појединци, држава се увек јавља као одговорни субјект пред ЕСЉП. С обзиром на то да је пред Европским судом за људска права појединац титулар овог права, могуће је да и други члан(ови) породице има(ју) право на поштовање породичног живота. Тако, чланови (једне) породице могу доћи у колизију, имајући у виду да сваки члан породице има право на поштовање сопственог породичног живота у односу са другим чланом породице. Међутим, право на поштовање породичног живота не егзистира као самостално право (право на развод, право на закључење брака, право на усвојење), већ свој смисао добија само у односу на другог члана породице. Тако, у породици два родитеља и двоје деце, свако од ових чланова има своје право на поштовање породичног живота и то у односу на другог члана породице - и једно дете, и друго дете, као и оба родитеља.

Право на поштовање породичног живота као право члана породице није изоловано од породичних односа (породичног живота) и тиме је признат значај породице као сплета међусобних односа (породичног живота). Управо термин „поштовање“ говори да се штити право члана породице које постоји у оквиру већ успостављеног породичног односа. На тај начин је у једном савременом породичном праву „помирен“ сукоб између колективног и индивидуалног, између људског права и колективног интереса породице у породичном праву. Није реч о праву на право, већ о праву на заштиту породичног односа. Са једне стране, пружа се заштита субјективног права члана породице, а са друге стране се признаје специфичност и потреба заштите породице као заједнице појединаца, посебно у случају мешања јавних власти у породичне односе. Може се закључити да је реч пре свега о праву члана породице, али и праву породице на заштиту од мешања државе и јавних власти, као и свих других особа.

У оквиру појма породичног живота претходно се намеће појам „породице“, тачније чланова породице, као доминантан за одређивање који субјекти се могу јавити као титулари права на поштовање породичног живота.

Оно што даје „тежину“ праву на поштовање породичног живота и оно што говори да је ово право предмет судске заштите, управо је Европски суд за људска права. Ово је једина међународна судска институција која пружа заштиту праву на поштовање породичног живота, тачније пружа заштиту уколико је право на поштовање породичног живота повређено. У складу са значајем који Европски суд за људска права има на појмовно (теоријско) одређење права на поштовање породичног живота, његове пресуде биће основни извор(и) за теоријску концепцију права на поштовање породичног живота.

Prima facie јасно је да се ради о једном изузетно широком породичном праву. Праву које у себи садржи читав сплет породичних односа (породичноправних института). Наш задатак је да се кроз научно сито просеју само они породичноправни институти који спадају у право на поштовање породичног живота. Имајући у виду чињеницу да се појмови „породични живот“ и „породично право“ разликују, намеће се захтев да се утврди који институти породичног права (као система норми позитивног права) могу бити предмет заштите путем права на поштовање породичног живота као једног од субјективних породичних права. Породични живот је шири појам од породичног права. Породично право (као државни систем субјективних породичних права) је шири појам од права на поштовање породичног живота. Да је реч о праву на породични живот, готово би била незамислива судска заштита овог права, имајући у виду ширину појма „породични живот“. Право на поштовање породичног живота је најшире од свих субјективних породичних права (права на закључење брака, права на развод брака, права детета на закључење правних послова, права детета на издржавање, права супружника на издржавање, права на усвојење, права на вршење родитељског права, права на заштиту од насиља у породици, права на контакт, права детета на сазнање порекла). Оно у себи обједињује многа наведена породична права, али ипак не и сва.

Два питања издвајају се као суштинска за разматрање права на поштовање породичног живота, као права члана породице које може бити повређено:

настанак и престанак права на поштовање породичног живота. Централни однос код права на поштовање породичног живота јесте однос између детета и родитеља. Тачније, дете је у центру свих односа који конституишу право на поштовање породичног живота. Посматрајући родитеље, према редовном току ствари, право на поштовање породичног живота у брачној породици настаје рођењем детета. Различито је када је у питању ванбрачно дете. Када се посматра мајка детета, право на поштовање породичног живота настаје рођењем детета, док се на страни ванбрачног оца тражи постојање додатних услова за настанак права на поштовање породичног живота. Право на поштовање породичног живота може престати у случају пунолетства детета, усвојења детета, давања детета на хранитељство, лишења родитељског права, анонимног порођаја. Сви ови случајеви, уједно, представљају и могући начин успостављања права на поштовање породичног живота детета и права на поштовање породичног живота других особа - хранитеља, усвојитеља, крвних сродника.

У чему се огледа тежина постављеног задатка теоријског уобличавања права на поштовање породичног живота. Наиме, флуидност два појма који су у основи права на поштовање породичног живота - породице, и посебно, породичног живота, не дају чврсте основе за теоријско дефинисање овог права. Пре свега, из праксе Европског суда за људска права извлаче се аргументи за и против дефинисања породице. Најпре, породични живот, а у савремено доба и породица, опирају се стриктном дефинисању и постојању образаца. На тај начин поставља се питање могућности постизања научне концепције права на поштовање породичног живота, али како то обично и бива у научним истраживањима, оно што је извесно и очигледно, не нагони нити на питања, нити на давање одговора на иста. Нас је, управо, подстакло да истражујемо ово право, то што се у савременом породичном праву често говори о њему, али нема теоријске концепције шта ово право представља, као и то што домаћи судови (пре свега у Србији) не одлучују о његовој повреди. И сам извор права на поштовање породичног живота, Европска конвенција о људским правима не говори много о овом праву. Исто чини и њен интерпретатор, Европски суд за људска права, који не даје дефиницију породице, али константно шири поље постојања породичног живота и круг чланова породице, тиме поново, проширујући појам права на

поштовање породичног живота. Циљ истраживања налази се у кодификовању права на поштовање породичног живота и елиминисању оних породичних односа (института) који не могу нити у садашњем, нити у будућем времену бити предмет заштите путем овог права.

Систематизација и анализа пресуда ЕСЉП, као и теоријско уобличавање права на поштовање породичног живота, има за задатак да постигне два циља за домаћу научну и стручну јавност. Најпре, утврђивање у ком делу су наши судови у обавези да се држе правила успостављених пресудама Европског суда за људска права поводом права на поштовање породичног живота. Тиме се отклањају могућности за нове повреде права на поштовање породичног живота и „укидања“ домаћих пресуда пред ЕСЉП. Потом, указује се законодавству и теорији која решења домаћег породичног права нису у складу са Конвенцијом, те захтевају измене или изворну регулацију датих института породичног права.

2. Начин теоријског уобличавања права на поштовање породичног живота

Рад на докторској дисертацији засновали смо се на неколико хипотеза. Постоји пет главних, базних хипотеза и више споредних радних хипотеза.

Право на поштовање породичног живота садржи као конститутивни елемент постојање породичног живота. Без постојања породичног живота не постоји ни право на поштовање породичног живота.

Право на поштовање породичног живота једно је од субјективних породичних права које је по обиму уже од породичног права као система норми позитивног права. Само неки од института позитивног породичног права улазе у појам права на поштовање породичног живота.

Право на поштовање породичног живота представља лично право члана породице које у себи садржи дати породични однос. Без постојања породичног односа (породичног живота) између два члана породице, не постоји ни право на поштовање породичног живота, као право које се штити пред ЕСЉП. Тако, у случајевима где није утврђено и где се не дозвољава утврђивање порекла детета у односу на родитеља, а не постоји однос између родитеља и детета - породични

живот, не постоји ни повреда права на поштовање породичног живота, већ повреда права на поштовање приватног живота. Исто је и у случају заједница особа транссексуалне оријентације.

Право на поштовање породичног живота искључиво је неимовинске природе. Нити један од сегмената права на поштовање породичног живота не обухвата неко имовинско породично право. Право не деобу заједничке имовине, право на удео у заједничкој имовини, право на издржавање супружника, право на издржавање сродника, као и друга имовинска породична права немају своју примену кроз право на поштовање породичног живота. Чак ни право детета на издржавање не може бити заштићено путем права на поштовање породичног живота. Ова хипотеза произлази из претходне примарне хипотезе да право на поштовање породичног живота подразумева постојање односа, док код имовинских породичних права титулар може бити члан породице независно да ли постоји породични живот (породични однос) између њега и другог члана породице.

Изузимајући супружнике и ванбрачне парнере, право на поштовање породичног живота не постоји између одраслих чланова породице (родитеља и детета, браће и сестара, бабе и деде и детета, других крвних сродника). Породични живот између пунолетних чланова породице постоји насупрот праву на поштовање породичног живота између одраслих чланова породице. Не постоји породичноправни институт (родитељско право, усвојење, хранитељство, отмица детета, утврђивање порекла детета) који може бити предмет заштите путем права на поштовање породичног живота, изузимајући право на слободно кретање и настањивање унутар ЕУ, када се као оба члана породице јављају одрасле, пунолетне особе. Нити једно од права која обухватају право на поштовање породичног живота не садржи у себи однос између два одрасла, пунолетна члана породице. Једину примену право на поштовање породичног живота између одраслих чланова породице, супружника, има код депортације или окупљања чланова породице.

У складу са примарним хипотезама произлази још неколико радних хипотеза:

1. Дефинисање чланова породице, а самим тим и пружање дефиниције породице у супротности је са постојећим ставовима ЕСЈП по питању права

на поштовање породичног живота. Ширење права на поштовање породичног живота повлачи немогућност давања једне свеобухватне дефиниције породице.

2. ЕСЈП полази од вољних субјективних елемената, наспрам објективних чињеница за постојање породичног живота, а самим тим и конституисање права на поштовање породичног живота.

3. Право на поштовање породичног живота представља однос који у себи садржи зависност једног члана породице од другог члана породице. Као субјект права на поштовање породичног живота у посматраном односу увек се јавља дете. Односи између родитеља и детета, усвојитеља и детета, хранитеља и детета, као заједнички именилац имају дете. Односи који у себи имају елемент прекида или престанка породичног живота између детета и родитеља - одвајање детета од родитеља, отмица детета, депортација родитеља, такође, представљају односе који у себи садрже дете као субјекта.

4. У случају сукоба више права на поштовање породичног живота, примат се даје интересима детета. Увек када су у сукобу право на поштовање породичног живота детета и другог члана породице, примаран значај се даје се праву детета на поштовање породичног живота. Међутим, поред уважавања права на поштовање породичног живота детета, имају се у виду права других чланова породице.

5. Право на поштовање породичног живота траје само док постоји вршење родитељског права, тачније, право на поштовање породичног живота може бити предмет заштите само док постоји родитељско право. Престанком родитељског права престаје право на заштиту путем права на поштовање породичног живота.

6. Однос између детета и родитеља је централни део права на поштовање породичног живота. Право на поштовање породичног живота различито је одређено у зависности од тога да ли се ради о мајци или оцу детета, као и о томе да ли је реч о родитељима који су у браку или ван брака.

7. С обзиром на то да право на поштовање породичног живота подразумева право члана породице као појединца, могуће је да дође до сукоба више права на поштовање породичног живота.

3. Методолошки приступ

Током рада на докторској дисертацији користићемо више метода. Комплементарна примена метода претпоставка је успешне израде докторске дисертације. Највећи део рада заснива се на методу анализе садржаја судских пресуда. Упоредо са методом анализе садржаја пресуда ЕСЈП, користи се аналитичко-синтетички начин закључивања. Наведеним методом анализе судских одлука Европског суда за људска права долазимо до разлагања који све породични односи и породични институти чине право на поштовање породичног живота, да би након тога прешли на синтезу теоријског појма права на поштовање породичног живота. Примена метода анализе садржаја одлука ЕСЈП има примаран значај. Домаћа судска пракса неће бити предмет анализе садржаја имајући у виду да право на поштовање породичног живота, иако предвиђено Породичним законом Србије, није (било) предмет одлучивања домаћих судова. Поред пресуда ЕСЈП, инострана судска пракса, у извесној мери, биће предмет разматрања.

Поред примене доминантног метода анализе садржаја, користиће се и упоредноправни метод, при сагледавању решења европских законодавстава о аспектима који чине право на поштовање породичног живота. Са једне стране, ширина предмета истраживања онемогућава пуну примену упоредноправног метода, с обзиром на то да би анализа решења свих држава чланица Савета Европе поводом свих института на које се односи право на поштовање породичног живота била преобимна за докторску дисертацију, док, са друге стране, постоји пуна примена упоредноправног метода кроз анализу одлука ЕСЈП и решења домаћих правних система поводом предметног института који је део права на поштовање породичног живота.

Правнодогматски метод користиће се упоредо са анализом садржаја одлука ЕСЈП, имајући у виду да је Породично право научна дисциплина и да је један од циљева докторске дисертације теоријско уобличавање права на поштовање породичног живота. Право на поштовање породичног живота прилично онемогућава примену нормативног и упоредноправног метода, с обзиром на то да нема значајног броја норми које се односе искључиво на право на поштовање

породичног живота, како у законима европских држава, тако и у нашем правном систему. Тиме се онемогућава директна анализа права на поштовање породичног живота, већ се то чини посредством норми и института који су његов саставни део (родитељског права, права детета, усвојења, отмице деце).

Веза породичног живота и права на поштовање породичног живота намеће примену социолошког метода и анализу утицаја социолошких појмова породице, породичног живота, породичних вредности, на формирање права на поштовање породичног живота. Посебно у Глави I користи се социолошки метод и утицај друштвених чинилаца и појава на породични живот (породичне вредности, религија, промене породичних функција, промене породичних форми). Социолошки метод посебну примену има у контексту анализе одлука ЕСЈП и примене породичних и друштвених вредности, као и консензуса домаћих држава поводом одређених „спорних“ питања породичног живота. ЕСЈП се, неретко, позива на постојање консензуса око друштвених вредности у државама чланицама прихватајући да на тај начин укључи неки институт под појам породичног живота.

Примена историјскоправног метода онемогућена је услед тога што је право на поштовање породичног живота, савремено породично право, право које је у статусу *nasciturus*-а. Током историје, како у европској правној традицији, тако и у српској правној баштини, право на поштовање породичног живота није било познато. Услед тога, наш задатак добија на тежини, с обзиром на то да генеза неког права и института, како у домаћој, тако и упоредноправној традицији, олакшава његово сагледавање и дефинисање у садашњем тренутку.

Комплементарна примена више метода осигурава боље резултате у научном истраживању. Међутим, наведена ограничења методолошког приступа у истраживању права на поштовање породичног живота, у случају пружања извесне теоријске концепције истог, говоре о значају ове теме, како у нашем, тако и у упоредном праву.

4. Очекивани научни doppunos

Говорећи о потенцијалним резултатима докторске дисертације и научном доприносу, истичемо да у погледу права на поштовање породичног живота у домаћој литератури породичног права није било обимнијих радова (монографија, зборника). У складу са тиме, допринос се огледа у следећем: систематизацији права на поштовање породичног живота као породичног права; одређивању која породична права, тачније који породичноправни институти спадају под право на поштовање породичног живота; одређивању који чланови породице уживају право на поштовање породичног живота; у којим породичним односима држава повређује право на поштовање породичног живота чланова породице; којим радњама држава повређује право на поштовање породичног живота; који је члан породице у фокусу права на поштовање породичног живота; које су позитивне а које негативне обавезе државе поводом права на поштовање породичног живота; који од мноштва породичноправних института представља централни део права на поштовање породичног живота; у којим случајевима настаје и престаје право на поштовање породичног живота; у којој мери је домаће законодавство у складу са захтевима из члана 8. Конвенције.

Глава I

Породица, породично право и породични живот

1. Промена концепта породичног живота

1.1 Промене породичних односа

До 70-их година XX века брак је био основ за стварање социјалних и правних веза, деца су свој статус стицала путем брака својих родитеља. Породични односи били су везани за брак.² Односи изван брака нису сматрани породичним односима и нису захтевали породичноправну регулацију. Деца која су свој статус стицала изван брака трпела су дискриминацију на социјалном, психолошком и правном терену. Међусобна (емотивна) зависност чланова породице као суштински елемент брака нестала је у савременом добу заснованом на финансијској независности.³

Брак није више, као што је некад био, доминантан образац породичних односа и то не само зато што је дошло до промене правних норми које регулишу брак, већ стога што брак, посматран из перспективе потенцијалних супружника, више није схваћен као основни извор заснивања породичних односа.⁴ Савремена (р)еволуција породичних односа утицала је да обавезе родитеља према својој деци постоје независно од брака.⁵

² Да брак не треба да буде централни институт породичног права, D. Browning, *Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, NewYork, 2013, стр. 117. Слично, E. S. Scott, *Domestic Partnership, Implied Contracts, and Law Reform*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 338., где се каже да је брак превазиђена установа и извор угњетавања жена. Супротно, и са нашом сагласношћу, да је брак институција која обезбеђује емотивну стабилност и економску сигурност, C. E. Schneider, *Elite principles: The ALI Proposals and the Politics of Law Reform*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 502; Федерални уставни суд Немачке сматра да брак носи моралну вредност сам по себи, W. Voegeli, *Basic Values and Family Law in Recent Judgments of the Federal Constitutional Court of Germany*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 33.

³ Вишеструке користи брака потврђују истраживања са закључком да особе у браку: живе дуже, више спавају, редовније једу, мање користе психоактивне супстанце, M. Garrison, *Marriage Matters: What's Wrong with the ALI's Domestic Partnership Proposal*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 323.

⁴ C. Lind, „Power and the Taking of Responsibility: Shifting the Legal Family from Marriage to Friendship“, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate 2011, 77.

⁵ L. C. McClain, „A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law“, у: L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, NewYork, 2013, стр. 42.

До краја XX века проширена је заштита породичних односа коју пружа породично право.⁶ Породично право почело је да пружа заштиту односима који до тада нису били регулисани породичноправним нормама. Промене су се најпре кретале у правцу признања права детета независно од брачног статуса његових родитеља. Такође, други облици породичних односа, попут заједница живота између особа истог пола, признавани су позивањем на економску незаштићеност једне стране и на одсуство равноправности са брачним, и тада већ признатим ванбрачним заједницама.⁷ Утврђено је да је у последњих тридесет година дошло до промена у правном дефинисању појмова „породице“ и „супружника“⁸ и да је право имало значајан утицај на породични живот.⁹ Породично право може се сматрати као друштвени инструмент којим се фаворизује једна форма породичног живота. Заштитом породичног живота кроз породично право један облик породичних односа добија примат над другим обликом. Поставља се и питање да ли, за разлику од некадашњих утврђених ставова, породично право уопште треба да фаворизује један тип породице (брачна, нуклеарна, хетеросексуална) на рачун других (хомосексуалне заједнице, заједнице настале изван брака),¹⁰ или један тип родитељства (биолошко) на рачун другог (социјално).¹¹

Непостојање сталних и чврстих породичних форми услед промене концепта породичног живота, ставља у центар бављења породичног права суочавање са последицама престанка породичних односа (престанак брака, престанак заједничког живота родитеља и детета, престанак личних односа детета и

⁶ Породично право обухвата у пракси знатно шири круг односа, па тако се налази и у пореском праву, кривичном праву, радном праву, J. D. Weaver, *Overstepping Ethical Boundaries? Limitation on State Efforts To Provide Access to Justice in Family Courts*, *Fordham Law Review*, Vol. 82, Num. 6, May 2014, Nebraska, стр. 2712; C. Lind, *Power and the Taking of Responsibility: Shifting the Legal Family from Marriage to Friendship*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 69.

⁷ S. Wong, „Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution?“, у: A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford 2009, 51.

⁸ Тако је у Канади, C. Young, *Taking Spousal Status into Account for Tax Purposes: The Pitfalls and Penalties*, у A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 91.

⁹ C. Smart, *Law and Family Life: Insights from 25 years of Empirical Research*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 26, Num. 1, 2014, London, стр. 24.

¹⁰ Употребљавамо термин „настале ван брака“, а не ванбрачне, с обзиром на то да динамика породичних односа у садашњем тренутку више ванбрачне породице не сматра „новим“ творевинама. О фаворизовању одређеног типа породице и односу нуклеарне породице са другим породичним формама, G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London 2011, стр. 167.

¹¹ C. Smart, *Making Kin: Relationality and Law*, у A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 11.

родитеља). Породично право труди се да оствари два циља: да нађе нове форме за настанак породичних односа и да у новонасталим околностима престанка постојећих породичних односа нађе начине функционисања тих односа у измењеним околностима. Свака нова форма у породичном животу захтева (сопствену) правну регулацију. Ако породично право не фаворизује једну форму која ће имати јединствену регулацију, свака различита породична форма повлачи различиту правну регулацију. Да ли се, стога, у будућности назире постојање мноштва правила за регулацију, не брака, и сада већ ванбрачне заједнице, него хомосексуалних заједница, односа пријатељства, заједница особа које живе одвојено заједнички (*living apart together*), повремених сексуалних заједница, емотивних заједница, односа пријатељства и сл. Оваквим приступом намеће се примена плуралистичке регулације у породичном праву и одсуства породичног права као једнообразног вредносног система.¹² Осим брака и ванбрачне заједнице, не налазимо да остале новонастале форме породичних односа треба да буду регулисане породичноправном заштитом. Остали односи личног карактера могу бити предмет заштите кроз посебне законе, не и кроз породично право. Породичноправни односи јесу лични односи, али нису сви лични односи и породичноправни.

Док је нуклеарна породица састављена од родитеља и њихове деце, са постојањем чврстих граница, била друштвена реалност од средине до краја XX века, крај XX и почетак XXI века, поред нуклеарне породице карактеришу породице једног родитеља и детета (једнородитељске породице), ванбрачне породице, породице настале од супружника и њихове деце из више брачних и ванбрачних заједница (проширене породице), заједнице особа истог пола.¹³ Међутим, насупрот предоченим тенденцијама, имајући у виду значај праксе ЕСЉП за наш рад, сматра се да овај наднационални суд своје одлуке заснива још увек, и поред признања ванбрачних и однедавно хомосексуалних форми, на

¹² Да су судови у Енглеској и Велсу већ почели да пружају заштиту новим породичним формама, C. Smart, *Law and Family Life: Insights from 25 years of Empirical Research*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 26, Num. 1, 2014, London, стр. 25.

¹³ Тако и G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998, стр. 68; P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 10; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 2.

идеалу нуклеарне брачне породице.¹⁴ Заиста, нуклеарна породица и даље је матрица одлучивања ЕСЈП. Сматрамо да би ЕСЈП и даље требало да задржи нуклеарну породицу као основну форму породичног живота из које би се изводила заштита и за друге облике породичног живота, уз напомену да нуклеарна породица не би требала да буде везана за брак већ равноправно и за ванбрачну заједницу. Право на поштовање породичног живота између родитеља и деце не би требало да буде исцрпљено у оквиру било које форме, брачне или ванбрачне. Право на поштовање породичног живота између родитеља и деце надилази форму у којој је дете настало и треба да постоји и након престанка одређене породичне форме родитеља детета.

Константне промене у породичним односима доводе до постављања многих питања, како за теорију, тако и за праксу породичног права.¹⁵ Да ли појединци у складу са својим схватањем дефинишу породицу, или то чини држава, закон, или пак, судови? Које су правне последице ако се нека особа сматра чланом породице? Ко се сматра родитељем детета? Да ли држава треба да подржава одређене форме породичног живота у односу на друге или треба да има равноправан однос према свим формама? Ова питања, као и многа друга, изазов су за науку породичног права ради налажења одговора и пружања решења. Међутим, колико су изазовна за теорију, толику су ова питања постојеће нестабилности породичних односа у времену „пропутовања породичног права“ опасна по праксу која инсистира на чврстим критеријумима који би зауздали аморфност постојећег стања породичних односа.

Једна од најважнијих промена у последњих двеста година у породичним односима односи се на прелаз са релационог на индивидуални приступ. Ова промена састоји се у томе што релациони приступ који има за примат однос чланова породице и субординацију индивидуалног интереса породичном, општем интересу (нпр. стабилности породице као заједнице), бива потиснут индивидуалистичким приступом који у центар поставља чланове породице као

¹⁴ Н. Stalford, Concepts of Family Under EU Law - Lessons from the ECHR, International Journal of Law, Policy and Family, Vol 16, Issue 3, December 2002, стр. 420.

¹⁵ Наводи се да су реформе у европским породичним законодавствима најпре почеле у скандинавским земљама и земљама бившег СССР-а, а да су најкасније спроведене у државама Јужне Европе, Љ. Спировик - Трпеновска, Д. Мицковик, А. Ристов, Наслеђувањето во Европа, Скопље 2011, стр. 69.

посебне индивидуе. Схватање да је породица заснована на индивидуалној љубави и срећи њених чланова доводи до истицања интереса појединаца¹⁶ који доминирају над општим (моралним) вредностима породице.¹⁷

1.2. Промене од материјалних ка личним питањима

Упоређујући актуелна питања породичног права, пре тектонских промена 70-их година прошлог века,¹⁸ и она с краја XX и почетка XXI века, приметно је да доминатна питања првог периода чини проблематика везана за имовину и финансијске аспекте односа између супружника, док други период карактерише примат личних односа чланова породице са фокусом на личне односе детета и родитеља и споразуме везане за остваривање најбољег интереса детета у промењеним околностима дезинтеграције породице, те фокусирање на права детета.¹⁹

Некадашњи концепт породице као економске заједнице замењен је породицом личних односа. Лични односи замењују имовинска питања.²⁰ У предлогу Америчког правног института (*ALI*) за случај распада породице - Принципи за право престанка породице, штите се успостављени лични односи детета и његова емотивна стабилност на рачун материјалне, финансијске сигурности.²¹ Основни циљ родитељске функције није (само) финансијска

¹⁶ Тако, С. McGlynn, *Families and European Union Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006, стр. 11.

¹⁷ М. Antokolskaia, *Family Values and the Harmonization of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 300.

¹⁸ Промене у породичном праву настале 70-их година XX века упоређују се са променама које су европској традицији донеле француска и руска револуција, М. Antokolskaia, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, стр. 261.

¹⁹ R. Collier, *Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinking the Relationship Between Gender and Welfare*, у *Rights, Gender, and Family Law*, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 132.

²⁰ З. Поњавић, *Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота*, *Правни живот* 9/2003, Београд, стр. 822.

²¹ К. К. Baker, *Asymmetric Parenthood*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 122. Имамо и супротне примере фаворизовања финансијских аспеката родитељства: оцу је наметнута обавеза да плаћа исти износ издржавања иако се одрекао боље плаћеног посла у Флориди за мање плаћен посао у Луизијани, да би боравио ближе својој деци која су живела са мајком. Видети случај, *McHale v. McHale*.

одговорност за дете, већ одговорност родитеља за негу, одгајање и васпитање детета.²²

1.3. Парадокс промене од материјалних ка личним питањима

Истакли смо у претходном делу да су у савременом породичном праву наглашена лична питања на рачун економских и материјалних. У чему се огледа парадокс тог феномена. Управо у томе што породично право акцентује значај личних односа чланова породице, посебно родитеља и деце, док друштвена стварност производи слику у којој се претежно глорификују материјална добра и стицање истих на рачун неге, пријатељства, одговорности. Чини нам се да породично право у овој области делује као коректив (промењених) друштвених вредности са намером да правно регулише породични живот. Породични живот иде у правцу померања (фаворизовања) од личних ка материјалним односима, док породично право иде супротни правцем - покушава да помери поље своје регулације од материјалних ка личним односима и тиме коригује доминацију материјалних односа у породичном животу.

1.4. Дисконтинуитет (породичног) права и друштвене стварности

Некадашње схватање било је да породично право треба да постави чврсте, јасне границе између правом признатих породичних заједница и оних које то нису. Донекле, то је (у)чињено кроз признање брака као доминантне форме и искључивања других форми породичних односа. У савремено доба, присутна је трка права уопште, а самим тим и породичног права, са флукутирајућим облицима породичног живота у циљу стављања под кишобран правних норми. Право иде за друштвеном реалношћу, неретко стављајући у свој систем многе институте којима мења своју првобитну природу. Наглашава се да је почетком 70-их година породично право у теорији било у великом раскораку са породичним

²² J. Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law, Cambridge, 2007, стр. 201.

правом у пракси.²³ Конкретније речено, раскорак између породичног права и породичног живота. Тај раскорак још је већи у друштвима где не постоји једна доминантна породична идеологија, већ плурализам културних породичних образаца. Неизвесност да ли ће породично право признати одређени (породични) однос изазива и несигурност поуздања у сталност и стабилност, не само тог, него и других повезаних породичних односа.²⁴

Од савременог породичног права захтева се да буде неутрално у свом деловању.²⁵ Да додели родитељско право, да одлучи о праву на контакт, да одлучи о усвојењу, хранитељству, без позивања на пол, године, материјални статус, религију, националност, држављанство, укратко, без дискриминације по било ком основу. Захтева се да норме породичног права треба да буду управо такве - недискриминаторне, док се исте те норме доносе имајући у виду одређене вредносне критеријуме који у себи садрже пол, религију, материјални статус, националност и друге карактеристике.

²³ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 21; Често се седамдесете године XX века у теорији породичног права узимају као почетак фундаменталних промена у породичним односима. *John Dewar* наводи четири правца у коме се породично право променило: 1. смањење утицаја брака као главног института за повезивање права и породице, као и повећање утицаја ванбрачних заједница и родитељства; 2. смањење дискреционог процењивања на рачун стриктног законског регулисања; 3. умножавање извора норми породичног права; 4. фрагментација система породичног права. О томе, J. Dewar, *Family Law and Its Discontents*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 61. Стичемо утисак да друга ауторова претпоставка није у складу са стварношћу с обзиром на то да је, према нашем мишљењу, дошло до обрнутог процеса - повећања дискреције на рачун стриктног дефинисања у породичном праву. Аргументујемо то следећим доказима. Најпре, избегавање (теоријско и законско) дефинисања породице. Друго, сама тема овог рада на основу широке формулације члана 8. ЕКЉП, говори у прилог умањењу дефиниција и стриктних законских одредби, и широког овлашћења суд(ов)а у тумачењу института породичног права. Затим, инсистирање на правним стандардима, међу којима доминира најбољи интерес детета као веома општа, самим тим и дискрециона (законска) норма која захтева судску интерпретацију.

²⁴ C. Smart, *Making Kin: Relationality and Law*, у A. Bottomley. S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 12.

²⁵ У прилог тврдњи да породично право не може бити неутрално, C. M. de Aguirre, Is "Living Together, owing Each Other" Enough for Law? Reflections on Some "Brave New Families", *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 3/2012, Buffalo, стр. 51.

1.5. Проширење појма породичног живота

Породично право треба да регулише само доминантне моделе породичног живота и само њима треба да буде пружена правна заштита.²⁶ У исто време, породични живот никада током историје није био тако различит и флуидан као у савремено доба.²⁷ Стога и питање колико (породично) право може својом регулацијом утицати на толики степен разноликости. Наше становиште је да породично право треба да регулише само породичне форме попут брака и ванбрачне заједнице, не и друге сличне форме заједница емотивних односа, повремених сексуалних односа, пријатељства, цимерства. Истиче се да су основна два разлога која доводе до промене образаца породичног живота: правна, економска и друштвена равноправност жена и признавање аутономије деце и њихових права, независних од родитеља.²⁸

Munby је истакао да значајне промене у породичном животу последњих деценија за узроке имају: велике промене у друштвеном и религијском животу; смањење интереса и одбацивање брака као једне од базних институција породичних односа; промене односа друштва према заједницама особа истог пола; огроман напредак у медицинским наукама и методама асистираних прокреација, чиме зачеће детета биолошким, природним путем више није једини начин рађања деце.²⁹

Значајан напредак медицинске науке у погледу лечења стерилитета и могућности добијања потомства медицинским путем, довело је до алтернативних начина остваривања родитељства. Напредак у области репродуктивне технологије у садејству са друштвеним и политичким покретима (за права жена, права деце, права хомосексуалне и транссексуалне популације) довео је до промена у породичном животу и проширења његовог појма, а затим и промена у породичном праву, како у теоријском аспекту тако и у ставовима законодаваца и судија. Репродуктивне технологије дале су, за претходна времена, незамисливе

²⁶ J. Dewar, *The Normal Chaos of Family Law*, *Modern Law Review*, Vol. 61, Issue. 4, July 2008, стр. 485.

²⁷ J. Dewar, *Family Law and Its Discontents*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 79.

²⁸ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 16.

²⁹ J. Munby, *Families Old and New - the Family and Article 8*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 17, No. 2, 2005, стр. 503.

результате - рађање деце донацијом сперматозоида, рађање деце донацијом јајне ћелије, рађање деце оплодњом јајне ћелије у вантелесним условима и затим убацивање исте у утерус жене. Технолошки напредак у медицини прекида везу између генетике и гестације. Промене у технолошким и медицинским наукама довеле су до експанзије репродуктивних права одраслих.³⁰

2. Породично право

2.1. Дефинисање Породичног права

Право је условљено културом и дефинише се као културна мрежа која уобличава понашање људи. Културно наслеђе утиче на уобличавање правног система тако да правни систем представља одраз друштвене културе.³¹ Ретко који део права толико утиче на свакодневне личне односе и породични живот људи као што то чини породично право. Тешко је замислити да постоји особа која није била субјект породичних односа. Свако је био дете, већина људи врши функцију родитеља, а исто тако већина људи је у браку или ванбрачној заједници или су некада били у истим. У складу са наведеним је схватање да се породично право бави основним животним чињеницама - рођењем, љубављу, зачећем.³² Дефинисање породичног права у савремено доба услед проширења граница његовог деловања постаје сложен задатак. Дефиниција би требала да обухвати све различите облике породичних односа који се у савремено време додатно усложњавају. Задајући као тему овог рада право на поштовање породичног живота, при уобличавању, конкретизацији (са намером не кажемо дефинисању) породице, и дефинисању права на поштовање породичног живота, ослонићемо се у највећој мери на праксу Европског суда за људска права.³³ Практика Европског

³⁰ D. Cere, *Toward an Integrative Account of Parenthood*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, NewYork, 2013, стр. 33.

³¹ N. A. Vaarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, Hague, 2011, стр. 282. Култура даје смисао људима, даје одговоре ко су, одакле потичу, како треба да се понашају, шта треба а шта не треба да чине. Култура укључује морал, вредности, ставове, који су саставни делови породичног права. И сам породични живот је састављен од моралних, културних вредности.

³² J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 57.

³³ О разлозима „за“ и „против“ давања законске дефиниције породице у руском законодавству, Л. Ю . Грудина, *Семейное право России*, Москва, 2006, стр. 12.

суда пружа нам драгоцен материјал из кога ћемо покушати да уобличимо оно што се по својој природи опире правном дефинисању - поштовању породичног живота. На основу породичног живота покушава се дефинисати право на поштовање породичног живота. Међутим, ни сам извор који пружа грађу за наш рад, ЕСЉП, не даје дефиницију права на поштовање породичног живота.³⁴ Ми ћемо покушати да на основу одлука овог суда, омеђимо које су то области породичног права предмет заштите права на поштовање породичног живота. Поимање система породичног права као позитивног права заснованог на закону има свој антипод у схватању породичног права, у судском одлучивању, као дискреционог права.³⁵ Породично право више него било који други део приватног (грађанског) права карактерише дискреција.³⁶

Према Међународној енциклопедији упоредног права, породично право дефинише се као право приватних аспеката брака, односа родитеља и детета, старатељства и односа где се јавља сродство, других односа подршке поред оних између детета и родитеља. Породично право представља правила о успостављању интимних односа између жене и мушкарца која имају правне последице.³⁷ Последња дефиниција има, *prima faciae*, недостатак у укључивању у породично право само односа између мушкарца и жене, уз изостављање свих других односа, пре свега, између родитеља и деце. Породично право обухвата односе између деце и родитеља и између одраслих особа у личним, емотивним односима.³⁸ Све чешће се у теорији износе ставови да породично право обухвата (и) заштиту слабијих, зависних, чланова породице.³⁹ Сматрамо да у савремено време породично право

³⁴ О дефиницији породице у пракси ЕСЉП, J. Munby, Families Old and New - the Family and Article 8, Child and Family Law Quarterly, Vol. 17, No. 2, 2005, Bristol, стр. 504.

³⁵ S. N. Katz, Family Law in America, Oxford, 2011, стр. 1.

³⁶ D. Westfall, Unprincipled Family Dissolution: The ALI's Recommendations for Division of Property, у R. F. Wilson, Reconceiving the Family, Cambridge, 2006, стр. 182.

³⁷ P. De Cruz, Family Law, Sex and Society, London, 2010, стр. 3.

³⁸ О дефиницијама породице, J. Herring, Family Law, 2007, Harlow, стр. 2

³⁹ P. De Cruz, Family Law, Sex and Society, London, 2010, стр. 4; У циљу надилажења индивидуалистичког приступа аутономије и права, промовише се принцип заштите, где се насупротив супротстављања сплета интереса и права, акценат ставља на међусобне односе чланова породице и одговорност једних за друге, посебно јачих чланова за зависне (родитеља за децу, пунолетне деце за родитеље, браћу и друге крвне сроднике). Наиме, подвлачи се да може постојати заштита без правичности, али нема правичности без заштите, посебно деце, која без заштите не могу самостално да опстану, S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, Welfare, rights, care and gender in Family law, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 21; Заштита слабије стране од јаче у породичним односима треба да има примену и у традиционалној - колективистичкој, и у савременој - либералној породици. Примена начела

представља правно регулисање односа између особа у личним односима (супружника и ванбрачних партнера), између родитеља и деце, различите институте заштите детета попут усвојења, хранитељства и старатељства, односе између детета и блиских особа и сродника. Наше је мишљење да се у центру дефиниције породице налазе пре свега односи између родитеља и деце, и односи између супружника и ванбрачних партнера - породично право обухвата личне и имовинске односе између родитеља и деце, усвојитеља и усвојеника, хранитеља и храњеника, крвних и тазбинских сродника.

2.2. Да ли је породично право и даље породично?

Промене два основна института породичног права (брака и породице) доводе до питања да ли се још увек норме породичног права требају примењивати на измењене односе у личним односима појединаца. Брак је (био) изванредан. То је заједница живота жене и мушкарца. Појмови оца и мајке били су извесни. Мајка детета била је жена која је родила дете. Отац детета био је муж мајке. Променом појма брака и родитеља, као два основна института породичног права, поставља се питање да ли је породично право и даље породично право, да ли је то породично право утемељено на некадашњим неспорним основама - брака и родитељства.

2.3. Породично право данас

Породично право услед екстремних промена у структури породице постаје све немоћније да регулише и реши све савремене породичне односе. У породичном праву води се расправа о три приступа решавању породичних односа: (људских) права, благостања и заштите. Уже посматрано, ако се са једне стране постави принцип права, са друге стране се јавља принцип благостања, те се

заштите слабије стране тако има примену и у колективистичкој и у индивидуалистичкој филозофији породичних права, J. Dewar, Family Law and Its Discontents, International Journal of Law, Policy and Family, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 78. У природном току ствари деца не могу да остваре своја права без примене начела заштите. Тако и поводом права детета на партиципацију: учешће детета у судском поступку може се остварити само уколико родитељи или други заступници пруже помоћ детету у остваривању тог права.

води дебата о дуализму: (породична) права - благостање.⁴⁰ Док је принцип права стриктно правни, принцип благостања уводи елементе социологије и психологије у нормативизам и праксу породичних односа.⁴¹

Усложњавање породичних форми довело је до тога да је сваки породични спор специфичан и да нема два иста породична спора. Последица тога јесте давање све већег значаја дискрецији суда који треба да поседује осећај за елестичност примене права на дати породични однос.⁴² Полазећи од непостојања чврстих критеријума, предочава се да је право на поштовање породичног живота различито од случаја до случаја.⁴³

Један од парадокса породичног права у садашњем времену огледа се у опирању стриктним законским дефиницијама и потреби примене флексибилности на конкретан случај, док, уједно, услед одсуства поуздања страна у поступку у извештан исход, постоји потреба јасне, (законске) регулације. И у теорији се подвлачи да судови и појединци вапе за правилима којима ће се руководити.⁴⁴ Промене у породичном праву протеклих неколико деценија наводе на закључак да се будућност породичних односа не може предвидети нити замислити, стога ни да су ови односи подобни за кодификацију. Са друге стране, учесници породичних односа као принцип захтевају извесност. Породично право, као део државног система вредности према породичним односима, није свемоћно, оно не може да покрене или прекине фундаменталне промене у породици, али треба да има улогу амортизације тектонских промена у породичном животу. Можемо приметити да се породично право данас налази у транзиционој фази, од некадашњег система заснованог на браку и нуклеарној породици, ка различитим облицима личних заједница, како особа различитог, тако и истог пола, и породицама заснованим на очувању односа детета и његових родитеља. И поред мноштва савремених породичних образаца, сматрамо да би се пружањем чврстих критеријума, којима

⁴⁰ Тако и S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 242.

⁴¹ S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, *Welfare, rights, care and gender in Family law, Rights, Gender, and Family Law*, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 94.

⁴² A. Diduck, *Public Norms and Private Lives: Rights, Fairness and Family Law*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010, стр. 216.

⁴³ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 260.

⁴⁴ J. Eekelaar, *Empowerment and Responsibility: The Balans Sheet Approach in the PRINCIPLES and English Law*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 444; У прилог стриктном дефинисању, насупротив широко постављеним стандардима, R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 190.

би се породични односи и породични живот усмеравао ка одређеној вредности, допринело омеђивању породичног права од других сродних области и престанку константног ширења поља деловања, али и пружању сигурности субјектима породичних односа.

2.4. Криза породичног права?

Криза савременог породичног права огледа се у сукобу (људских) права, са једне стране, и благостања, неге, заштите, аутономије, као вредности, са друге стране.⁴⁵ Ради се о сукобу између нормативног и функционалног. Приметно је да се у доминатним друштвеним обрасцима све више занемарује вредност неге, заштите и васпитања, глорификујући моћ материјалног аспекта. Да у породичном праву нема вредности које се штите, већ да је реч о вредносно неутралној, безличној творевини није прихватљива аргументација. Посматрајмо то на примеру поделе заједничке имовине и досуђивања издржавања за једног супружника након развода брака.⁴⁶ Да не постоје правне норме да и супружник (превасходно мајка, супруга) који није стицао зараду током трајања брака, стога што се посветио заштити, нези и одгајању деце, има право на удео у заједничкој имовини (или право на издржавање ако је неспособан за рад или нема довољно средстава), породично право би креирало слику у којој се сваки супружник охрабрује да стиче зараду и не уважава интересе (права) другог супружника. Ипак, норме о вредновању посвећивања родитеља нези и одгајању деце, као и о правичности поделе имовине стечене у породичној заједници, омогућавају суживот економски јаче и економски слабије стране и заснивање таквих заједница. Заједнице на бази међусобног помагања, подршке, неге, а не искључиво економских користи, својствене су за породично право, а оне засноване искључиво на правима, интересима и економским користима одликују облигационо, компанијско, привредно право - имовинско грађанско право. Породично право у недостатку једне друштвене, државне јединствене моралне

⁴⁵ H. Rhoades, *Concluding Thoughts: Enduring Chaos of Family Law, Rights, Gender, and Family Law*, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 280.

⁴⁶ О законским основама за развод брака у државама чланицама Савета Европе, К. Boele-Woelki, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Anwerpen, 2004, стр. 51.

форме, преноси на чланове породице, своје грађане, моралну одговорност за избор. Будући да је тако, свака породица ствара своја правила и жели специфичну правну регулацију својствену (само) њој. Опасност се огледа у пролиферацији мноштва сопствених субјективних породичних права и недостатку једног јасног, конзистентног, објективно утемељеног, породичног права као система вредности.⁴⁷ Ипак, и поред настојања проширења регулације широког спектра интимних односа од стране породичног права, постоје и односи личне природе, као што је пријатељство, који универзално нису правно санкционисани.⁴⁸

2.5. Будућност породичног права?

Пут породичног права од стрикних (друштвених) правила заснованих на дефиницијама ка мултифункционалном приступу различитих породичних форми говори нам да у новим условима постојања разноликих породичних форми треба успоставити чврсте критеријуме насупрот схватању породице према личном, субјективном критеријуму. Прихватање тумачења породице према личном ставу појединаца довело би до ишчезавања породичног права као права заснованог на одређеној вредности, односно мноштву савремених вредности, и успостављању права које би било лично али без основа у објективним друштвеним критеријумима. Такво лично породично право не би било могуће уобличити ни у његовој примени, нити у тумачењу.

Признање права појединца има се сместити у контекст породице као заједнице. Постизање баланса између права појединца унутар породице и вредности породице као целине императив је савремене породичноправне теорије. Надилажење једног од ова два интереса доводи до немогућности функционисања породице. Налик односу делова и целине. Ако се један (или више) делова сувише одвоји од функције целине, целина не може да функционише кохерентно. Али такође, и ако се занемари специфичност дела у оквиру целине, део је потиснут и његова неефикасност се манифестује на функционисање целине. У складу са

⁴⁷ Истиче се да се у САД знатно повећао број случајева из породичних односа пред судовима, и то случајева у којима странке саме себе заступају, J. D. Weaver, *Overstepping Ethical Boundaries? Limitation on State Efforts To Provide Access to Justice in Family Courts*, *Fordham Law Review*, Vol. 82, Num. 6, May 2014, Nebraska, стр. 2709.

⁴⁸ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 38.

тима, сматрамо да је приступ ЕСЈП коме се при утврђивању повреде права на поштовање породичног живота, намеће обавеза да води рачуна и изврши баланс интереса свих страна у поступку (чланова породице) пут којим се уважава индивидуално право члана породице, али и интерес породице као заједнице тих индивидуа. Стога се позивамо и на пресуду ЕСЈП, *Mustafa u Armagan Akin против Турске*, где је Суд подвукао да се руководи најбољим интересом породице. Пресуда је из 2010. године и сведочи да Суд у својој скорашњој пракси, поред заштите права индивидуе, штити породицу као заједницу.

Ако не (треба да) постоји доминатна породична вредност као некада (нуклеарна брачна породица), решење није у индивидуалном схватању породице. Стварање нове породичне вредности или нових породичних вредности ставља се у задатак теорије савременог породичног права. Вредности заснованих на правима, одговорностима и благостању као могућим полазним претпоставкама и заједничким чиниоцима.

Изгледа да оно око чега нема спора, јесте да не постоји сагласност шта породично право у будућности треба да регулише. Пораст примене уговорног елемента у породичном праву (уговори између супружника, развод на основу уговора, стицање родитељских права на основу уговора), говори у прилог тврдњи да држава не може да реши постојеће породичне односе већ то препушта уговорним странама - субјектима породичног права - члановима породице.

2.6. Породично право и лично право

Породични односи су лични односи. Али оно што је лично не мора бити и породично. Питање је где се налази тачка раздвајања између личних односа који су породични и оних који то нису. Лични односи не морају бити породични односи али су породични односи увек лични односи. Односи између супружника су личне, интимне природе, док су исто тако односи између пријатеља лични и интимни. Међутим, оно што разликује ове две групе јесте постојање сексуалних односа између супружника. Ипак, само постојање сексуалних односа између две особе не доводи до правне регулације. Стога, тек успостављање стабилне заједнице две особе има последице на пољу права, али не и повремено или

учестали али необавезујући сексуални односи. Посматрајући два облика личних форми који нису правно регулисани - пријатељство и сексуалне везе, а блиски су породичним формама брака и ванбрачне заједнице, примећујемо да код пријатељства имамо некад и постојање заједничког живота (цимерство), намеру и стабилне односе између пријатеља, али не и постојање сексуалних односа, док код постојања сексуалних веза, немамо нити намеру трајности заједнице нити заједнички живот.

2.7. Породично право и(ли) породични живот

Породично право настаје из породичног живота, а не обратно. Не ствара породично право породични живот већ породични живот ствара породично право, као мрежу института који регулишу породичне односе. Не налазимо да породично право, као државни систем норми, може да контролише породични живот.⁴⁹ Повећање разноликости породичних форми и породичног живота једна је од базних чињеница за схватање савременог породичног живота.⁵⁰ Поред породичног живота као најчешће употребљиваног термина за сплет, заједницу породичних односа, присутан је и термин породична пракса.⁵¹ И породични живот и породична пракса имају исто значење у смислу да обухватају сплет породичних односа у одређеном простору и одређеном временском периоду између чланова породице. Одвијање породичних односа у извесном временском континуитету од стране две или више особа конституише породични живот између њих. Тако успостављен породични живот штити се од стране државе путем породичног права, пре свега путем права на поштовање породичног живота.

Како је право на поштовање породичног живота, најпре кроз праксу Европског суда за људска права, постало од теоријски прокламованог права, субјективно породично право, поставља се потреба одређивања његовог обима и садржаја. Централни односи у оквиру породичног живота сматрају се они између

⁴⁹ J. Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, стр. 18.

⁵⁰ G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 167; Тако и, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 23.

⁵¹ G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 9.

супружника и они између родитеља и деце.⁵² Иако је дошло до проширења породичних форми, породични живот увек постоји у брачној заједници.⁵³ Породични живот постоји, најпре, и још увек у браку, али је приметно да постоји и у другим формама, пре свега у ванбрачној заједници.⁵⁴ Аргумент да породични живот чине две основне области породичног права - брачно право и право родитеља и деце, показује ширину појма породичног живота, али и сложеност класификације и уобличавања права на поштовање породичног живота, као права путем којег се директно пружа правна заштита породичном животу.

Основна одлика породичног живота у савремено доба оличена је у његовој мобилности.⁵⁵ Ово ће посебно бити уочљиво у самој структури нашег рада у коме значајан простор заузимају делови везани за промену просторних елемената породичног живота чланова породице: промене пребивалишта детета (*relocation*), отмице детета, имиграције чланова породице, слободног кретања чланова породице унутар Европске Уније.

Пракса породичног живота оличена у везама хомосексуалних особа, заједницама особа које се не налазе у браку, рођењу деце у заједницама изван брака, насиљу у породици, осамостаљивању детета, има своје признање у породичним нормама о насиљу у породици, признању права у заједницама особа истог пола, правима детета, правима особа које се налазе у ванбрачним заједницама, правима ванбрачне деце на контакт са оба родитеља, правима родитеља на утврђивање порекла у односу на ванбрачну децу. Питање односа породичног живота и породичног права тиче се тога какав однос има породично право према породичном животу, који облици породичног живота, те који типови породичних односа могу (треба) да буду правно регулисани.⁵⁶

Породичноправна регулација породичног живота нема увек за резултат заштиту породичног живота. Тако, законодавна активност некада доводи до

⁵² D. Zacharias, The Protection of Mothers in British and German Constitutional Law: A Comparative Analysis and a Contribution to the Implementatiton of the European Convention on Human Rights in the Domestic Legal Area, German Law Review, Vol. 9, Num. 1/2008, стр. 33.

⁵³ H. Swindells, A. Neaves, M. Kushner, R. Skilbeck, Family Law and the Human Rights Act 1998, Bristol, 1999, стр. 44. Тако и D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2009, стр. 374.

⁵⁴ О ванбрачној заједници, М. Драшкић, Ванбрачна заједница, Београд, 1988.

⁵⁵ H. Stalford, Concepts of Family Under EU Law - Lessons from the ECHR, International Journal of Law, Policy and Family, Vol 16, Issue 3, December 2002, стр. 413.

⁵⁶ О томе и, R. Levesque, Child Maltreatment and the Law, New York, 2008. стр. 53.

умањеног поштовања породичног живота.⁵⁷ Породично право треба да пружи одговор који део породичног живота и породичне одговорности представља правни а који део морални аспект.⁵⁸ Само одређене одговорности имају бити правно уобличене. Одговорност се види и као правни и као морални концепт, својеврсна еманација моралних и правних обавеза.⁵⁹

Породично право представља сенку породичног живота, односно породични живот обухвата и оне породичне односе који нису регулисани правом. Породични живот обухвата одређене породичне односе, а право на поштовање породичног живота само оне породичне односе који су конституисали породични живот и којима је пружена правна заштита. Право на поштовање породичног живота подразумева једно од субјективних породичних права, с обзиром на то да се правом на поштовање породичног живота штите само неки од института породичног права. Право на поштовање породичног живота подразумева као конститутивни елемент постојање породичног живота, који са своје стране захтева одређени однос, и то однос најмање два субјекта породичних односа, пре свега однос између родитеља и детета. Стога, многи институти као брак или сродство, узети самостално, не подразумевају заштиту путем права на поштовање породичног живота. Сматрамо да је право на поштовање породичног живота по свом карактеру нематеријалне природе, те стога, односи издржавања или односи имовинске природе између чланова породице, иако представљају саставни део породичног живота, не представљају предмет заштите права на поштовање породичног живота. Пракса ЕСЉП, као што ће се видети током целокупног рада, не пружа нам примере да је кроз члан 8. пружена заштита права на поделу имовине супружника, права на издржавање детета, права на издржавање сродника, права на издржавање мајке детета. Право на поштовање породичног живота представља право које у себи садржи однос, однос породичног живота, оно није везано за одређеног титулара (као нпр. право на брак, право на издржавање, право на поделу имовине стечене у браку, право на усвојење).

⁵⁷ Тако, наводи се да је у Енглеској 70-их година XX века законским регулисањем одређених института дошло до маргинализовања поштовања породичног живота, R. Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, стр. 52.

⁵⁸ Да је раздвајање права и морала поодмакао процес, М. Јањић-Комар, *Расправа о принципима Породичног права*, Београд, 2008, стр. 12.

⁵⁹ В. В. Н. Richmond, *Family Responsibility: Where Are We Now?* у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 25.

Породични живот претпоставља постојање односа, а повреда права на поштовање породичног живота, повреду одређеног односа, не само права једног лица, већ односа породичног живота успостављеног између најмање две особе. Повреду права члана породице које у себи укључује однос (породични живот) између два члана породице. Реч је о повреди субјективног породичног права члана породице које у себи обухвата постојање породичног односа.

3. Породично право између приватног и јавног

3.1. Породично право и приватноправни елементи

Традиционално породично право сматрано је приватним правом.⁶⁰ Тако, појединци се у регулисању својих породичних односа и породичног живота руководе преваходно сопственим, интимним, приватним правилима.⁶¹ Породично право регулише односе између појединаца и представља брану од учешћа државе и норми јавног права у породичне односе. Приватност породице основ је развитка америчког права и америчког породичног живота.⁶² Породични односи су односи личне природе у које јавне власти не могу да се мешају. Једна од последица оваквог схватања породичног права представља изостанак правног санкционисања насиља у породици као и мешања државе у одгајање (васпитање) деце од стране родитеља.⁶³ Приватни породичноправни односи укључују вредности пријатељства, поверења, поштовања, одговорности.⁶⁴ У савремено доба присутна је тенденција повећања аутономије и самоодређења у породичном праву, као елемената приватноправне природе.⁶⁵ Са једне стране, имамо приватизацију породичног права путем повећања аутономности чланова породице код развода брака, стицања родитељског права, уговорног имовинског режима

⁶⁰ A. Diduck, Relationship Fairness, у A. Bottomley, S. Wong, Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, 2009, стр. 71.

⁶¹ R. Collier, Masculinity, Law and the Family, London, 1995, стр. 84.

⁶² S. N. Katz, Family Law in America, Oxford, 2011, стр. 4.

⁶³ A. Diduck, Public Norms and Private Lives: Rights, Fairness and Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 202.

⁶⁴ J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006.

⁶⁵ J. Herring, Relational Autonomy and Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 259.

супружника и ванбрачних партнера.⁶⁶ Међутим, наспрам повећања индивидуалности и прокламовању низа људских права као обележја приватних права појединаца, имамо тенденцију повећања мешања државе и јавних служби у породичне односе појединаца у односу на време када људска права нису била у фокусу породичног права.

3.2. Породично право и јавноправни елементи

Ни на који начин породично право није изузето од тенденција савременог права да се полако губи граница између јавног и приватног права. Утицај интернационализације људских права довео је до тога да појединац све више постаје субјект међународног јавног права. Глобализација доводи до трансформације породичног права. Долази до екстратериторијалности као обележја савременог породичног права.⁶⁷ Породично право више није, као некада, искључиво везано за територију једне државе. Јављају се нова питања у породичном праву која до тада нису била доминантна: бракови лица различитог држављанства, међудржавно усвојење, отмица деце, случајеви промене пребивалишта родитеља и детета (*relocation*).⁶⁸

Насупрот ставова о супрематiji приватности породице, стоје схватања да је породица друштвена институција и као таква није имуна од утицаја норми јавног карактера. Држава има интерес да се меша у породичне односе и да одређене аспекте породичног живота санкционише. Утицај државе на приватне породичне односе је порастао, и није спорно да је сада и квалитативно и квантитативно немерљив у односу на само тридесет година раније.⁶⁹ Заступници претежног утицаја јавноправног елемента у породичном праву истичу да породични ауторитет и правила регулисања породичних односа извиру из овлашћења која је

⁶⁶ Ипак, постоје супротна решења европских законодавстава поводом слободе уговарања супружника. Тако, немачко право дозвољава слободу уговарања супружника док италијанско право уговоре између супружника сматра ништавим услед примене доктрине једнакости, M. R. Marella, *Critical Family Law, Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 19/2011, стр. 749.

⁶⁷ М. Јањић-Комар, *Расправа о принципима Породичног права*, Београд, 2008, стр. 11, о савременом породичном праву.

⁶⁸ B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 3.

⁶⁹ R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 32.

породица добила од државе.⁷⁰ Уплив државе у породичне односе почиње са смањењем утицаја мушкарца, као некадашњег суверена породице. Умањење његове власти доводи до повећаног учешћа државе у породичне односе.⁷¹

Држава са своје стране може утицати на одређени институт породичног права. Тако, ако нпр. држава жели да подржи закључење брака, и то промовише као доминантан модел породичне заједнице у којој се рађају и одгајају деца, она ће својим мерама омогућити да особе које закључују брак уживају социјалне и материјалне користи резервисане (само) за оне особе које се налазе у браку.⁷² Исто тако, ако држава жели да подржи заједнице особа хомосексуалне оријентације, она ће то чинити прописивањем стицања наследних, станарских и права из социјалног осигурања ових особа.

Држава у савремено доба првенствено има обавезу да пружи заштиту детету, али без кршења права породице као целине - без угрожавања права на поштовање породичног живота осталих чланова породице. Суд приликом одлучивања у приватним породичним односима увек примењује извесне „јавне“ вредности, друштвена начела.⁷³ Норме породичног права одражавају норме породичног живота који осликава одређене јавне, друштвене, а не искључиво приватне вредности. Видећемо да се и ЕСЉП у многим пресудама позива на (не)постојање консензуса међу државама чланицама поводом одређене друштвене вредности (породичног односа). Те вредности предствљају друштвене, јавне вредности о одређеном питању: браковима између особа истог пола (*Schalk и Kopf против Аустрије*), рођењу детета помоћу техника биомедицинског оплођења (*S.H. и други против Аустрије*), усвојењу детета од стране хомосексуалних особа (*E.B. против Француске, Frete против Француске*), усвојењу детета од стране једне особе (*Schwizgebel против Швајцарске*). Перцепција породице као јавне установе подвлачи да међусобне обавезе чланова породице нису резултат избора појединаца и њихових личних вредности, већ да оне проистичу из моралне и

⁷⁰ R. Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, стр. 79.

⁷¹ M. Vaz Tome, *Family Law and Family Values in Portugal*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 314.

⁷² C. Lind, *Power and the Taking of Responsibility: Shifting the Legal Family from Marriage to Friendship*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 79.

⁷³ О односу вредности и породичног живота у судском одлучивању, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 7.

друштвене стварности коју обликује друштво са својим вредностима.⁷⁴ Савремена породица, према нашем мишљењу, стоји између јавног и приватног. Има одлике и јавне и приватне институције, уз тенденцију померања ка јавном елементу. Приватног у односу на државу и друге њене институције, а јавне у односу на појединца као члана породице. Она треба да (по)стоји као мост између појединца као индивидуе и друштва као целине.

За разлику од некадашњих времена када су судови решавали углавном приватна питања која су се тичала финансијских последица престанка брака - поделе имовине супружника, издржавања брачног партнера, шире посматрано, примене законских норми на конкретне случајеве, данас вршиоци судске функције имају задатак да примене шире принципе и правна начела (нпр. најбољи интерес детета, благостање детета, па и право на поштовање породичног живота) који у себи садрже елементе не само породичних већ и друштвених вредности. Судови су у одређеним случајевима чак и питања приватноправних интереса, као што су породичне финансије сматрали питањима од јавног значаја.⁷⁵ Судови, са своје стране, у неким државама могу тумачењем одређених односа исте уврстити као породичне и тиме (про)ширити, или, пак, нелегитимисањем истих односа као породичних, сузити постојећи појам породице.⁷⁶

Дискурс јавног интереса у породичном праву се од наикадашње намере заштите друштвеног (породичног) поретка померио ка заштити слабијих, зависнијих чланова породице, првенствено деце. Некадашња схватања да је породица приватна институција напуштена су на рачун модерног тумачења да се породица не може посматрати као заједница лишена друштвених, јавних утицаја, чији је саставни део.

⁷⁴ A. Diduck, *Public Norms and Private Lives: Rights, Fairness and Family Law*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010, стр. 205. Исти аутор истиче да повећање породичних спорова пред Врховним судом Канаде сведочи о јавноправности породичног права. О утицају јавних елемената на породично право Јужне Африке и разлозима преваре јавноправних елемената у односу на приватноправне, првенствено ради заштите чланова породице. Видети. J. Sloth-Nielsen, B. V. Heerden, *The consitutional family: developments in South African family law jurisprudence under the 1996. constitution*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol 17, Issue 2, August 2003, стр. 125.

⁷⁵ Случајеви *White v White* (2001) 1 AC 596; *Miller v Miller* (2006) UKHL 24; *Stack v Dowden* (2007) UKHL 17.

⁷⁶ Тако је суд у Енглеској у случају *Fitzpatrick v Sterling Housing Association* (1999) 2 FLR 1027, проширио појам породице, сматрајући да се истополни партнери у циљу наслеђивања станарског права имају укључити у појам „породице“.

У античко доба Платон се у свом делу *Држава* залагао да се породична заштита детета замени системом јавних институција задужених за негу и васпитање детета, дакле системом јавноправне заштите.⁷⁷ Примере тежње за превегом јавног елемента у породичним односима имамо у виду израелских „кибуца“ (*kibbutz*) као јавних институција за одгајање деце.⁷⁸

И ЕСЉП, као *fons iuris* за наше право - право на поштовање породичног живота, при одлучивању има тежак задатак да изврши баланс између јавног и приватног, између права чланова породице, пре свих родитеља, да васпитавају своју децу у складу са својим уверењима, обичајима, и обавезе државе да (за)штити децу од противправних поступака родитеља. Уколико нађе да је оправдано одвајање деце и родитеља, таква мера домаћих власти сматра се компатибилном ЕКЉП. Управо у многим пресудама када се држава оглашава одговорном или су, пак, њене мере у складу са ЕКЉП, огледа се проблематика посматрања породице и породичних односа као приватне или јавне институције.

4. Породично право у контексту савремених породичних тенденција

Савремено породично право треба посматрати у светлу, пре свега, европских породичних тенденција, а потом и међународних. Промене на европском и међународном плану рефлектују се на националне породичне норме. У складу са тиме и наше опредељење да право на поштовање породичног живота, као европско породично право приближимо националном породичноправном оквиру.

4.1. Породично право и међународне породичне тенденције

Стриктна подела на англосаксонско, континентално, азијско, афричко (обичајно) право, својствена ранијим временима, умногоме је изгубила значај. Данас често имамо примере преплитања института који су резултат мешања ових система. Доступност решења правних система удаљених хиљадама километара

⁷⁷ Платон, *Држава*, А. Вилхар, Б. Павловић (превод), Београд, 2002, стр. 237.

⁷⁸ D. Cere, *Toward an Integrative Account of Parenthood*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 19.

премостила је и неке културолошке разлике међу њима. Теорија о правним трансплантима објашњава делом присуство правних института из једног правног система у географски удаљеним правним системима који немају културних, друштвених и историјских додирних тачака.⁷⁹ Подобност породичног права истиче се на пољу трансплантације правних института.⁸⁰ Честа је пракса да домаћи законодавци користе решења иностраних правних система и да се судије позивају на решења међународног права. Ипак, трансплантација правних института породичног права није увек подобна имајући у виду зависност породичноправних норми од културног, историјског и друштвеног контекста. Уколико вредносне реформе породичног права не иду „одоздо“, уколико нису резултат унутрашње, домаће унутаркултурне иницијативе, већ су производ наметања споља, такве реформе немају изгледа за успех.⁸¹

Ако се државе класификују на оне са либералним, модерним правним решењима и оне са традиционалним правним поретком, опет се може увидети да и у државама са модерним породичним правом постоје групе људи које поштују традиционалне породичне вредности, као и што у државама са традиционалним породичним правом егзистирају грађани чији је породични живот заснован на либералним породичним вредностима.⁸² То нам говори да је породично право, као и уосталом право у целини, постало транснационално, с обзиром на то да се заједница људи са истим породичним вредностима повезује изван државних граница. Европске судске институције, попут Европског суда за људска права и Европског суда правде, које тумаче породичне националне вредности представљају главне ствараоце доминанатних породичних вредности и у националном породичноправном оквиру.⁸³ Одлуке ових институција обавезују домаће законодавце и судије, о чему ћемо говорити у следећој Глави.

⁷⁹ Видети, М. R. Marella, *Critical Family Law*, *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 19/2011, стр. 727.

⁸⁰ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 11.

⁸¹ M. Antokolskaia, *Family Values and the Harmonization of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 308; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 32.

⁸² О томе да доминантна правила о обавези школовања детета нису у складу са обичајима мањинских група, конкретно, амиша у САД, R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 20..

⁸³ M. Antokolskaia, *Family Values and the Harmonization of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 301.

4.2. Породично право и европске породичне тенденције

Савремено породично право показује отвореност да уважи различитости породичних односа.⁸⁴ За разлику од ранијих времена, данас породично право представља место признања нових личних, интимних односа појединаца, и нових форми односа детета и родитеља, проистеклих, или из распадања традиционалних породичних форми, или из изворног настајања нових породичних заједница. Оно је место признања нових културних и друштвених облика породице и породичног живота.⁸⁵ Тенденције ка унификацији европског породичног права више нису теоријска концепција, већ друштвена реалност. Унификација европског породичног права одвија се кроз два процеса - усвајањем нових елемената породичних односа и уједначавањем праксе Европског суда за људска права, као и радом различитих Удружења и Конференција за европско породично право (Хашка конференција за Међународно приватно право, Међународна комисија за грађански статус,⁸⁶ Комисија за европско породично право *CEFL*).⁸⁷

Породично право дуго је било изван европских унификационих тенденција, сведочећи као пример да материја породичних односа није подобна за унификацију. И поред предузетих напора и даље су разлике између европских

⁸⁴ C. Smart, *Making Kin: Relationality and Law*, у A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 7.

⁸⁵ О односу породичног права и културних образаца, D. Schwab, *Familienrecht*, 9. Auflage, München, 1999, стр. 2.

⁸⁶ M. T. Meulders-Klein, *Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means*, у K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003, стр. 111.

⁸⁷ K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 5, о циљевима *CEFL*. Неслагласност на пољу унификације породичног права у Европи настала је већ на самом почетку, по питању развода. Малта је чланица Европске Уније која и даље не дозвољава развод брака. Антипод унификације породичних односа, поред примера развода брака, представља брачна сметња крвног сродства која се узима као неспорна приликом закључења брака између крвних сродника. За разлику од Европе и САД у Азији брак између крвних сродника није страна појава. Године ступања у брак такође су предмет различитог тумачења. У индијској покрајини Раџестану 50% особа које ступају у брак имају испод 15 година, а 17% од оних испод 15 година има мање од 10 година. ЕСЉП се у случају *B. и L. против Уједињеног Краљевства* (пред. бр. 36536/02, пресуда од 13. септембра 2005 године) изјашњавао о пуноважности закључења брака између тазбинских сродника (очуха и пасторке), видети K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerpen, 2008, стр. 175. О начелима *CEFL*, И. Мајсторовић, *Хармонизација и унификација Европског Обитељског права*, Загреб, 2009, стр. 260. О проблемима унификације брачног права у Европи, K. Boele-Woelki, C. G. Beilfuss, *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, Antwerpen, 2007, стр. 40; О надлежности *CEFL*, K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003, стр. 29.

држава по питању породичног права значајне.⁸⁸ *Ius commune* европског породичног права представља средњевековно канонско породично право, док је у другим областима унификације приватног права то (било) Римско право.⁸⁹

Европска Комисија у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право има намеру да створи кодификовано европско породично право.⁹⁰ План је (био) да се до 2011. године заокружи материја развода брака, издржавања супружника и заједничке имовине супружника, а да се у периоду од 2007. до 2013. године укључе и питања усвојења, личних имена и личног статуса. Наспрам оваквих тежњи ка формализацији норми европског породичног права, настоји се истаћи примарна улога садржаја тих норми.⁹¹

У свим државама чланицама Европске Уније манифестује се сукоб конзервативних и либералних породичних вредности.⁹² Можемо рећи да је европско породично право у поступку транзиције, од једних ка другим породичним формама. Констатујући да је тај процес у току, задатак дефинисања форми у којима породични односи функционишу а породично право их санкционише, постаје захтеван.

Тежња ка унификацији породичног права, по природи ствари, отпочиње од брачног права. У том погледу истичемо значај *Brussels II ter* - Препоруке чији је базни циљ⁹³ прописивање јасних правила и обимног правног оквира за брачно право у Европској Унији, тачније правила поводом развода брака и родитељске одговорности.⁹⁴

⁸⁸ M. Antokolskaia, *Family Values and the Harmonization of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 297.

⁸⁹ *Ibid*, 298; Видети, такође, M. Antokolskaia, *Harmonization of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 1, 2010, Bristol, стр. 405.

⁹⁰ О томе, N. Lowe, *The Council of Europe's Family Law Programme: Where Does it Go From Here?*, у T. Helms, J.M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht*, Frankfurt am Main, Berlin, 2008, стр. 513.

⁹¹ N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, Hague, 2011, стр. 265.

⁹² *Ibid*, 148. Занимљив закључак наводи овај аутор. Земље које се граниче, иако имају слично културно наслеђе, немају иста правила о разводу брака. Већински став друштвених група, посебно исказаних на народним иницијативама (референдумима), даје истим већинским групама легитимацију за прописивање доминантних норми породичног права, које постају доминантне норме одређеног правног система, било да су оне либералне или конзервативне.

⁹³ Поред овог има још пет циљева: проширење правне сигурности и извесности; повећање флексибилности и индивидуалне аутономије страна у поступку; осигурања приступа суду; превенција „прераног одласка у суд“. Намера стварања оваквог наднационалног породичног права искључује примену *renvoi*.

⁹⁴ N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, Hague, 2011, стр. 152. Занимљиво је да ЕУ доноси правила, не о почетку заједнице жене и мушкарца, већ о њеном престанку. Да ли је то доказ да је брак већ превазиђена институција, која се дезинтегрише, те је потребно постићи

Иако европско породично право тежи ка унификацији, приметне су значајне разлике поводом неких питања. Предлози за унификацију норми европског породичног права око развода брака говоре да, иако ниједна држава чланица ЕУ не предвиђа развод на основу кривице⁹⁵ као самосталан бракоразводни узрок, постоје дисонантни тонови.⁹⁶ Тако, Малта не дозвољава развод брака,⁹⁷ Ирска дозвољава развод брака тек након истека рока од четири године и испуњења додатних услова, уз обавезно судско одобрење,⁹⁸ док у Шведској није потребан никакав услов осим да, ако је у питању развод по тужби а супружници имају децу млађу од 16 година, протекне временски период од 6 месеци.⁹⁹ Истиче се да су у овој области, иако постоји висок степен европске сагласности да није могуће забранити развод брака, разлике међу државама значајне, према некима готово и непремостиве.¹⁰⁰

Намера унификације европског породичног права је да се постепено постигне консензус у погледу изолованих сегмената породичног права уместо да се материја целокупног породичног права кодификује одједном. Приметне историјске и културолошке разлике у државама чланицама не дозвољавају конституисање европског породичног права као једне целине. Проблем унификације европског породичног права, као дела грађанског права, састоји се у поимању породичних права држава чланица као националних права са изразитим

консензус, не о условима за закључење, већ о престанку брака. Такође, регулисање питања развода брака претходно захтева да се утврди пуноважаност брака. Само пуноважан брак може бити разведен. Стога се два питања постављају као кључна: бракови између лица истог пола и полигамни бракови. О *Brisel II bis* још и Б. Бордаш, Признање и извршење одлука у стварима родитељске одговорности према уредби 2201/2003 (*Brisel II bis*), Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2012, Нови Сад, стр. 241; Такође, L. Crowley, *Family Law*, Dublin, 2013, стр. 751; О ставу ЕСЈП поводом ове Препоруке видети случајеве, *Povse v Austria*, пред. бр. 3890/11, пресуда од 18. јуна 2013. године; *M. S. S. v Belgium and Greece*, пред. бр. 30696/09, пресуда од 21. јануара 2011. године; *Michaud v France*, пред. бр. 12323/11, пресуда од 6. децембра 2012. године.

⁹⁵ Иако се у Европи већински напушта концепт развода брака уз постојање кривице, назиру се и опозитне намере ка његовој рестаурацији у неким законодавствима. О томе, S. N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, 2011, стр. 8.

⁹⁶ Тако и, M. Antokolskaia, *Family Values and the Harmonization of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 302.

⁹⁷ J. Mair, E. Örüçü, *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, Cambridge, 2011, стр. 201.

⁹⁸ K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 121.

⁹⁹ N. A. Vaarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, Hague, 2011, стр. 147.

¹⁰⁰ И. Мајсторовић, *Хармонизација и унификација Европског Обитељског права*, Загреб, 2009, стр. 249.

карактеристикама културног система дате државе. Породично право има чврсте корене у националној правној култури, те се просто по својој природи опире унификацији.¹⁰¹

Европско породично право представља мешавину англосаксонског и континенталног права, као саставних делова европске правне баштине. Имајући у виду овакво кретање европског породичног права и пресудан значај ЕСЈП на наш рад, поставља се питање шта би то подразумевало на пољу судског одлучивања. ЕСЈП би могао да суди не само на основу закона (ЕКЈП), што и чини, већ и да примењује правна начела и принципе. Пресуде не би могле имати карактер прецедената, не би обавезивале суд у сваком будућем случају, али већ донете пресуде о одређеном породичном односу (нпр. признање ванбрачне породице и везе између ванбрачне мајке и детета као у случају *Marckx*) у будућности утичу да се више не поставља питање да ли међу тим члановима породице постоји породични живот.

4.3 Парадокс савременог породичног права

У чему се огледа парадокс савременог породичног права? Док у једном углу имамо повећање улоге државе кроз уплив правних норми у приватност породице кроз институте насиља у породици, надзора над вршењем родитељског права, лишења родитељског права, у другом углу исте слике, имамо повлачење државе из арене (сукоба) породичних односа, и то кроз приватизацију развода брака (развод без постојања кривице),¹⁰² приватизацију стицања родитељског права (сурогат материнство), изједначавање брака и ванбрачне заједнице, повећање примене алтернативних начина решавања спорова (медијација,¹⁰³ породична

¹⁰¹ О томе да породично право није подобно за унификацију услед непостојања заједничких вредности и циљева условљених културним и историјским разлозима, М. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, стр. 4.

¹⁰² D. Park, *Korean Divorce Law: Can a Spouse Guilty of Marital Misconduct Get a Divorce Without the Consent of the Other Spouse*, *The International Survey of Family Law* 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 313-335; Брак је од институције јавног значаја постао предмет приватног домена. Француски социолог *Irene Thery* сковала је термин „разбрачност“ (*demarriage*) који карактерише овај процес, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 26.

¹⁰³ M. Whittaker, A. Brown, *The Place for Mediation in Family Law*, *The Jersey and Guernsey Law Review*, Vol. 18, Num. 1, February 2014, Jersey, стр. 109-120; I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code*, Antwerpen, 2006, стр. 31; Тако и J. Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, стр. 21; У Аустралији улогу медијатора обављају Центри за породичне односе (*Family Relationship Centers*), P.

конференција),¹⁰⁴ фаворизовање уговорних односа (брачни и предбрачни уговори), приватизацију издржавања (аранжмани о међусобном издржавању чланова породице).¹⁰⁵ У том новом парадоксу породичног права имамо код односа родитеља и деце, као и насиља у породици, интерес државе за мешање у породичне односе,¹⁰⁶ док у личним (развод брака) и материјалним односима између супружника (подела заједничке имовине),¹⁰⁷ констатујемо повлачење државе и остављање супружницима да своје несугласице реше самостално, уз извесну улогу државе као пасивног помоћника.

Уколико погледамо слику породичног права у не тако далекој прошлости - од средине XX века примећујемо супротну тенденцију. Држава се није мешала у приватност породице и вршење родитељског права, док су односи између супружника и питања брака и финансијских аспеката брака били строго под утицајем државе (рестриктивност развода брака, развод на основу кривице, одсуство контрактуелности у аспектима издржавања и поделе заједничке имовине).

Шта можемо рећи на основу овакве слике? Намеће се неколико закључака. Првенствено да су друштво и држава, од узрока, своје поље деловања померили ка последицама. Док је раније интервенција државе имала за циљ да очува основну породичну форму - брак, а самим тим и касније односе родитеља и деце, данас се држава повукла из поља деловања (очувања) брачног права и

Parkinson, *Family Law and the Indisolubility of Parenthood*, Cambridge, 2011, стр. 187. О све већој улози медијације у породичном праву, J. Herring, *Relational Autonomy and Family Law*, London, 2014, стр. 6.

¹⁰⁴ J. Dewar, *Family Law and Its Discontents*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 75; J. Арсић, *Породична конференција као модел за решавање случајева злостављања и занемаривања деце*, докторски рад, Београд, 2013.

¹⁰⁵ Приватизација издржавања има своје разлоге у смањењу финансијских давања за социјалне потребе. Тиме се терет издржавања жели померити са државе на појединце. Такође, повећање деце са неутврђеним пореклом од стране оца, рођених у ванбрачним заједницама, поставља питање одговорности родитеља за издржавање. Стога, држава инсистира, ако је могуће, да родитељи постигну одрживе споразуме о издржавању. О одговорности издржавања између родитеља и детета, S. N. Katz, *Family Solidarity Versus Social Solidarity in the United States*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 1/2010, Buffalo, стр. 165.

¹⁰⁶ У већини случајева сматра се оправданим да држава интервенише у породичне односе да би се спречило злостављање, F. E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, у S. B. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, 2006, стр. 3.

¹⁰⁷ О томе колико је питање поделе заједничке имовине стечене у браку отишло далеко и колико поремећени односи бивших супружника могу бити, говори занимљив чланак да се поставља питање чији су кућни љубимци и коме, као заједничка имовина, припадају након престанка брака, C. S. Bruch, *Parental Alienation Syndrome and Parental Alination: Getting It Wrong in Child Custody Cases*, *Family Law Quarterly*, Vol. 36, No. 2, Summer 2002, Chicago, стр. 287.

либерализацијом брачног права (конкретно развода брака и изједначавањем брака и ванбрачне заједнице),¹⁰⁸ одлучила да регулише последице развода брака пре свега у области родитељског права.¹⁰⁹ Однос родитеља и детета у центру је разматрања савременог породичног права. А још конкретније речено, дете је у фокусу савременог породичног права. Основ за то налазимо и у нашем раду, где се однос између родитеља и детета јавља као основни однос везан за право на поштовање породичног живота. Сви остали односи везани су или садрже у себи однос родитеља и детета - утврђивање порекла детета (очинство и материнство), контакт родитеља и детета, одвајање детета од родитеља и поновно спајање детета и родитеља, лишење родитељског права, усвојење и хранитељство, отмица детета, депортација. У свим овим односима јавља се дете као субјект. То је последица престанка брака, измењених (поремећених) односа између супружника (родитеља) и настојања да се решава питање очувања и уређења личних односа детета и родитеља независно од односа његових родитеља - бивших.

5. Породица

5.1. Савремена породица

У савремено доба не постоји тип породице који има могућност да буде правно регулисан као једини и доминантан.¹¹⁰ Савремену породицу карактерише процес индивидуализације.¹¹¹ Док су везе чланова породице у традиционалној породици центрифугалног карактера, тенденције у савременој породици показују центрипеталне тежње.¹¹²

¹⁰⁸ О потреби разликовања брака и ванбрачне заједнице, J. R. Feinberg, *Avoiding Marriage Tunnel, Vision, Tulane Law Review*, Vol. 88, Num. 2, December 2013, стр. 281.

¹⁰⁹ У прилог ставу да треба деловати превентивно на развод брака, S. N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, 2011, стр. 128. Аутор наводи луцидне термине развода брака преко *e-mail*-а и развода брака преко заступника.

¹¹⁰ R. Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, стр. 50..

¹¹¹ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 15; M. Vaz Tome, *Family Law and Family Values in Portugal*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 325.

¹¹² G. Van Bueren, *The International Rights on the Rights of the Child*, Hague, 1998, стр. 69.

Чињеница да се у неким друштвима стопа развода брака креће око 40% поставља питање регулације нових породичних односа.¹¹³ Након развода брака неки од модалитета породичних форми су: породице једног родитеља и детета, породице једног родитеља његовог новог партнера и детета, породице једног родитеља његовог партнера и њихове деце из претходне заједнице, породице једног родитеља, његовог партнера, њихове деце из претходне заједнице и заједничке деце из нове породичне заједнице.¹¹⁴

Налазимо да се циклично кретање породичних форми полако затвара. Наиме, доминантан облик породичне задруге, односно колективних породица, породица великог броја генерација, у периоду између два светска рата, заменио је након Другог светског рата, нуклеарни тип брачне породице родитеља и њихове деце, да би у најновије, данашње време, са повећањем стопе развода,¹¹⁵ глорификовањем индивидуализма¹¹⁶ у породичним односима, породице једног родитеља и детета, као и разне породичне заједнице изван брака постале све чешћи облик. Након

¹¹³ C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Family Responsibility or Having It Imposed?, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 2; Да у Аустралији стопа разведених бракова достиже фасцинантних 46%, а 30% бракова се разведе услед постојања насиља у породици, T. Brown, R. Alexander, Child Abuse and Family Law, Crows Nest, 2007, стр. 15.

¹¹⁴ Константно акцентовање регулације развода брака као једног од централних питања савременог породичног права није без утемељења. Наиме, уколико не долази до дезинтеграције (развода) породичних форми, породично право нема толико велику и значајну улогу у регулисању породичних односа. Како је савремена стварност породичних односа супротна - повећање развода брака и престанка ванбрачних заједница, поставља се императив регулисања читавог низа, сада већ института породичног права који раније или нису постојали, или су били на маргини породичног живота: контакт родитеља и детета, пресељење једног родитеља који врши родитељско право са дететом у другу државу (*relocation*), лични однос детета и других крвних сродника, лични однос детета са блиским особама, отмица детета. О томе да су брак и развод брака централни институти породичног права, M. Antokolskaia, Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective, Antwerpen, 2006, стр. 10.

¹¹⁵ P. Galea, Grandparenting and Extended-Family Support: The Silent Generation, International Journal of the Jurisprudence of the Family 3/2012, Buffalo, стр. 283; S. M. Bianchi, A Demographic Perspective on Family Change, Journal of Family Theory and Review, Vol. 6, Num. 1, March 2014, Minneapolis, стр. 39.

¹¹⁶ Неки аутори истичу постојање доминантних образаца породичних односа. Тако, у првом случају пропаст некадашњих доминантних породичних образаца условљена је повећањем индивидуализма и тежње ка сопственом интересу. Такви себични интереси замењују одговорност и бригу за другима, те се будућност породичних односа види у опасној атомизацији и одсуству моралних вредности. У другом случају, повећање индивидуализма доводи до самоспознаје и успостављања садржајнијих породичних односа. Овакав начин има опасност у креирању сопствених правила којима појединци регулишу своје интимне, породичне односе, и стварању мреже „сопствених породичних норми“, односно „сопствених субјективних породичних права“ независних у односу на једно објективно (државно) породично право као систем норми. О томе, V. Gillies, Families and intimate relationships: A review of the sociological research, London, 2003, стр. 15.

тога, примећујемо тренд враћања породица великог броја чланова, посебно „проширених породица“¹¹⁷ насталих разводом брака у којима имамо супружнике или ванбрачне партнере и њихову како заједничку, тако и децу из претходних заједница.¹¹⁸

Оно што се у слици савремене породице може увидети је да и даље постоји некада исључиво доминантна нуклеарна брачна породица мајке, оца и њихове деце.¹¹⁹ Нуклеарна породица се истиче и даље као модел-образац за настанак нових породичних облика.¹²⁰ Али, поред овог облика, примећујемо проширену слику породица: породице једног родитеља, породице две особе ван брака и њихове биолошке деце, породице хомосексуалних партнера, породице транссексуалних партнера, хранитељске породице, проширене породице у којима деде или бабе услед развода живе са дететом и једним родитељем, породице састављене од родитеља и деце и нових партнера родитеља и њихове деце.¹²¹ Нуклеарну породицу замењује мноштво „недефинисаних“ типова породица. Свака „недефинисана породица“ има своју сопствену породичну праксу, свој сопствени породични живот.¹²² Вредност различитости као израз слободе избора појединца продукује мноштво различитих форми личних односа и заједница из таквих односа. Оно што је заједничко за све нове породичне облике је да они желе да се „прикажу“, односно да добију спољно признање друштва (али и права) као породичне форме.¹²³ Сматра се да је то последица политичког либерализма који

¹¹⁷ C. Garcimartin, Defining Familial Relations Within the Law: Nuclear Family vs Extended Family, International Journal of the Jurisprudence of the Family 3/2012, Buffalo, стр. 103; Слично, за појам проширених породица у перуанском праву, А. М. О. Britto, The Extended Family under Peruvian Family Law: Between Tradition and Globalization, International Journal of the Jurisprudence of the Family 3/2012, Buffalo, стр. 382.

¹¹⁸ R. Probert, Cretney's Family Law, London, 2003, стр. 10.

¹¹⁹ Супротно, да се нуклеарна породица не састоји нужно од родитеља и њихове деце, C. Garcimartin, Defining Familial Relations Within the Law: Nuclear Family vs Extended Family, International Journal of the Jurisprudence of the Family 3/2012, Buffalo, стр. 104.

¹²⁰ R. Levesque, Child Maltreatment and the Law, New York, 2008. стр. 53.

¹²¹ Истиче се да је у породичној пракси током XX века у САД постојао групни брак као један од породичних облика, M. Coleman, L. H. Ganong, K. Warzinik, Family Life in 20th-Century America, London, 2007, стр. 278.

¹²² G. Allan, G. Crow, S. Hawker, Stepfamilies, London, 2011, стр. 36. За схватање породичног живота, а посебно функционалног приступа породици, битна је свакодневна породична пракса, заједнички оброци, провођење времена у породичном дому - породичне активности.

¹²³ О томе да се нове породице желе приказати (*display*) да би могле да буду (правно) признате, I. McIntosh, N. Dorrer, S. Punch, R. Emond, "I Know we Can't be a Family, but as Close a You Can Get": Displaying Families within an Institutional Context, у E. Dermott, J. Seymour, Displaying Families, London, 2011, стр. 176; Концепт приказивања, видљивости у друштву разлог је зашто особе закључују брак. Супружници желе да буду правно и друштвено признати, J. Dewar, Family Law

не промовише одређени тип породице већ акценат ставља на испуњавање породичних функција.¹²⁴

5.2. Појам, формирање и значај породице

Породица се схвата као установа која има историјску, социјалну, културну, политичку и правну димензију.¹²⁵ Под породицом се подразумева друштвено призната обавеза између жене и мушкарца која омогућава сексуалне односе и обезбеђује одгајање деце. Путем породице се ствара интимност и посвећивање.¹²⁶ Породица је заједница заснована на потреби за међусобном солидарношћу.¹²⁷ Породица је друштвена заједница коју карактерише осећај међусобне припадности, повезаности и посвећености.¹²⁸

Породица се налази у темељима друштва и има различито социјално, културно, економско и симболично значење. У савременом друштву њу одликује вишезначност те представља предмет сталне полемике и политичког утицаја, посебно у контексту кризе савремене породице или, тачније речено, савремене кризе породице.¹²⁹

Истиче се да појам породице подразумева постојање одговорности¹³⁰ са елементима љубави,¹³¹ посвећености, пријатељства, наклоности, интимности,

and Its Discontents, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 62. По аналогји и друге породичне форме попут ванбрачних, хомосексуалних заједница захтевају идентично - приказивање и друштвено признање.

¹²⁴ L. C. McClain, *A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 49; О томе и С. О' Mahony, *Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 1, 2012, стр. 35.

¹²⁵ М. Јањић-Комар, М. Обретковић, *Права детета права човека*, Београд, 1996, стр. 23.

¹²⁶ S. FitzGibbon, *A City without Duty, Fault or Shame*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 41.

¹²⁷ J. Lewis, *The Changing Context for the Obligation to Care and to Earn*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 63.

¹²⁸ G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 83.

¹²⁹ I. McIntosh, N. Dorner, S. Punch, R. Emond, "I Know we Can't be a Family, but as Close as You Can Get": *Displaying Families within an Institutional Context*, у E. Dermott, J. Seymour, *Displaying Families*, London, 2011, стр. 175.

¹³⁰ О класификацији одговорности видети, H. L. A. Hart, *Varities of Responsibility*, *Law Quaterly Review*, 81, 1967, стр. 346-364.

¹³¹ Присуство љубави утиче на јачање одговорности код чланова породице, P. Curk, *Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psychoanalytic Account og Relational Responsibility*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 51. Постоје четири компоненте љубави (ако се љубав уопште може делити): потреба (жеља да се буде у присуству другог и да се буде заштићен од стране другог); поверење (жеља да се установи

неге, заједништва, заједничког искуства и успомена.¹³² Не можемо да не приметимо да, са једне стране, доминира правни појам „одговорности“ док, са друге стране, стоје појмови љубави, неге, интимности - инхерентни правном регулисању. Породично право има управо ту улогу, да појмове неге, интимности, заједништва, правно уобличи, и да пружи одговоре који породични односи ће бити правно регулисани.

Заштита права на породични живот путем права на поштовање породичног живота подразумева да је породични живот успостављен. Претпоставка постојања породичног живота је постојање породице. Питања поштовања породичног живота и успостављања породице не могу се поистоветити. Са становишта ЕКЉП, појединцима се пружа право на поштовање породичног живота, али не и право на успостављање, заснивање породице.

Устав Италије предвиђа да се у оквиру породице као друштвене заједнице остварује личност индивидуе и да се породица штити.¹³³ Устав Ирске у члану 41. ст. 1. предвиђа породицу као природну, основну и фундаменталну друштвену заједницу, моралну институцију са неодојивим и непроценљивим правима, са супрематијом изнад свих позитивних правила.¹³⁴ Устав Пакистана предвиђа право на заснивање породице.¹³⁵ Врховни суд САД утврдио је да интергитет породице

међусобно поверење), нега (жеља да се помогне другом); толеранција (жеља да се толеришу грешке другог), S. Wong, *Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution*, у A. Bottomley. S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 57.

¹³² C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Family Responsibility or Having It Imposed?*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 1; Тако и I. McIntosh, N. Dorrer, S. Punch, R. Emond, "I Know we Can't be a Family, but as Close as You Can Get": *Displaying Families within an Institutional Context*, у E. Dermott, J. Seymour, *Displaying Families*, London, 2011, стр. 176.

¹³³ V. Mazzotta, *Same-Sex Relationships in Italy*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 205.

¹³⁴ C. O' Mahony, *Irreconcilable Differences? Article 8. ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 1, 2012, стр. 32; K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 121.

¹³⁵ Занимљиво је приметити да за разлику од Пакистана, Устав Индије, земље у којој традиционално породица има значајну улогу, не предвиђа право на заснивање породице. Могуће је објаснити овакав став већине Устава у упоредном праву, немогућношћу стриктног дефинисања породице услед плурализма породичних облика и одсуства једног облика породице. Право на заснивање породице подразумевало би и подржавање одређеног облика породице, што није могуће услед постојања више облика породице у оквиру једног друштвеног система. Јужна Африка представља пример друштва у коме постојање великог броја породичних облика (више облика традиционалних афричких породица, породице досељеника из Европе - хришћанске породице, породице досељеника из Индије - муслиманске и Хинду полигамне породице) онемогућава дефинисање породице и успостављање доминатног облика породице и самим тим

има карактер фундаменталне слободе гарантоване Уставом, и да је то једна од најстаријих уставних слобода.¹³⁶

Наводе се одређене позитивне функције породице: рађање деце у породици као резултат сексуалне активности родитеља, обезбеђивање социјализације деце по моделу поделе улога родитеља, обезбеђивање моралног и правног материјалног издржавања родитеља од стране деце,¹³⁷ обезбеђивање развоја индивидуе.¹³⁸

5.3. Дефинисање породице и породичног живота

5.3.1. Међународни уговори

Према неким мишљењима дефинисање савремене породице је „тежак, ако не и немогућ задатак“,¹³⁹ насупрот ставовима теорије и законодавстава до краја XX века.¹⁴⁰ Организација Уједињених нација констатовала је да се породица мења, да покушава да се прилагоди новим захтевима и да одговори на новонастале околности у глобално доба.¹⁴¹ Универзална декларација о људским правима¹⁴² у члану 16. ставу 3. говори да је породица природна и суштинска друштвена заједница и као таква ушива заштиту од државе. Универзална декларација ставља акценат на права породице у односу на права родитеља као појединаца.¹⁴³ Исту

дефинисања исте. Уставни суд Јужне Африке једногласно је одлучио да се право на заснивање породице штити у оквиру слободе удруживања, права на људско достојанство и забране дискриминације. За систем заштите права пред Афричким судом за људска права, D. Olowu, *The Regional System of Protection of Human Rights in Africa*, у J. Slot-Nielsen, *Children's Rights in Africa*, Burlington, 2008, стр. 24.

¹³⁶ R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 116.

¹³⁷ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 6.

¹³⁸ K. B. Agraval, *Family Life and Human Rights*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 19.

¹³⁹ D. Stevens, *The Asylum-Seeking Family*, у R. Probert, *Family Life and the Law Under One Roof*, Burlington, 2007, стр. 223; М. Алинчић, Д. Храбар, Д. Јаковац-Лозић, А. Кораћ-Граовац, *Обитељско право*, Загреб, 2007, стр. 7.

¹⁴⁰ Тако, у некадашњој СФРЈ законски текстови неких република дефинисали су, шире или уже, породицу, М. Јањић-Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, *Породично право*, Београд, 1999, стр. 42.

¹⁴¹ B. Stark, *The PRINCIPLES on Agreements*; "Fairness" and International Human Rights Law, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 396.

¹⁴² Усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација 10. децембра 1948. године.

¹⁴³ R. J. Araujo, *Natural Law and the Rights of the Family*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 1/2010, Buffalo, стр. 202.

дефиницију породице предвиђа и Међународни пакт о грађанским и политичким правима у члану 23. ставу 1.¹⁴⁴

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима¹⁴⁵ предвиђа у члану 10. ставу 1. да је породица природна и суштинска друштвена заједница, те јој се признаје најшира могућа заштита посебно док је одговорна за васпитање деце. Женевска конвенција предвиђа изузетно широку дефиницију породице која обухвата особе повезане крвним сродством у истом домаћинству (супружници, браћа, сестре, ујаци, тетке, стричеви), даље сроднике и особе које нису у сродству али на основу емотивне повезаности и заједнице живота или живе заједно или чак само имају намеру да живе заједно. Све наведене категорије сматрају се члановима породице.¹⁴⁶

5.3.2. Регионални уговори

Европска конвенција о људским правима¹⁴⁷ не даје дефиницију породице већ у члану 8. ставу 1. каже да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.¹⁴⁸ Европска повеља о основним правима предвиђа у члану 7. право на поштовање приватног и породичног живота.¹⁴⁹

Дефиницију породице у оквиру слободног кретања људи, пружа и Правило 1612/68 које се тиче радника миграната. Тако се породицом сматра радникова

¹⁴⁴ Међународни пакт о грађанским и политичким правима је ступио на снагу 23. марта 1976. године.

¹⁴⁵ Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима је ступио на снагу 3. јануара 1976. године.

¹⁴⁶ О. Јовић, Право на поштовање породичног живота у светлу Конвенције о заштити људских права и основних слобода, Зборник радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2010, стр. 84. О томе да је последњих година дошло до проширења дефиниције породице, В. Aktin, J. Caldwell, M. Henaghan, P. Tapp, Fifty Years of New Zealand Family Law, New Zealand Universities Law Review, Vol. 25, Num. 4, October 2013, Wellington, стр. 665.

¹⁴⁷ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода је усвојена у Риму 4. новембра 1950. године.

¹⁴⁸ О. Цвејић-Јанчић, The Definition of the Family in Modern Law and Its Legal Protection, International Journal of the Jurisprudence of the Family 1/2010, Buffalo, стр. 97.

¹⁴⁹ О томе и С. Grabenwarter, European Convention on Human Rights - Commentary-, Munich, 2014, стр. 184. Европска повеља о основним правима је усвојена 2. октобра 2000. године а ступила на снагу 7. децембра 2000. године.

супруга и њихово потомство испод 21 године, или друга зависна лица, међу која спадају и побочни крвни сродници радника и његове супруге.¹⁵⁰

Америчка декларација о правима и дужностима човека¹⁵¹ у члану 5. каже да свака особа има право на заштиту од напада на његово достојанство, репутацију и његов приватни и породични живот. Члан 6. говори да свака особа има право да заснује породицу као основну друштвену заједницу, и право на заштиту породице. Америчка конвенција о људским правима¹⁵² у члану 17. ставу 1. каже да је породица фундаментална друштвена заједница овлашћена на заштиту од друштва и државе.¹⁵³ Додатни протокол на Америчку конвенцију о људским правима у области економских, социјалних и културних права („*Сан Салвадор Протокол*“)¹⁵⁴ у члану 15. признаје право на основање и заштиту породице. Породица је природна и фундаментална друштвена заједница и као таква ужива заштиту државе која је обавезна да побољша духовне и материјалне услове породице. Афричка повеља о правима човека и људи¹⁵⁵ наводи у члану 15. да породица треба да буде природна заједница и основа друштва.

5.3.3. Упоредно право

У савремено доба ретка је појава да законодавци прибегавају законском дефинисању породице. Међу мањином законодавстава спадају словеначко, црногорско и право Републике Српске. Породични закон Републике Српске у чл. 2. ст. 1. садржи сумарну дефиницију породице као „животне заједнице родитеља и

¹⁵⁰ Н. Stalford, Concepts of Family Under EU Law - Lessons from the ECHR, International Journal of Law, Policy and Family, Vol 16, Issue 3, December 2002, стр. 413.

¹⁵¹ Америчка декларација о правима и дужностима човека је усвојена на Деветнаестој међународној конференцији америчких држава одржаној у Боготи од 30. марта до 2. маја 1948. године.

¹⁵² Америчка конвенција о људским правима је усвојена у Сан Хозеу 22. новембра 1969. године, а супила је на снагу 18. јула 1978. године.

¹⁵³ О заштити права предвиђених Америчком конвенцијом о људским правима, А. R. Harrington, Life as We Know It: The Expansion of the Right to Life Under the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 35, Num. 2, Spring 2013, стр. 315.

¹⁵⁴ „*Сан Салвадор*“ Протокол је усвојен 17. новембра 1988. године, ступио на снагу 16. новембра 1999. године.

¹⁵⁵ Афричка конвенција о правима човека и људи је усвојена 27. јуна 1981. године, а ступила је на снагу 21. октобра 1986. године.

деце и других сродника“.¹⁵⁶ Породични закон Црне Горе у члану 2. каже да је „породица животна заједница деце и родитеља, деце и других сродника који у смислу овог закона имају међусобна права и обавезе, као и друга основна заједница живота у којој се негују и подижу деца“.¹⁵⁷ Словеначки Закон о браку и породичним односима породицом сматра „животну заједницу родитеља и деце, која у интересу деце ужива посебну друштвену заштиту“.¹⁵⁸

5.4. Породица и пријатељство

Питање пријатељских, блиских, интимних односа поставља се као значајно с обзиром на то да ови односи за неке појединце имају већи значај него породични односи.¹⁵⁹ Пријатељство садржи многе вредности које постоје у породици, али нема елемента крвне повезаности. Породица се, посебно у савремено доба, не схвата само као крвна заједница, већ пре свега заједницом заснованом на социјалним критеријумима. Појединац може имати у близини особе које испуњавају дужности чланова породице, а нису крвно повезани са њим.¹⁶⁰ За разлику од породичних односа, пријатељство не настаје, не престаје правним путем, нити повлачи одређене правне последице, не предвиђа се обавеза издржавања, постојања заједничке имовине или међусобног помагања пријатеља. Да ли то што неки од блиских односа, попут пријатељства, имају значај за појединце, имплицира да им треба пружити (породично) правну заштиту? Постоје и посебне форме „заједничког живота“ пријатеља (*cooperative housing, co-housing*) које имају одсуство елемената породице а пружена им је правна заштита.¹⁶¹

¹⁵⁶ Породични закон Републике Српске, *Службени лист Републике Српске*, бр. 54/02.

¹⁵⁷ Породични закон Црне Горе, *Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 01/07.

¹⁵⁸ Члан 2. *Zakona o zakonski svezi in družinskih razmerjih, Uradni list Republike Slovenije*, бр. 16/04.

¹⁵⁹ C. Lind, Power and the Taking of Responsibility: Shifting the Legal Family from Marriage to Friendship, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 75.

¹⁶⁰ Блискост појмова породице и пријатељства истиче се кроз нов појам проширене породице у Пољској, у коју поред оца, мајке и деце спадају и пријатељи оца и пријатељице мајке. M. Fuszara, J. Kurczewski, „Family Values, Friendship Values: Opposition or Continuity?“, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 50.

¹⁶¹ A. Bottomley, "They shall be simple in their homes...": The Many Dimensions of the Idea and Practices of Co-operative Housing, у A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 155-180; S. S. Hunt, *Intentional Communities and Care-giving: Co-housing Possibilities* у: A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 181-201.

Овакви и слични односи ретко су укључени у правни појам породичних односа. Елементи који се јављају у брачним и породичним односима имају свој одраз и у односима пријатељства: подршка, пожртвовање, поверење, одговорност, лојалност. За разлику од породице, пријатељство није изазивало потребу за државном регулацијом. Међутим, примећујемо да је однос пријатељства уткан у садржину вредности породице и брака. И породични и брачни односи у себи садрже сам однос пријатељства и вредности односа пријатељства.¹⁶² Ипак, не сматрамо да би породично право, иако у савремено доба констатно шири границе свог деловања, требало да регулише овакве блиске односе. Породица треба да буде заједница заснована на једном објективном критеријуму - сродству, а не субјективном схватању појединаца који живе у блиским, интимним заједницама.

За разлику од односа пријатељства, који не подразумевају потребу правног регулисања, породични односи не могу бити изван друштвене, односно државне интервенције.¹⁶³ Поставља се питање откуд се уопште теорија породичног права бави пријатељством и другим односима личне природе који не спадају у породично право. Тако, поводом идентификовања породичног права и интимних, личних односа појединаца, сведочи податак да се у англосаксонским правним системима уместо породичног права, користио стари термин - Право личних (домаћих) односа.¹⁶⁴

5.5. Утицај ванправних чинилаца на породичне односе

5.5.1. Утицај сексуалних односа и верности на породичне односе

Док је традиционално породично право везивало сексуалне односе за брак, временом су се сексуални односи све више одржавали изван брака и породице. Сексуални односи били су карактеристични за брак, као и рођење деце.¹⁶⁵ Последица издвајања сексуалних односа из брака довела је до одвајања статуса

¹⁶² J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 33.

¹⁶³ J. Herring, *Relational Autonomy and Family Law, Rights, Gender, and Family Law*, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 264.

¹⁶⁴ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 3.

¹⁶⁵ Тако, у исламском праву је сексуална привлачност саставни део брака, и као таква треба да буде подржана, J. E. Tucker, *Women, Family and Gender in Islamic Law*, Cambridge, 2008, стр. 183.

деце од брака њихових родитеља. Правила која регулишу односе родитеља и деце била су одређена брачним границама. Тренутно, односи родитеља и деце никако не могу бити ограничени на брачну заједницу и то из два разлога. Првог, с обзиром на то да брак више није доминантан породични образац, и другог, стога што је могућ развод брака.

Напредак науке и друштвене промене довеле су до дијалектике породичног живота. Тако, долази до раздвајања брака и сексуалних односа, брака и одгајања деце, вршења родитељског права и рођења детета, рођења детета и сексуалног односа.¹⁶⁶

Сексуалност је у савремено доба одвојена од репродукције.¹⁶⁷ Одвајање сексуалних односа од функције репродукције, као и откриће нових контрацептивних метода, доводе до повећања утицаја психолошких на рачун биолошких елемената брака. Тако, вољни моменат постаје основни у погледу планирања породице. И ЕСЉП не користи само биолошки критеријум при утврђивању порекла детета, већ се за постојање породичног живота између ванбрачног оца и детета, али и мајке и детета (анонимни порођај) тражи и вољни моменат.

Сексуални односи били су један од елемената брака. Немогућност конзумације брака сматрана је разлогом за развод брака. Конзумирање брака навођено је као један од разлога да особе трансексуалне оријентације не могу да закључују брак.¹⁶⁸ Одлука суда у случају *Baxter v Baxter* (1948), према којој је брак конзумиран упркос инсистирању мужа да носи кондом, отворила је могућност да

¹⁶⁶ D. Browning, *Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 107. Функционални приступ у поимању брака доводи до тога да се на рачун прокреације, као основне функције брака, истичу одгајање деце, нега, економска и емоционална међузависност и љубав, L. Glennon, *Targeting the Exclusionary Impact of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 169. Ипак, остаје нејасно како ће се стварати деца ако сврха брака није (и) рођење деце.

¹⁶⁷ М. Јањић-Комар, *Реформа Породичног права-проблеми модернизације*, Правни живот 9/2004, Београд, стр. 891; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 2.

¹⁶⁸ *Corbet v Corbet* (1971), P 83. Судија *Omrod* истакао је у овом случају да се пол утврђује применом хромозомског, гонадног и гениталног теста. Трансексуалне особе, према тадашњем мишљењу, нису могле да конзумирају брак на потпун и уобичајен начин. О овом случају и М. Драшкић, *Еволуција у јуриспруденцији Европског суда за људска права у погледу трансексуалних особа: еволуција и у Србији*, у С. Лилић, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, Београд, 2012, стр. 61.

се сврха брака не своди на зачеће, већ да је могућност саме конзумације довољна.¹⁶⁹

Сексуални односи делују као гранична линија између брака и других заједница.¹⁷⁰ Заједница са функцијама брака или ванбрачне заједнице (заједнички живот, међусобно помагање, дељење економских користи и трошкова, емотивна подршка) уз одсуство сексуалних односа може бити однос пријатељства или цимерства. Према неким ставовима, значај сексуалних односа је толики да стоји у центру дефинисања породице.¹⁷¹

Правилност издвајања сексуалних односа из брака доводи до повећања конзумације сексуалних односа, а самим тим и повећања (брачног) неверства. Повећање ступања људи у сексуалне односе има последице на терену права - доводи до тога да се више лица могу јавити као потенцијални кандидати за правни статус оца.

Верност у браку, накада сматрана законском обавезом, има умањен значај. У случају да жена или мушкарац у браку одлуче да имају сексуалне односе са другом особом, то представља њихово приватно право, и држава нема нити право нити интерес да се у то меша.¹⁷² Према неким истраживањима, ванбрачни партнери показују мање сексуалне верности од супружника и карактерише их већи степен физичког насиља у међусобном односу.¹⁷³ Такође, за разлику од брака, ванбрачну заједницу одликује знатно мањи степен међузависности ванбрачних партнера. Они су мање посвећени једно другом и намера везивања нема трајан карактер као код брака.¹⁷⁴

¹⁶⁹ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 7; О "конзумирању" брака и J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 82.

¹⁷⁰ О односу сексуалних односа и права у САД, M. Kaplan, *Sex-Positive Law*, *New York University Law Review*, Vol. 89, Num. 1, April 2014, New York, стр. 100 и даље.

¹⁷¹ Породицом се сматра мала, релативно стабилна група људи повезана међусобно на најинтимнији начин осећајем припадности, која упражњава разне људске емоције, као и дужности једних према другима, R. Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, стр. 51.

¹⁷² S. N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, 2011, стр. 73.

¹⁷³ M. Garrison, *Marriage Matters: What's Wrong with the ALI's Domestic partnership Proposal*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 309.

¹⁷⁴ Трајност и недељивост је карактеристика брака и одлика људске тежње за љубављу. Еманације тога су и свечане речи током брачне церемоније „Волећу те заувек... (трајност), ...само тебе (искључивост)... и у добру и злу (међузависност)...“, О томе: J. Adolphe, *The PRINCIPLES and Canada's "Beyond Conjugalility" Report: The Move toward Abolition of State Marriage Laws*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 355. Када смо код дела „у добру и злу“, наводимо пример да чак ни у САД слобода уговарања супружника није неограничена. У случају *Borelli v. Brusseau* муж се обавезао да ће оставити својој жени извесна имовинска средства у

5.5.2. Утицај религије на породичне односе

Све савремене промене у породичном животу, као и плурализам породичних облика јављају се као резултат многоструких културних образаца и опадања утицаја религије. Чланови породице су у савремено доба мање религиозни.¹⁷⁵ Проширење области деловања породичног права јавља се и као последица слабљења религијских веза и правног признања многих, до тада, *de facto* односа налик браку.¹⁷⁶ Породични живот, а самим тим и породично право, уско је повезано са религијом у државама где је јак утицај религијских и обичајних правила.¹⁷⁷

У многим државама, међу којима наводимо Израел¹⁷⁸ и Јужну Африку, закључење и развод брака регулишу религијске норме.¹⁷⁹ У последњих неколико деценија повећано је интересовање породичног права за религију, уз образложење да миграција људи (посебно оних који имају различита верска опредељења) и забрана дискриминације на основу религијских уверења, имају за резултат повећано прожимање породичног права и религије.¹⁸⁰ Као што ћемо видети у даљем току рада (посебно у Глави VII Отмица деце), често су одлуке религијских судова у домаћим државама имале утицај на одлучивање ЕСЈП. При додели и

замену за њену бригу у вези његове болести. Суд је одбио да спроведе уговор сматрајући да је противан јавном поретку са образложењем да супружници имају моралну обавезу да једно другом помажу у браку, што чини један од елеманата специфичне природе брака као уговора, В. Н. Вих, *The ALI PRINCIPLES and Agreements: Seeking a Balance between Status and Contract*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 386.

Развој ванбрачне заједнице одликује 4 фазе: у првој ванбрачна заједница је изолован феномен конзумиран од стране малог броја појединаца; у другој фази ванбрачна заједница је претходница браку, пробни период пре брака и то без деце; у трећој фази ванбрачна заједница постаје друштвено прихватљива као алтернатива браку; четврта фаза подразумева равноправност брака и ванбрачне заједнице и рађање деце независно од брачног статуса; М. F. Brinig, *Domestic partnership and Default Rules*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 275.

¹⁷⁵ C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Family Responsibility or Having It Imposed?*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 3.

¹⁷⁶ A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law*, Oxford, 2009, стр. 2; О концепту *de facto* породице у светлу члана 8. ЕКЈП, L. Crowley, *Family Law*, Dublin, 2013, стр. 100.

¹⁷⁷ О односу религије и права, Т. Brooks, *Legal Positivism and the Faith in Law*, *The Modern Law Review*, Vol. 77, Num. 1, January 2014, London, стр. 141; Некада се и црква позива на одлуке ЕСЈП, А. Т. Guzman, K. Linos, *Human Rights Backsliding*, *California Law Review*, Vol. 102, Num. 3, June 2014, Berkeley, стр. 618; P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 21.

¹⁷⁸ L. E. Mitchell, *Family Life in Middle Ages*, London, 2007, стр. 185, да је породица у центру јеврејске религије.

¹⁷⁹ B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 251.

¹⁸⁰ J. Mair, E. Örüçü, *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, Cambridge, 2011, стр. 360.

лишењу родитељског права домаћи судови су се позивали на религијску припадност родитеља као пресудну околност, о чему је касније одлучивао ЕСЉП (*Palau-Martinez против Француске, Hoffman против Аустрије*).¹⁸¹ Религијске норме имају повезаност са правом и кроз гарантовање религијских права и слобода.¹⁸²

Још један аргумент у прилог утицаја религије на норме породичног права огледа се у вези средњевековног породичног права и канонског права. Фактички, средњевековно породично право које је *ius commune* европског породичног права, било је религијско право.

6. Промене функција чланова породице

Породично право има значајну улогу у одржавању равнотеже између родитеља - жена као мајки и мушкараца као очева, посебно посматрано у односу на благостање детета. Доминантан став у претходним временима био је да су мајке примарно одговорне за домаћинство и негу деце док је отац био задужен за обезбеђење материјалних добара и заштиту породице. Савремене тенденције о равноправности жене и мушкараца имају свој одраз у Аристотеловом схватању да није праведно да се људи који нису једнаки третирају на исти начин, као што није праведно да се различито третирају људи који се једнаки. Слика нуклеарне породице од средине прошлог века у којој мушкарац зарађује материјална добра а жена се стара о породичном дому и деци више не доминира у садашњем времену.¹⁸³ Ипак, и поред промењене слике и акцентовања полне неутралности, подела функција на основу пола и даље постоји.¹⁸⁴

¹⁸¹ О овом случају, И. Кристић, Право на поштовање приватног и породичног живота члан 8. Европске конвенције о људским правима, Београд, 2006, стр. 90.

¹⁸² F. Ahmed, Religious Norms in Family Law: Implications for Group and Personal Autonomy, у M. Maclean, J. Eekelaar, Managing Family Justice in Diverse Societies, Oxford, 2013, стр. 38.

¹⁸³ О значају породичних улога у породичном праву, R. Probert, Cretney's Family Law, London, 2003, стр. 10.

¹⁸⁴ M. Vaz Tome, Family Law and Family Values in Portugal, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 327; J. Bridgeman, Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law, Cambridge, 2007, стр. 38; S. Choudhry, J. Herring, European Human Rights and Family Law, Oxford, 2010, стр. 269. Истиче се да у савременој породици долази до измене у улогама полова, A. Diduck, Law's Families, London, 2003, стр. 25.

Држава преко правног система креира и подржава поделу функција чланова породице засновану на полној подели рада.¹⁸⁵ Као што током историјског развоја варира и не постоји једна универзална породица,¹⁸⁶ тако не постоје ни непроменљиви саставни делови породице - појмови мушкарца - оца и жене - мајке.

6.1. Принцип правног индивидуализма

У доктрини индивидуализма појединци имају за основни циљ да заштите себе и своје интересе од угрожавања других особа.¹⁸⁷ Право на самосталност (аутономију) и право на самоодређење, за човека као носиоца људских права, спадају у сам врх хијерархије људских права. Уколико не би постојала аутономија ни остала људска права не би могла да се уживају, с обзиром на то да човек не би могао да одлучује како ће одређена права користити. Улога правног система састоји се у томе да спречи неоправдано и арбитрерно мешање државе у уживање људских права од стране појединаца. И сама тема нашег рада у највећем делу се односи на позитивне (чињење) и негативне (нечињење) обавезе државе и свих других јавних власти под надлежношћу државе, у циљу обезбеђивања права на поштовање породичног живота чланова породице. Школа људских права утврдила је као једно од суштинских људских права цивилизованог човека, „право бити самосталан од свих утицаја“.¹⁸⁸ Индивидуализам подразумева да се потребе и жеље појединца стављају пре потреба заједнице којој појединац припада.¹⁸⁹ Европски суд за људска права штити путем права на поштовање породичног живота људско право члана породице као појединца.

¹⁸⁵ R. Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, стр. 61.

¹⁸⁶ J. Eekelaar, *Evaluating Legal Regulation of Family Behavior*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 1/2010, Buffalo, стр. 17.

¹⁸⁷ J. Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, стр. 11.

¹⁸⁸ J. Herring, *Relational Autonomy and Family Law, Rights, Gender, and Family Law*, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 258. Наведено „право бити самосталан од свих утицаја“ представља превод англосаксонског термина „*right to be left alone*“. Буквалан превод био би, „право бити остављен сам“ или „право бити остављен на миру“, што нам се није чинило погодним за српски језик.

¹⁸⁹ J. Schiratzki, *Litigation in the Shadow of Mediation: Supporting Children in Sweden*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 123.

Пораст примене правног индивидуализма имамо на пољу европског породичног права где је аутономија појединаца постала фундаментално начело. Ипак, и поред тежње ка томе да супружници самостално изаберу право које ће применити на развод њиховог брака, само неколико држава, међу којима су Белгија, Немачка и Холандија, дозвољавају супружницима избор које ће право бити примењено на развод брака.¹⁹⁰

Са порастом индивидуализма, у породичном праву долази до повећања уговорног сегмента породичног права те се породично право све више помера ка уговорном праву.¹⁹¹

Пролиферација индивидуалних људских права има и свој антипод, тако да је довела до супротног процеса - реституције одговорности и захтева за ембаргом на стварање нових права.¹⁹² У чему се огледа пораст индивидуализма у савременом породичном праву? Све је више свакодневних породичних односа који не теку по претходно устаљеном редоследу, успостављеном поретку, већ се захтева константно преговарање и планирање. Тренутно се у породичном животу воде преговори око тога шта „треба“ (*de lege ferenda*), док је некада било јасно и прописано шта „треба“. Накнадно се преговара, не о праву које је претходно утврђено, већ о одговорности, ономе шта „треба“ радити, као другој страни прокламованог права. Традиционално породично право имало је основ одговорности у појединцу и његовој унутрашњој вољи, док се у савремено доба одговорност намеће споља, од стране државних органа (судова, социјалних служби, медијатора). Стога и све веће мешање државе у породичне односе и све више породичних спорова.

За односе савременог породичног права карактеристичан је хоризонтални, равноправни, у односу на некадашњи вертикални, хијерархијски приступ.¹⁹³

¹⁹⁰ N. A. Vaarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, Hague, 2011, стр. 163. Предлаже се да се супружницима, између осталог, омогући примена права места закључења брака (*locus celebrationis*). Међутим, искључује се примена *locus celebrationis* са местом закључења са којим супружници немају никакву трајну везу (нпр. бракови закључени у Лас Вегасу, Сејшелима, Хавајима).

¹⁹¹ S. FitzGibbon, *The Biological Basis for the Recognition of the Family*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 3/2012, Buffalo, стр. 11.

¹⁹² J. Eekelaar, *Personal Obligations*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 10.

¹⁹³ О томе, J. Dewar, *Family Law and Its Discontents*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 77; Исто и M. Antokolskaia, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, стр. 262.

Одсуство хијерархије огледа се и у поставкама породичних норми, где нема оних са јачом правном снагом, већ се норме породичног права међусобно усклађују позивањем на правне стандарде који имају примарну улогу у породичним споровима.

6.2. Критика принципа правног индивидуализма

Породица се не састоји само од једне индивидуе. Она је резултанта читаве мреже међусобних односа чланова породице. Принцип људских права у себи садржи опасност посматрања субјективних породичних права као односа лишених одговорности, међусобног утицаја, зависности, док породична права управо карактеришу наведене одлике.¹⁹⁴ Један од централних појмова односа у заједници, а породица је заједница више људи, представља пожртвовање и (само)подређивање свог интереса, интересу заједнице. Инсистирање на преовлађивању ванправних елемената благостања и заштите, садржи опасност у својој неодређености и немогућности постизања правне сигурности, што је један од императива савременог права. Стога нам се чини адекватним прихватање принципа „аутономије односа“¹⁹⁵ (проф. *Jonatana Herring*-а) који уважава индивидуалну аутономију отелотворену у породичном праву као људском праву, али исто тако и специфичност субјективног породичног права које се састоји од међусобних односа, релација.¹⁹⁶ Аутономија односа подразумева неизоставност постојања међусобних односа – „породичног живота односа“, наспрам „породичног живота права“ (интереса). Појединци нису слободни да живе по свом сопственом праву с обзиром на то да су у породичном животу везани одређеним степеном одговорности и зависности у односу на друге особе - чланове породице. Везани су односом. Односи неге, заштите и (међу)зависности не требају бити изван поља правне регулације. Карактер породичних вредности и породичног права налажу да лични односи не смеју бити у сенци личних интереса.

¹⁹⁴ J. Wallbank, (En)Gendering the fusion of rights and responsibilities in the law of contact, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 98.

¹⁹⁵ J. Herring, Relational Autonomy and Family Law, London, 2014, стр. 16.

¹⁹⁶ J. Herring, Relational Autonomy and Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 267.

Инсистирање на правној одговорности, заштити и нези не подразумева поништавање сопственог, субјективног породичног права члана породице. Односи у које чланови породице ступају омогућавају да се изгради сопствени идентитет, аутономија и индивидуалност. Уколико се не ступа у однос већ се само води рачуна о (сопственом) праву, недостатак међусобних веза делује контрапродуктивно на успостављање сопственог (породичног) права. Непостојање односа, према једној од базних хипотеза нашег рада, повлачи и непостојање права на поштовање породичног живота. Брак, хранитељство, усвојење, вршење родитељског права, примери су за институте Породичног права који представљају односе. Постоје законом гарантована права на одређена субјективна породична права, нпр. право на брак, право на усвојење, право на контакт родитеља са дететом. Уколико се не ступи у однос са другом особом, ипак је могуће остварити право на брак. Међутим, ако родитељ нема породични однос са дететом (породични живот), он ће имати право на контакт, али неће моћи да оствари право на поштовање породичног живота. Посматрајући тему нашег рада, видећемо кроз све посматране Главе да ЕСЉП пружа заштиту права на поштовање породичног живота само тамо где постоји породични живот (породични однос).¹⁹⁷ Уколико не постоји породични живот, нема заштите субјективног породичног права - права на поштовање породичног живота. Најпре се утврђује постојање односа (породичног живота) а тек потом у другој фази се процењује повреда права на поштовање породичног живота. Парадокс се огледа у томе да када би се уживало само субјективно породично право, а не би уважавао и однос, носиоци права на брак, права на контакт, права на усвојење (и других породичних права) могли би имати право на поштовање породичног живота и без постојања породичног односа са другим чланом породице (супружником, дететом). Такође, право на остваривање родитељства могуће је само ако се оствари однос са другом особом и на основу тог односа ствара се однос родитеља и детета.¹⁹⁸ Право на поштовање породичног живота управо садржи ступање

¹⁹⁷ Термин породични живот има шире значење од појма породични однос. Термин породична пракса (*family practices*) који је креирао *Morgan*, ближи је појму породичног живота. О томе, А. Diduck, *Law's Families*, London, 2003, стр. 28.

¹⁹⁸ О значају родитељске улоге на сопствене професионалне жеље и напредовање у каријери говори став суда у случају *In re Marriage of Padilla*. „Једном када особа постане родитељ, њене жеље за самоостваривањем, самоиспуњавањем, личном сатисфакцијом на послу и другим

члана породице у однос са другом особом, чланом породице, на основу сопственог права. Право на поштовање породичног живота представља субјективно породично право члана породице које садржи заштиту већ успостављеног односа (породичног живота) између два члана породице.

Индивидуализам игнорише сложеност породичних односа. Породични односи су мреже међусобних личних, интимних односа, садржински осликани кроз повезаност и међузависност,¹⁹⁹ пре него кроз самодовољност и искључивост. Индивидуални интереси и њихово истицање иманентно је облигационом праву и имовинским, трговинским односима. Ако је сврха брака љубав, подршка, поверење и разумевање, онда се интерес јавља као секундаран. Не сматрамо да интерес не постоји као елемент односа, али је он ипак у породичном праву секундарне природе. Интерес је својствен за односе материјалне природе, и као такав, адекватан другим деловима приватног права. Закључење брака ради остварења материјалног интереса противно је услову за пуноважност брака оличеног у заједници живота супружника. Заједница живота супружника представља морални аспект брачне заједнице.

Док се издвајање посебних индивидуалних интереса показује као оправдано и легитимно у другим деловима Грађанског права, у Породичном праву није целисходно одвајати и супротстављати индивидуалне интересе чланова породице.²⁰⁰ Право одређеног члана породице повлачи обавезу (пре одговорност) другог члана породице. Права не могу постојати без одговорности. Породични

лежерним циљевима стављају се у контекст испуњавања родитељских дужности и обезбеђења основних потреба за своју децу. Ако особа одлучи да жели напредовање у професионалном погледу, промену занимања, то је могуће само након што се обезбеде основне потребе за нормалан развој детета“, M. Strasser, *Paying to stay home: On Competing Notions of Fairness and the Imputation of Income*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 156.

¹⁹⁹ Међузависност је широк концепт који се схвата као утицај који понашање једног члана породице има на одлуке, мишљење, схватање другог члана породице. О томе видети, S. Wong, *Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution*, у A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 57.

²⁰⁰ J. Herring, *Relational autonomy and family law*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010, стр. 262. Наведени став се предочава на примеру брака. Право на закључење брака подразумева се као право бити део заједнице. То право произилази из односа пријатељства као личног односа и не подразумева остваривање индивидуалности, него управо супротно - негацију сопственог (интереса) зарад (права) заједнице. Могућност субординације „ја“ у „ми“. Налажење пресека заједничких интереса који од искључиво индивидуалних интереса постају заједнички интереси.

односи се састоје, како из права, тако и из обавеза једних чланова породице према другима.²⁰¹

У друштвима у којима се индивидуализам, самопотврђивање и материјална добра издижу на пијадестал, обезбеђење неге се ставља у други план чиме долази до озбиљне дискриминације особа које пружају бригу и негу. У оквиру породице мајке су особе које у већини случајева пружај негу деци. Стога, у циљу враћања некадашњим вредностима, предлаже се да се мајкама које се брину о деци и породици, при подели заједничке имовине, признају знатно већа права на породична материјална добра.²⁰² У потпуности се слажемо са оваквим ставом, с обзиром на то да би се тиме очувала породична кохезија уз елиминисање вековне неоправдане дискриминације жена у стицању материјалних добара.

6.3. Сукоб полова у породичном праву

Породица је институција у којој највише долази до изражаја пол особе.²⁰³ Последњих неколико деценија у литератури породичног права наилазимо на бављење проблематиком сукоба полова, неретко схватаном и као „рат полова“.²⁰⁴

Бити отац, мајка, дете, супруг или супруга повлачи одређена права али и извесне дужности. Током друге половине прошлог века отпочео је процес елиминисања разлика између жене и мушкарца у породици, где је „приватна“

²⁰¹ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 2.

²⁰² J. Lewis, *The Changing Context for the Obligation to Care and to Earn*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 68. У том погледу потенцијални предлог би се састојао у томе да жена која се брине о деци и породици аутоматски добија одређени проценат (50%) плате коју муж заради. Тиме би се одмах и директно ценио рад супруга и мајки, а етика неге добила признање у садашњем тренуку, не и накнадно у судском процесу поделе имовине. Такође, позитиван ефекат би био и у томе што би се таквим вредновањем неге и рада утицало на стабилност породичне заједнице, што је и (главна) улога породичног права. Да би било равноправности полова етика неге треба да буде праведно вреднована. О односу „етике неге“ и „етике правде“, С. Smart, *The Etic of Justice Strikes Back: Changing Narratives of Fatherhood*, у A. Diduck, K. O' Donovan, *Feminist Perspectives on Family Law*, New York, 2006, стр. 125. и J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 25.

²⁰³ M. A. Fineman, *Responsibility, Family, and the Limits of Equality: An American Perspective*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 38.

²⁰⁴ R. Collier, *Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinking the Relationship Between Gender and Welfare*, у Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 129.

домаћа сфера била домен власти жене, док је „јавни“ део породичних активности био терен доминације мушкарца.²⁰⁵

Етика правде у теорији породичног права налаже приступ у контексту равноправности родитеља у стицању и вршењу породичних права, независно од пола. Са друге стране, биолошке карактеристике жене и мушкарца налажу различит приступ вршењу права. У складу са тиме, енглеско право чврсто се држало полне дефиниције жене и мушкарца.²⁰⁶ Инсистирање на полној неутралности не може бити апсолутно. То је утврдио и Врховни суд САД кроз потребу постојања „реалних животних разлика“ између жене и мушкарца.²⁰⁷ Потврђивање очевидних разлика не треба тумачити у правцу могућности повратка на некадашњу неравноправност.²⁰⁸

Развод брака има последице у томе што доводи до редефинисања дотадашњих функција чланова породице. Како је развод брака свакодневна појава савремених породица,²⁰⁹ следи да је константно редефинисање улога чланова породице саставни део породичног живота. Након развода брака сваки члан породице има промењену функцију и треба да се снађе у тим *rebus sic stantibus* породичног живота.²¹⁰ Принцип полно неутралног родитељства²¹¹ губи на значају имајући у виду конкретне животне околности.²¹² Посебно у породицама са ниским приходима, жене су искључиво задужене за бригу о деци док су мушкарци посвећени прибављању средстава за живот. Сматра се да и даље, поред

²⁰⁵ S. F. Appleton, Family Law's Equality Project in Our Empirical Age, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 238. У полно одређеним породичним обичајима, мајке учествују у успостављању и одржавању личних односа а очеви у обављању практичних породичних активности, G. Allan, G. Crow, S. Hawker, Stepfamilies, London, 2011, стр. 134.

²⁰⁶ P. De Cruz, Family Law, Sex and Society, London, 2010, стр. 332.

²⁰⁷ S. F. Appleton, Family Law's Equality Project in Our Empirical Age, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 239.

²⁰⁸ При процени подобности вршења родитељског права не треба узимати у обзир биолошке разлике између родитеља, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe 2013, 30.

²⁰⁹ О револуцији развода брака, I. Smith, European divorce laws, divorce rates, and their consequences, у A. W. Dnes, R. Rowthorn, The Law and Economics of Marriage and Divorce, Cambridge, 2002, стр. 218.

²¹⁰ K. Mueller-Johnson, Supporting Conflicted Post-Divorce Parenting, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 108.

²¹¹ О односу полова и васпитању деце, С. Панов, Однос полова и васпитање, Зборник радова "Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног", Источно Сарајево, 2012, стр. 464-487.

²¹² О концепту полно неутралног родитељства, С. McGlynn, Families and European Union Law Politics and Pluralism, Cambridge, 2006, стр. 82.

прокламоване тежње ка потпуној полној неутралности у породичном праву, постоји велики јаз између нормативног и реалног.²¹³

6.4. Функција оца

Питање о савременом појму очинства и улози оца у породици постало је веома актуелно у породичноправној литератури.²¹⁴ Док веза између мајке и детета има биолошко отелотворење, очинство је културни, социјални концепт - друштвена креација.²¹⁵ Социјално поимање мушкости искључује идеју зависности од других особа и чланова породице.²¹⁶ У напред наведеном сукобу принципа, право - благостање, отац се позивањем на доктрину права ослања на остваривање законом предвиђеног права на одржавање личних односа са дететом након развода брака. Са друге стране, мајка, позивањем на значај неге, васпитања и подизања детета, сматра да благостање детета треба да има приоритет над доктрином (људских) права свих трећих особа, самим тим и оца.²¹⁷

Док је брак подразумевао присуство оца, развод брака претпоставља одсуство оца. Посебан значај измењене функције очеве огледа се у „Покрету очева“ из 80-их година XX века, када се истицало да породично право фаворизује права мајки приликом вршења родитељског права након развода брака.²¹⁸ Очеви из многих удружења својствених овом покрету тврдили су да су жртве државне

²¹³ J. Wallbank, Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 300.

²¹⁴ R. Collier, Fatherhood, law and the fathers rights: Rethinking the relationship between gender and welfare, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 121.

²¹⁵ Тако, R. Collier, "Waiting Till Father Gets Home": The Reconstruction of Fatherhood in Family Law, у S. S. Boyd, H. Rhoades, Law and Families, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 179; D. Cere, Toward an Integrative Account of Parenthood, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 30.

²¹⁶ P. Curk, Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psychoanalytic Account of Relational Responsibility, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 58.

²¹⁷ S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, Welfare, rights, care and gender in Family law, у, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 21.

²¹⁸ Настајање покрета за заштиту права очеве јавља се неких десет година раније. Тако, организације очеве у Енглеској и Велсу настају непосредно по усвајању два закона - Закона о реформи развода брака (*Divorce Reform Act*) из 1969. године и Закона о брачним питањима (*Matrimonial Causes Act*) из 1973. године. О покрету очеве и С. Smart, Law and family life: insights from 25 years of empirical research, Child and Family Law Quarterly, Vol. 26, Num. 1, 2014, London, стр. 20.

дискриминације којом се они обавезују да дају издржавање за децу, док са друге стране, у погледу вршења родитељског права и одржавања личних односа са дететом, неоправдано се посматрају као мање подобни и способни од мајки. Револуција покрета очева донела је нов модел одговорног очинства и промењену функцију оца, у односу на ону традиционално патријархалну, у којој очеви постају активни учесници васпитања деце, посебно мушког пола.²¹⁹

Породичноправна регулација у погледу подршке очевима при вршењу родитељског права заснива се на њиховом захтеву да проводе више времена са својом децом.²²⁰ Док су поимања средином XX века дефинисала очеве као „породичне хранитеље“, тренутно се од очева захтева да остваре виши степен одржавања личних односа са својом децом, као и да се брину, негују, штите и подижу своју децу, посебно у времену након развода брака. Повећано учешће очева у нези и васпитању своје деце, свакодневица је све већег броја савремених породица.²²¹ Ипак, у данашње време и поред промена у улози оца, ретка је појава да се очеви одричу запослења да би се посветили васпитавању и одгајању детета.²²²

Очеви који плаћају издржавање за дете заступају став да испуњавањем ове своје обавезе они сведоче да су одговорни очеви, те да им треба омогућити веће учешће у васпитном процесу, посебно кроз повећање времена које проводе са

²¹⁹ Оваквим намерама очева не иду у прилог истраживања која говоре да очеви, посебно у стабилним породицама, нису спремни да редукују време проведено на послу, ради повећања учешћа у васпитању деце и провођењу времена са њима, Е. Dermot, What's parenthood got to with it? Mens hours of paid work, *British Journal of Sociology*, Vol. 56, 2006, стр. 629; Насупрот ставовима да деца успостављају ближе емотивне везе са родитељем истог пола, Фројд тврди да посебно дечаци у младом узрасту теже да искључе оца из њиховог односа са мајком и тако манифестују подсвесну жељу за сексуалношћу, Т. Brown, R. Alexander, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007, стр. 53.

²²⁰ Е. С. di Torella, Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union, *European Law Journal*, Vol. 20, Num. 1, January 2014, Oxford, стр. 95, говори о појму „новог“ оца у Европској унији.

²²¹ R. Collier, *Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinking the Relationship Between Gender and Welfare*, у, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010, стр. 123.

²²² Промена у васпитној улози оца осведочена је у постављању сточића за пресвлачење деце у мушким тоалетима на аеродромима, R. J. Levy, *Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 88. Број очева који остају код куће са децом повећао се 25% у последњих десет година, А. Doucet, "It's Just Not Good for a Man to be Interested in Other People's Children": Fathers, Public Displays of Care and "Relevant Others", у E. Dermott, J. Seymour, *Displaying Families*, London, 2011, стр. 84.

дететом.²²³ Ипак, законодавство и даље види оца кроз економски аспект, као неког ко примарно обезбеђује материјална средства.²²⁴ Оно што је евидентно у савремено доба је да се очинство помера од статусног ка функционалном приступу. Тачније, није више довољно бити отац, већ је потребно и вршити, конзумирати родитељско право у односу на своју децу. Ову претпоставку ћемо потврдити у Глави III - Порекло детета, где се види да ЕСЉП захтева за постојање права на поштовање породичног живота и социјални елемент између оца и детета, а не само биолошку, крвну везу. Да би се утврдило постојање породичног живота између оца и детета потребно је да отац остварује однос са дететом (вољни или фактички елемент).

6.4.1. Сложеност савремених схватања о улози очеве

Сусретање савремених и традиционалних породичних образаца довело је до мешања извесних карактеристика везаних за одређене чланове породице. За разлику од некадашњих монолитних поимања, имамо сложеност савремених схватања функције оца, и то као: оца изазивача социјалних проблема, оца узрочника насиља у породици, оца носиоца одређених права, оца дискриминисаног у вршењу родитељског права, оца носиоца и традиционалних и савремених функција родитељског права.²²⁵ Померање друштеног схватања функције оца има своје последице и на правном терену. Од схватања оца као „дужника“ давања материјалних добара, скала је померена ка његовим емотивним потребама, што се манифестује у акценту породичних норми на лична права оца у односу на децу и *vice versa* (вршење родитељског права, одржавање личних односа, контакт).

²²³ J. Wallbank, (En)Gendering the Fusion of Rights and Responsibilities in the Law of Contact, у, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 115; P. Parkinson, The past Caretaking Standard in Comparative Perspective, у: R. F. Wilson, Reconceiving the Family, Cambridge, 2006, стр. 467.

²²⁴ B. Simpson, J. Jessop, P. McCarthy, Fathers after Divorce, у Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Oxford, 2003, стр. 203.

²²⁵ R. Collier, Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinking the Relationship Between Gender and Welfare, Rights, Gender, and Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender and Family Law, New York, 2010, стр. 133.

6.5. Функција мајке

Током XIX и XX века западне демократске државе отпочеле су са процесом гарантовања једнаких права женама када је реч о разводу брака, подели брачне имовине, вршењу родитељског права. Таква тенденција присутна је не само у Европи већ и у земљама Далеког истока.²²⁶ Материнство је схваћено као обезбеђивање подршке и неге зависним члановима породице, посебно деци.²²⁷ Бројна истраживања потврђују интензитет везе мајке и детета, посебно у раној фази развоја детета.²²⁸ Истицање одговорности мајке за лоше, девијантно понашање детета, последица је схватања да је мајка примарно задужена за негу детета.²²⁹ Тако, у случајевима емотивног занемаривања детета, мајке се чешће јављају као родитељи који то чине, с обзиром на то да се мајке схватају као примарно одговорне за бригу и заштиту детета.²³⁰ Упркос томе што се тежи да се родитељство полно неутрализује, тешко је одбити тезу да је вршење родитељских улога полно одређено, тако да мајке у већој мери (п)остају одговорне за негу и заштиту деце.²³¹

²²⁶ За Јапан видети, F. Isono, *The Evolution of Modern Family Law in Japan*, *International Journal of Law Policy and the Family*, Vol. 2 Num. 2, October 1988, стр. 183; О заштити деце у Јапану, A. Harada, *The Japanese Child Protection System: Developments in the Laws and the Issues Left Unsolved*, *The International Survey of Family Law 2010 edition*, Bristol, 2010, стр. 219; За развод брака у корејском праву, H. Park, J. M. Raymo, *Divorce in Korea: Trends and Educational Differentials*, *Journal of marriage and Family*, 75/2013, стр. 110-126. О развоју породичног права, након реформи у Кини, D. C. Vuxbaum, *Family Law and Customary Law in Asia: A Contemporary Legal Perspective*, Hague, 1968, стр. 165.

²²⁷ P. Curk, *Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psychoanalytic Account of Relational Responsibility*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 58.

²²⁸ Разликују се четири фазе у процесу везивања детета за мајку (након рођења детета): 1) од прве до шесте недеље живота (развијање осећаја непосредне блискости помоћу хватања, смејања, плакања); 2) од шесте недеље до шестог месеца (дете одваја породицу од страних особа и показује опрезност према непознатима); 3) од шестог до двадесетчетвртог месеца (показује јаку повезаност са примарним пружаоцем неге); 4) након две године старости (схвата рутину пружаоца неге), C. Huges, *Making and Breaking Relationships: Children and Their Families*, у *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Oxford, 2003, стр. 35.

²²⁹ J. Wallbank, *Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 299.

²³⁰ F. Kaganas, *Child protection, gender and rights*, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender and Family Law*, New York, 2010, стр. 67.

²³¹ J. Wallbank, *(En)Gendering the fusion of rights and responsibilities in the law of contact, Rights, Gender, and Family Law*, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 94; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 127; О томе да се у савремено доба мало тога променило када се посматра некадашња подела улога, S. B. Boyd, *"Marriage is more than just a*

У савремено доба, са повећањем и равноправним учешћем жена у радном процесу њихова улога мајки постаје још одговорнија.²³² Поред равноправног учешћа на тржишту рада са мушкарцима, од мајке се очекује несмањени интерес и одговорност за подизање деце.²³³ Полна равноправност наметнула је још један додатни терет за мајке, упркос *prima facie* другачијој слици у правним нормама.²³⁴

Равноправност жена и мушкараца на пољу учешћа у радном процесу, посебно у неолибералном друштвеном поретку има своје недостатке, с обзиром на то да се економска зависност самохраних мајки посматра као друштвена девијација.²³⁵ Многи случајеви поводом досуђивања издржавања бившим супругама говоре да судови не узимају у обзир чињенице да се жена одрекла свог посла ради бриге о деци, да је бригом о деци и породици омогућила супругу да стекне материјална средства.²³⁶

6.6. Функције супружника

Питање сукоба функционалног и статусног приступа у решавању породичноправних односа поставља се као једно од суштинских у породичном праву.²³⁷ Спорно је да ли испуњење свих функција одређеног института

piece of paper": Feminist Critiques of Same sex Marriage, National Taiwan University Law Review, Vol. 8, Num. 2, September 2013, Taipei, стр. 276.

²³² Мајке су родитељи који у највећем броју случајева узимају боловање да би се старале о болесној деци, чак и случају када зарађују исто колико и њихови партнери. Упркос промени улога у процесу учешћа на тржишту рада, мајке су те које проводе дупло више времена у кућним пословима него њихови супружници. О томе, J. Wallbank, (En)Gendering the Fusion of Rights and Responsibilities in the Law of Contact, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 107.

²³³ J. Herring, Why Financial Orders on Divorce Should be Unfair, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 19, 2005, стр.223; S. Choudhry, J. Herring, European Human Rights and Family Law, Oxford, 2010, стр. 269.

²³⁴ J. Wallbank, Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 301.

²³⁵ *Cross v Larsen*, (2006) BCSC 420.

²³⁶ S. B. Boyd, C.L. Baldassi, Marriage of Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada, у A. Bottomley. S. Wong, Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, 2009, стр. 126. У случају *Cross v Larsen* (2006) BCSC 420, суд је нашао да је мајка двоје деце дужна да, иако се стара о њима, нађе стално запослење да би могла да их издржава.

²³⁷ О томе и K. Standley, Cases and Materials on Family Law, London, 1997, стр. 23; J. Eekelaar, M. Maclean, Marriage and the Moral Bases of Personal Relationships, у S. S. Boyd, H. Rhoades, Law and Families, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 109; R. Probert, Cretney's Family Law, London, 2003, стр. 11.

породичног права пружа право на правну заштиту? Узмимо пример постојања два облика заједнице живота жене и мушкарца. Са једне стране, брак који је трајао одређено дуже време, нпр. 30 година, у коме постоје заједничка деца и у коме је стечена заједничка имовина. Са друге стране, иста таква заједница жене и мушкарца која не испуњава предвиђену форму брака.²³⁸ Суд је у једном случају сматрао да ако жена и мушкарац имају заједничку децу, ако су у заједничком животу провели неколико деценија, ако су се старали једно о другом током заједничког живота, ако је жена помагала мушкарцу у обављању послова вођења заједничког домаћинства, ако га је неговала неколико последњих година заједничког живота, оправдано је да јој буду призната права која произлазе из таквог фактичког, функционалног приступа, без обзира на то да ли тај однос испуњава извесну форму, нпр. форму брака. Ако је улога породичног права да у складу са врховним начелом правичности штити субјекте који су зависни, оправдано је да не постоји разлика у признању права особа из обе неведене заједнице.²³⁹ Оваквом аргументацијом функционални приступ заузима, ако не доминантну, онда равноправну улогу са статусним приступом. Наведени сукоб функционалног и статусног (формалног) приступа, биће приказан и у оквиру других института породичног права (родитељства, материнства, очинства), посебно разматран кроз пресуде ЕСЉП.

6.6.1. Заједнички живот супружника

Питање заједничког живота супружника, као једног од конститутивних елемената брака, традиционално се није се постављало као спорно. Заједница живота не подразумева нужно и заједнички живот (пример када један супружник живи и ради у другом месту од места пребивалишта свог супружника). Постојање вољног елемента заједнице живота на страни оба супружника и поред непостојања заједничког живота не поставља питање пуноважности брака. Савремени начин живота, посебно у земљама „западне културне цивилизације“

²³⁸ Временски период од две године наводи се као неопходан за легитимисање заједнице у којој постоји намера за посвећивањем заједничким интересима, S Wong, *Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution*, у A. Bottomley. S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 56.

²³⁹ *Volks v Robinson* (2005 (5) BCLR 446 (CC)).

доводи до нових образаца заједнице живота у браку. Тако, породичноправна теорија све више пажње посвећује заједницама у којима супружници „живе заједнички одвојено“ (познатије као *LAT* или „*living apart together*“).²⁴⁰ Тако, супружници имају два дома, сваки свој, а „живе“ заједно.²⁴¹ Један од конститутивних елемената брака, као и ванбрачне заједнице - заједнички живот, доводи се у питање. „Живети заједно одвојено“ представља *contradictio in adiecto*. Ако се у неким случајевима (запослење у другом граду, држави) сматра оправданим да одвојен живот супружника не повлачи одсуство заједнице живота, у случају *LAT* не постоји вољни моменат за заједничким животом. Никако се не можемо сложити да је у овим заједницама испуњен услов намере остваривања заједнице живота као конститутивног елемента брака.

Такође, упоређујући ове заједнице са ванбрачним заједницама, показује се да конститутивни елемент ванбрачне заједнице, услед одсуства форме, представља управо намера стварања заједнице живота, манифестована кроз заједничко место становања, заједнички живот.²⁴² Без заједничког живота, и поред постојања намере, није могуће правно признање ванбрачне заједнице.

7. Породични живот и породичне вредности

7.1. Право на поштовање породичног живота и породичне вредности

Веза породичног права и права на поштовање породичног живота може се посматрати и из угла породичних вредности. Вредности породичног права

²⁴⁰ Видети, I. Levin, "Living Apart Together: A New Family Form", *Current Sociology*, Num. 52, March 2004, стр. 223.

²⁴¹ C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Family Responsibility or Having It Imposed?*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 2; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 2.

²⁴² Питање дефинисања пребивалишта у светлу нових околности добија на значају. Европски суд правде сматра за пребивалиште "место у коме је особа настањена са намером трајнијег останка, место трајног и уобичајеног центра његових интереса". Видети пресуде Европског суда правде: ЕСП случај 13/71 *Angenieux and others v. Hakenberg* (1973) ECR 935, параг. 32; ЕСП случај C-297/89 *Rigsadvokaten v. Ryborg* (1989) ECR I-1943, параг. 19; ЕСП случај C-452/93 *Fernandez v. Comissio* (1994) ECR I-4295, параг. 22; ЕСП случај C-90/97 *Swaddling v. Adjudication Office* (1999) ECR I-1075, параг. 29; ЕСП случај C-372/02 *Adanez-Vega v. Bundesanstalt für Arbeit* (2004) ECR I-10761, параг. 37; ЕСП случај C-66/08 *Kozłowski* (2008) ECR I-06041, параг. 54.

показују промене настале на пољу савременог породичног живота.²⁴³ Породичне вредности у традиционалном погледу подразумевале су трајност и недељивост.²⁴⁴ Правна регулација породичних односа има своју основу у друштвеној и културној традицији.²⁴⁵ Разлози поштовања правила породичног права налазе се у вредностима.²⁴⁶ Тако је и право на поштовање породичног живота уско повезано са вредностима. Одредница „поштовање“ у оквиру члана 8. ЕКЉП - права на поштовање породичног живота, говори да се поштује породични живот као вредност.²⁴⁷ Правичност у породичном праву постиже се кроз одлучивање суда, када се овај државни орган позива на породичне вредности које су општеприхваћене у датом друштву. Те општеприхваћене породичне вредности чине породични живот на који се суд позива, штитећи на тај начин право на поштовање породичног живота.²⁴⁸ Исто чини и ЕСЉП када се позива на постојање консензуса у већини држава чланица поводом предметног односа (хомосексуалних заједница, права транссексуалних особа, зачећа детета уз биомедицинску помоћ, усвојења детета од стране једне особе).

Породични живот утиче на формирање породичног права, док право на поштовање породичног живота представља правни аспект породичног живота. Породични живот је шири појам од породичног права с обзиром на то да обухвата шири спектар породичних односа, тачније породични живот обухвата и оне породичне односе који нису регулисани правом. Само један део породичног живота постаје правно регулисан и то као породично право, док право на поштовање породичног живота представља једно од субјективних породичних права. Нормативна страна правичности у породичном праву лежи у укључивању

²⁴³ M. Vaz Tome, *Family Law and Family Values in Portugal*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 311.

²⁴⁴ M. Fuszara, J. Kurczewski, *Family Values, Friendship Values: Opposition or Continuity?*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 46.

²⁴⁵ V. Mazzotta, *Same-Sex Relationships in Italy*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 213.

²⁴⁶ J. Eekelaar, *Personal Obligations*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 19.

²⁴⁷ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 81.

²⁴⁸ A. Diduck, *Public Norms and Private Lives: Rights, Fairness and Family Law*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010, стр. 200.

вредности породичног живота у породично право. Породично право може правно признати одређене аспекте породичног живота или их игнорисати.²⁴⁹

Стога, примењујући одређена начела и вредности породично право је неизбежно повезано са политиком и политичким вредностима.²⁵⁰ У складу са тиме истичемо схватање да породично право, као систем друштвених вредности, зависи од политичке воље.²⁵¹ Породица и породично право постале су једна од главних тема политичких дебата. Породично право односи се и на регулацију социјалних односа.²⁵² Поред тога што регулише права, правичност и благостање у оквиру породице, породично право има и јавноправни елемент регулисања социјалних последица неге, заштите, (међу)зависности и алокације одговорности између појединаца и државе.²⁵³ Све више се предочава да однос правних норми о слободи родитеља да васпитавају своју децу и мешања државе у вршење родитељског права има изражену политичку димензију.²⁵⁴ Људи имају сопствене моралне и социјалне норме о породичним односима, које су једним делом у складу са породичноправним нормама, а другим делом се не уклапају у те опште норме.

Однос породичног живота, породичних вредности и норми породичног права посматраћемо на примеру института насиља у породици. Насиље у породици део је породичног живота с обзиром на то да оно постоји као друштвена чињеница вековима. Породично право може регулисати ту чињеницу или је игнорисати. Вредност (о)чувања приватности породице преовлађивала је у односу на вредност заштите рањивих, зависних чланова породице, те је породично право до 70-их година XX века одбијало да пружи правну заштиту насиљу у породици.

²⁴⁹ Резултат уплива социолошких елемената у породично право добро је одсликан на пољу права на поштовање породичног живота. Судовима се од стране социјалних служби, које су готово, по правилу, стални учесници породичноправних спорова, предочава да је у судској одлуци неопходно уважити емоционалне и психолошке димензије породичног живота, посебно када се одлучује о правима детета. О томе, Н. Rhoades, *Concluding thoughts: The enduring chaos of family law, Rights, Gender, and Family Law*, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, New York, 2010, стр. 279.

²⁵⁰ R. Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, стр. 49.

²⁵¹ N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, Hague, 2011, стр. 266.

²⁵² J. Dewar, *Family Law and Its Discontents*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 68.

²⁵³ A. Diduck, *Family Law and Family Responsibility*, у J. Bridgeman, H. Keating, C. Lind, *Responsibility, Law and the Family*, Ashgate, 2008, стр. 255.

²⁵⁴ J. Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, стр. 46. У том правцу се наводи да утицај који (породично) право има на породични живот зависи од политичког елемента, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 9.

Савремено схватање породичног права, условљеног приматом вредности заштите чланова породице који трпе насиље над вредношћу приватности породице као заједнице, говори у прилог правног признања насиља у породици. Тиме се показује да савремено породично право посредством прописивања насиља у породици као противправног понашања, фаворизује вредност заштите слабијих чланова породице. Стога, одбијање државе да пружи заштиту члановима породице од насиља у породици представља повреду права на поштовање породичног живота (случајеви *А. против Хрватске*, *Најдуова против Словачке*, *Веваскуа против Бугарске*). Наведени пример нам сведочи како део породичног живота путем породичних вредности постаје правно санкционисан путем права на поштовање породичног живота.

Европски суд за људска права у тумачењу права на поштовање породичног живота промењује одређене вредности, у исто време дајући примат једним вредностима у односу на друге. ЕСЉП примењује начела демократије, правичности, недискриминације.²⁵⁵

Право на поштовање породичног живота представља везу између фактичког и правног, везу између породичног живота и породичног права.

Породично право у савременим условима одражава дуализам свог односа према модернизацији. Могуће је или да породично право прихвата и промовише модернизацију изазвану променама у другим друштвеним и природним областима, или да се опире и спречава модернизацију.²⁵⁶ У сваком случају, држава посредством норми породичног права заузима став према одређеном односу личне природе и промовише дату вредност. Некада су судови позивањем на заштиту традиционалних вредности породице пружали заштиту колективних права породице, док је у савремено доба правило позивање суда на заштиту индивидуалног права члана породице на рачун колективних права породице као заједнице.²⁵⁷

²⁵⁵ S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, Welfare, Rights, Care and Gender in Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law New York, 2010, стр. 13. Основа примене начела у породичном праву односи се на заштиту слабије стране од јаче стране и заштиту појединца од државе.

²⁵⁶ D. Browning, Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 106.

²⁵⁷ То се може илустровати примером заштите права детета. Физичко, емотивно занемаривање детета некада се правдало заштитом права породице да бира начин васпитавања детета. У складу

7.2. Породични односи, породични живот, породично право и право на поштовање породичног живота

Поставља се начелно питање потребе али и успешности правне регулације породичног живота и интимних односа који се састоје од љубави, (сексуалне) верности, поверења, издаје, страсти, подршке. Породични односи више него било који други одликују се наведеним карактеристикама. Наметање директних ограничења у приватности породичних односа од стране државе не може да спречи да се људи и даље понашају у складу са својим обрасцима породичног живота.²⁵⁸

Утврђивање односа између породичног живота, породичног права и права на поштовање породичног живота један је од циљева овог рада. Сматрамо да је право на поштовање породичног живота у наведеном низу најужег обима. Породични живот обухвата све оне друштвене, моралне и обичајне норме којима се уређују породични односи. Породични однос је саставни део породичног живота. Породични живот се састоји од сплета породичних односа у датом времену и простору. Од тако широког круга друштвених породичних норми само одређене норме постају правне норме - норме регулисане породичним правом. Даље посматрано, од скупа породичноправних односа или породичноправних института, само одређен број бива заштићен правом на поштовање породичног живота. Наш циљ је да омеђимо простор субјективних породичних права у којима делује право на поштовање породичног живота, и по могућству, дефинишемо право на поштовање породичног живота као субјективно породично право у сплету породичних права. Приступ иде путем анализе одлука ЕСЉП у делу права на поштовање породичног живота, које су потом основни извор за теоријско уобличавање (синтезу) права на поштовање породичног живота.

са тиме, држава се није мешала у то питање. Данас питање васпитања детета није строго овлашћење родитеља, без могућности контроле и надзора. Дете је у центру процеса васпитања. Породица и родитељи су дужни да васпитавају дете у његовом најбољем интересу. Кршење ове норме има за последицу кривичну и(ли) грађанску одговорност родитеља. О колективним правима породице, М. Јањић - Комар, *Расправа о принципима породичног права*, Београд, 2008, стр. 23; Видети, А. Diduck, *Public Norms and Private Lives: Rights, Fairness and Family Law*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010, стр. 201.

²⁵⁸ С. Е. Schneider, *Elite Principles: The ALI Proposals and the Politics of Law Reform*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 502.

Право на поштовање породичног живота представља лично право члана породице које у себи укључује однос. Реч је о праву које се односи на неке институте породичног права, односно аспекте породичног живота и које у себи не укључује имовинска породична права попут издржавања или поделе заједничке имовине. У прилог томе стоји и став ЕСЉП да се (не)давање издржавања не односи на породични живот.²⁵⁹ Током истраживања нисмо наишли нити на једну пресуду ЕСЉП која се тиче члана 8. Конвенције и права на поштовање породичног живота а која се бавила проблематиком издржавања или имовинских односа чланова породице. Породични живот предпоставља већ успостављен породични однос. Тако, постоји обавеза ЕСЉП да пружа заштиту само породичном животу који је већ претходно успостављен. Међутим, видећемо да се некад пружа заштита и породичног живота у изгледу, будућег породичног живота. Ако породични живот (породични однос) не постоји, самим тим не постоји основ за заштиту овог права. ЕСЉП даје примат социјалним над биолошким везама чланова породице. Биолошка веза сама по себи, у одсуству додатних социјалних веза, не доводи увек до постојања породичног живота.

Право на поштовање породичног живота садржи у себи и психолошке, социолошке, ванправне елементе породичног права. Породични односи и породични живот нису синоними те се тако под породичним животом подразумева устаљена пракса одржавања породичних односа. Породични живот одсликава сплет породичних односа, скуп обичајних правила једне друштвене заједнице - породице. Док индивидуално породично право (право на развод, право на издржавање, право на брак) подразумева појединца као титулара, право на поштовање породичног живота може постојати само ако постоји однос између најмање два члана породице. Право на поштовање породичног живота подразумева већ постојећи однос тог члана породице коме је повређено право на поштовање породичног живота и другог члана породице.

²⁵⁹ Пресуда ЕСЉП у случају *Logan v United Kingdom*, пред. бр. 24875/94, пресуда од 1. јануара 1996. године.

7.3. Право на поштовање породичног живота и људска права

Већ наведене револуционарне промене у породичном праву настале 70-их година прошлог века,²⁶⁰ имале су за последицу и знатно повећање утицаја људских права на породично право. Међутим, насупрот тенденцијама ка проширењу обима људских права, неретко се истиче и у политичким обраћањима председника влада најлибералнијих западних демократија, да друштво треба да буде засновано, не на правима, већ на одговорностима.²⁶¹

Док универзални приступ заступа став да су људска права свуда иста, са извесним мањим одступањима, културни релативисти наводе да су људска права зависна од друштвено - културног контекста у коме се примењују.²⁶² Институције чине да субјективна права деце, родитеља и других чланова породице буду моделирана кроз објективна права и као таква подобна за остваривање.²⁶³ Право на поштовање породичног живота сматра се темељним правом нове генерације породичних права као људских права.²⁶⁴

Доктрина о људским правима примењена на породичноправном терену пре има тенденцију да заштити индивидуална права него да штити успостављене вредносне породичне односе.²⁶⁵ Промена схватања од принципа људских права ка признавању права односа и одговорности доводи до другачијег поимања индивидуалности у породичном праву. Тако, чланови породице за разлику од монистичког схватања људских права, добијају двоструку улогу - и као индивидуе и као делови породице повезани међусобним везама.²⁶⁶

²⁶⁰ D. Bradley, *Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, у K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003, стр. 80.

²⁶¹ Тако је било крајем XX века у говору председника владе државе колевке људских права и демократије - Велике Британије, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 133.

²⁶² B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 251.

²⁶³ D. Browning, *Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 120.

²⁶⁴ М. Јањић-Комар, *Право на породични живот - ка људским правима треће генерације*, Правни живот 9/2001, Београд, стр. 479.

²⁶⁵ О развоју људских права, K. A. Marks, *How International Human Rights Evolves: the Rise of States' Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, *European Journal of Human Rights*, Num. 2, April 2014, Bruxelles, стр.177 и даље.

²⁶⁶ J. Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, стр. 21.

7.4. Однос права и одговорности у доктрини људских права

Веома чврста аргументација наводи се као прилог томе да нема места принципу људских права у породичним односима. Први аргумент тиче се тога да принципу људских права нема места у породичним односима с обзиром на то да породицу не чини индивидуа већ заједница појединаца, а други, да правна регулација породичног живота неизоставно подразумева примену јавних и политичких начела која су примеренија јавним (политичким) органима, него судовима. Судови се држе чврстих (законских критеријума), а парламент и влада принципа и вредности.²⁶⁷ Наведени разлози довели су до тога да материјалноправна питања у породичним односима, за разлику од процедуралних питања, буду мање подложна принципу људских права.²⁶⁸

Значај појма одговорности наспрам често доминантне мантре „права“, огледа се и у државном инсистирању на успостављању односа одговорности. Држава путем норми социјалног и породичног законодавства, кроз појам одговорности чланова породице за издржавање других чланова, посебно деце, настоји да ограничи сопствену одговорност за издржавање деце и то пренесе на чланове породице.²⁶⁹ Све већи број породица једног родитеља и детета повећава финансијску одговорност државе, што у савременим индивидуалистичким друштвима²⁷⁰ намеће питање могућности, али и намере издвајања средстава од стране државе.²⁷¹

²⁶⁷ S. Harris - Short, Family Law and the Human Rights Act: Judicial Rectrpaint or Revolution, Child and Family Law Quarterly, Vol. 17, 2005, стр. 329.

²⁶⁸ *Ibid*, 359.

²⁶⁹ A. Diduck, Family Law and Family Responsibility, у J. Bridgeman, H. Keating, C. Lind, Responsibility, Law and the Family, Ashgate, 2008, стр. 257.

²⁷⁰ Резултат успостављања изразито индивидуалистичке културе огледа се у томе да се у САД одбија свака правна регулација која води ка укидању или умањењу успостављене индивидуалне аутономије, видети M. A. Fineman, Responsibility, Family, and the Limits of Equality: An American Perspective, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, Taking Responsibility, Law and The Changing Family, Ashgate, 2011, стр. 45.

²⁷¹ Учешће жена у радном процесу и стицање материјалних добара довело је до појаве неодговорности мушкараца у стицању материјалних добара, што се посебно одражава на пољу издржавања детета. Недавање издржавања од стране очева за дете користи као чињеницама мајкама да истакну приговор неподобности и неодговорности очева да врше родитељско право, као и да остваре право на контакт са дететом. Феномен недавања издржавања за дете, махом од стране очева, довео је до формирања посебних Алиментационих фондова и Агенција, где држава настоји да исплати издржавање за самохране родитеље, мајке, а потом да се регресира од родитеља који не плаћа утврђене износе издржавања. Тако, нпр. у Енглеској постоји *Child Support Agency* (Агенција за прикупљање износа издржавања), у Хрватској је донет посебни закон о

Институирање на повећању улоге одговорности у породичном праву на рачун људских права не треба схватити апсолутно. Сматрамо да негирање, било људских права, било одговорности, доводи до несагласности вредносног система у породичном праву. Некада ће приступ људских права бити адекватнији док ће наикада бити потребно акцентовати одговорност на рачун људских права.

привременом издржавању деце - Закон о привременом уздржавању Републике Хрватске ("*Народне новине Републике Хрватске*", бр 92/2014), у Словенији је донет Закон о јавном фонду за гаранцију издржавања Републике Словеније, ("*Службене новине Републике Словеније*" бр. 25/1997), у Португалу постоји Фонд за гаранцију издржавања малолетника (*Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores*) који је основан на основу Закона - декрета 164/1999 од 13. маја 1999. године. Поводом права регреса код обавезе издржавања видети, М. Драшкић, Право на регрес родитеља који је сам издржавао дете, Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, књига 4, Београд, 2014, стр. 29.

Глава II

Европски суд за људска права, Европска конвенција о људским правима и право на поштовање породичног живота у односу на државу Србију

Право на поштовање породичног живота, као тема нашег рада, предвиђено је Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (скраћено Европска конвенција о људским правима, Конвенција или ЕКЉП).²⁷² У погледу одређивања права на поштовање породичног живота, основни извор нам представљају пресуде једног међународног тела - Европског суда за људска права (скраћено ЕСЉП, Суд). У складу са значајем Конвенције и Суда за нашу тему, сматрамо потребним да се у овој Глави, укратко, посветимо њима.

1. Карактер Европског суда за људска права

Имајући у виду да се метод нашег рада у највећој мери ослања на анализу садржаја судске праксе Европског суда за људска права, који доносећи пресуде тумачи Конвенцију и пружа нам грађу за теоријско одређивање права на поштовање породичног живота, приказаћемо основне карактеристике у вези са ЕСЉП.

Поставља се питање у чему се огледа значај Европског суда за људска права. По први пут се у систему међународне заштите, на основу ЕКЉП, установљава систем жалбе према коме се појединац може обратити једном међународном суду уколико му је актом домаће државе повређено право предвиђено Конвенцијом.

Европски суд за људска права има наднационалну природу.²⁷³ За сада, пресуде овог суда немају непосредну обавезујућу снагу, али посредно утичу на то да судови држава чланица промене своје поступање у складу са праксом ЕСЉП.

²⁷² Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, усвојена је у Риму 4. новембра 1950. године. Оригинална верзија, састављена на енглеском и француском језику, објављена под називом Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, ступила је на снагу 3. септембра 1953. године. Прве потписнице Конвенције биле су: Белгија, Велика Британија, Данска, Ирска, Исланд, Италија, Луксембург, Немачка, Норвешка, Турска, Француска и Холандија.

²⁷³ G. Letsas, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2010, стр. 34.

Ратификацијом у законодавним телима домаћих држава Конвенција постаје саставни део унутрашњег права. Постоје схватања да Европска унија у будућности може да пренесе надлежност у погледу одлучивања о људским правима на Европски суд за људска права.²⁷⁴ С обзиром на то да ЕКЉП представља неку врсту Европског устава, ЕСЉП се сматра судом блиским, по својој природи, Уставном суду.²⁷⁵ Потпуно супротни ставови говоре о томе да ЕСЉП нема тежњу да створи униформно право за државе чланице Савета Европе и да, за разлику од нпр. Врховног суда САД, нема уставну супрематију у државама чланицама.

Европска унија, као савез држава, има намеру да створи међународно (европско) породично право и јединствени европски правосудни систем у коме ће сви грађани моћи да уживају своја права независно од тога у којој држави чланице живе. По први пут су у једној организацији, као што је Европска унија, суверене државе пренеле толико надлежности на наднационални ниво. Тако је на Европски суд за људска права пренета надлежност тумачења ЕКЉП.

1.1. Организација, састав суда и подношење представки

Европски суд за људска права има улогу надзора над обавезама из Конвенције. Седиште суда је у Стразбуру, али могуће је, ако се то сматра потребним, да обавља своје функције и у другим државама чланицама Савета Европе. Службени језици суда су енглески и француски.

ЕСЉП одлучује у оквиру: одбора (три судије) који претходно могу одлучити да ли је представка допуштена, те могу одлуком да је представка неприхватљива окончати поступак, већа (седморо судија), и Великог већа (седамнаест судија). Редовно се суди у већима, а Велико веће одлучује осим у појединачним представкама и у међудржавним споровима, и то када веће оцени да је покренуто битно питање за тумачење Конвенције или протокола, као и када одлука већа није

²⁷⁴ J. Jones, *The Responsibility of the EU: Familial Ties for All*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 120; О будућности ЕСЉП, A. Rodger, *The Future of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Journal*, Vol. 24, Num. 5-8, November 2003, Kehl am Rhein, стр. 149.

²⁷⁵ З. Поњавић, *Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота*, *Правни живот* 9/2003, Београд, стр. 824.

у сагласности са претходним одлукама Суда. Да би Велико веће судило по жалби странке, неопходно је да се обраћање изврши у року од три месеца од доношења одлуке. Додатно се тражи и да је колегијум Великог већа од пет судија дао одобрење.

Суд се састоји од оноликог броја судија колико има држава које су ратификовале Конвенцију.²⁷⁶

Обраћање странака које сматрају да им је повређено право из Конвенције врши се путем представке. Као подносиоци представке могу се јавити, поред појединаца, држава (*Ирска против Уједињеног Краљевства*,²⁷⁷ *Кипар против Турске*), невладине (приватне) организације (*Sunday Times против Уједињеног Краљевства*) и групе грађана. Док држава може поднети представку *in abstracto*, појединци и грађани имају обавезу да тврде да су жртве повреде тачно одређеног права из Конвенције.

1.2. Статистички подаци

ЕСЈП је почетком свог рада на тумачењу Конвенције, шездесетих година XX века, доносио једну пресуду годишње. Сада се истиче да је Суд загушен представкама.²⁷⁸ О овој очевидној истини сведоче следећи подаци - док је суд 1981. године имао само 7 предмета годишње, 1997. године 117 предмета, 2011. године је пред ЕСЈП прослеђено 151 600 предмета.²⁷⁹ Према неким предвиђањима ЕСЈП ће се угушити у сопственим представкама.²⁸⁰ Такође, овај

²⁷⁶ K. Dzehtsiarou, D. K. Coffey, Legitimacy and Independence of International Tribunals: An Analysis of the European Court of Human Rights, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 37, Num. 2, Summer 2014, San Francisco, стр. 288.

²⁷⁷ D. Bonner, Of Outrage and Misunderstanding: *Ireland v United Kingdom* - Governmental Perspectives on an Inter - State Application under the European Convention on Human Rights, *Legal Studies*, Vol. 34, Num. 1, March 2014, стр. 48.

²⁷⁸ М. Пауновић, С. Царић, Европски суд за људска права, Београд, 2007, стр. 43.

²⁷⁹ Против наше државе се пред ЕСЈП 31.12.2012. године налазило 10 053 предмета, видети, Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 160. На крају 2013. године, Србија се налазила са 3878 представки на 5. месту по укупном броју решених представки пред ЕСЈП.

²⁸⁰ Постоје ставови да је ЕСЈП политички суд, L. Wildhaber, Criticism and case-overload: Comments on the Future of the European Court of Human Rights, у S. Flogaitis, T. Zwart, J. Fraser, *European Court of Human Rights and Its Discontents*, Glos, 2013, стр. 10.

Суд се, према неким гледиштима, оптужује да тривијализује и дискредитује људска права.²⁸¹

1.3. Поступак процене повреде права на поштовање породичног живота од стране Европског суда за људска права

Да би ЕСЉП уопште могао да утврди повреду права на поштовање породичног живота, неопходно је да постоје претходни услови. Најважнији део односи се на утврђивање чињенице постојања породичног живота. ЕСЉП пружа право на заштиту (поштовање) породичног живота само у случајевима у којима је породични живот већ успостављен. Стога, прави се разлика између права на породични живот и права на поштовање породичног живота. ЕКЉП не даје појединцима право на заснивање породичног живота, већ (само) штити већ успостављени породични живот (са изузетком потенцијалног породичног живота, породичног живота у изгледу, о чему ће бити речи у Глави III). ЕСЉП у својим пресудама поступа у складу са тим да се штити само постојећи породични живот.²⁸² Покушаћемо да на основу праксе ЕСЉП утврдимо која су то субјективна породична права која уживају заштиту путем права на поштовање породичног живота.

Поступак утврђивања повреде права на поштовање породичног живота састоји се из неколико фаза које ћемо ближе приказати у оквиру дела о Европској конвенцији о људским правима.

1.3.1 Поље слободне процене

Приликом доношења одлуке домаћих власти држава чланица има извесно дискреционо право. ЕСЉП при доношењу одлуке о повреди оставља извесан ниво дискреције домаћим органима у циљу очувања различитости међу државама чланицама.²⁸³ То право подлеже ревизији од стране ЕСЉП. Смисао поља

²⁸¹ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, New York, 2010, стр. 355.

²⁸² Некада на ставове ЕСЉП утицај имају и пресуде домаћих судова у удаљеним деловима света - Аустралији и Новом Зеланду, видети K. Boele-Woelki, A. Fuchs, *Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives*, Cambridge, 2012, стр. 263.

²⁸³ N-L. Arold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden-Boston, 2007, стр. 38.

слободне процене државе (*margin of appreciation*), огледа се у томе да су домаћи судови у бољој позицији од ЕСЉП да примене сопствено позитивно право и да изврше баланс интереса свих страна у поступку. Домаће власти су у бољој позицији од Суда да утврде чињенице, што је Суд у великом броју случајева и констатовао. Поље слободне процене није исто у сваком конкретном случају, већ варира од случаја до случаја, и од једног до другог члана ЕКЉП.²⁸⁴

1.3.2. Принцип пропорционалности

Принцип пропорционалности прожима целокупну Конвенцију.²⁸⁵ Принцип пропорционалности подразумева равнотежу између предузете мере домаће државе и циља који се хоће постићи том мером. Он подразумева стварање правичног баланса између потребе општег интереса друштва и захтева појединца за заштитом индивидуалног права.²⁸⁶

1.4. Породичне вредности и ЕСЉП

Проблем примене породичних вредности појављује се, како је напоменуто у Глави I, не само у породичноправној теорији, већ и пред ЕСЉП. Суд нема чврст критеријум који стандард, коју вредност може применити у датом случају. То је истакнуто и у случају *Handyside* где се каже да није могуће у домаћим прописима држава потписница ЕКЉП пронаћи јединствено схватање о моралним вредностима.²⁸⁷ Суд се често позива на већински критеријум поводом породичних вредности, наводећи да признаје одређене породичне вредности уколико већина држава чланица сматра то у складу са својим унутрашњим правилима. На тај начин одређена породична вредност добија породичноправну заштиту Суда.

²⁸⁴ Наводи се да неодређеност појма "поље слободне процене" доводи до арбитрности. Постоје два начина примене доктрине "*margin of appreciation*": структурни и материјални, G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, стр. 81.

²⁸⁵ H. Swindells, A. Neaves, M. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 7.

²⁸⁶ *Soering v United Kingdom*, пред. бр. 14038/88, пресуда од 09. јула. 1989. године.

²⁸⁷ M. Antokolskaia, *Family Values and the Harmonization of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 306.

1.5. Однос Европског суда за људска права и Европског суда правде

Поред ЕСЈП, још једно судско тело на европском правном подручју има за задатак заштиту права предвиђених документима Европске уније - Европски суд правде (ЕСП). И ЕСЈП и ЕСП имају улогу гласноговорника и креатора заједничких европских вредности. Они се крећу првенствено у оквиру ЕКЈП и законодавства ЕУ. Тражећи одговор на одређено спорно питање, ове институције се позивају на општи консензус око „убичајеног Европског стандарда“ који неретко недостаје.²⁸⁸ Известан сукоб између ЕСП и ЕСЈП показује се на плану слободног кретања (људи, занимања, капитала) прокламованог од стране ЕСП,²⁸⁹ као једног од основних начела *ius communitare*, и става ЕСЈП у погледу ограничења настањивања чланова породице на територији ЕУ.²⁹⁰ ЕСП има формални приступ породици и узима у обзир постојање било правне, било биолошке везе, док се појам породичног живота у пракси ЕСЈП тумачи и уз помоћ критеријума емоционалне повезаности. Иако је ЕСЈП примарно надлежан за решавање случајева који се односе на децу и права детета, и ЕСП има развијену праксу у овој области.²⁹¹ Према одређеним схватањима, ЕСП има последњу реч у интерпретацији права ЕУ.²⁹² Оба суда имају улогу хармонизације породичног права, која има карактер хармонизације „од врха на доле“.²⁹³

²⁸⁸ M. Antokolskaia, *Family Values and the Harmonization of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 303.

²⁸⁹ ЕСП је и у данашње време задржао приступ да је брига о детету примарно право на страни мајке, а не оца детета. Тако, E. C. di Torella, *Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union*, *European Law Journal*, Vol. 20, Num. 1, January 2014, Oxford, стр. 98.

²⁹⁰ H. Stalford, *Concepts of Family Under EU Law - Lessons from the ECHR*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol 16, Issue 3, December 2002, стр. 411.

²⁹¹ A. Dutta, A. Schulz, *First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIA Regulation from C to Health Service Executive*, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, Num. 1, April 2014, Oxford, стр. 2; За пресуде ЕСП поводом породичних односа, видети, C. McGlynn, *Families and European Union Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006.

²⁹² H. C. Kruger, J. Polakiewicz, *Proposals for a Coherent Human Rights protection System in Europe/The European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights*, *Human Rights Law Journal*, Vol. 22, Num. 1-4, October 2001, Kehl am Rhein, стр. 9.

²⁹³ M. Antokolskaia, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, стр. 18.

Иако се у теорији наводи да нити један од ова два суда нема задовољавајући ниво заштите породичних права, нарочито је ЕСП критикован услед ниског нивоа заштите породичних права.²⁹⁴

2. Европска конвенција о људским правима

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Конвенција, ЕКЉП) представља међународни уговор, акт Савета Европе, који је потписан у Риму 4. новембра 1950. године. На снагу је ступио након три године, 3. септембра 1953. године у тренутку кад га је потписало 15 држава чланица Савета Европе. Потписнице Конвенције су све државе чланице Савета Европе. Конвенцијом се предвиђају материјална и процесна права која се у случају повреде од стране држава чланица штите пред Европским судом за људска права, као и механизми надзора над применом одредаба Конвенције. Након Конвенције донето је и 14 протокола уз њу. Конвенција се примарно односи на политичка и грађанска права, а мањим делом на економска, социјална и културна права. Конвенција се састоји из преамбуле, основног текста и 13 протокола. У Преамбули је истакнуто да је основ Конвенције Универзална декларација о људским правима, коју је Генерална скупштина Уједињених нација донела 10. децембра 1948. године.

Члан 1. утврђује обавезу свих држава потписница да поштују права и слободе које гарантује Конвенција. Ако се прекрши обавеза и дође до повреде права или слободе, предвиђена је међународна судска заштита.

Први део Конвенције (чл. 2 - 18) садржи основна права и слободе, други (чл. 19 -51), уређује функционисање Европског суда за људска права, а трећи (чл. 51 - 59) регулише процедурална питања и надлежност у вези са потписивањем, ратификовањем, тумачењем, предметном, територијалном и временском применом одредаба Конвенције.

Протоколи су правна правила којима се врше измене и допуне основног текста Конвенције. По ступању на правну снагу, постају правно обавезујући

²⁹⁴ М. Antokolskaia, Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective, Antwerpen, 2006, стр. 264.

делови Конвенције, а доносе их и ратификују потписнице Конвенције и чланице Савета Европе.²⁹⁵

Србија је 3. априла 2003. године постала чланица Савета Европе, а након годину дана, 3. марта 2004. године ратификовала је Европску конвенцију о људским правима.²⁹⁶

Појединац се најпре обраћа домаћим властима ради заштите својих права. Тек након што су исцрпљена сва домаћа правна средства предвиђена домаћим правним поретком, појединац се у прво време обраћао Комисији за људска права, као првом нивоу надзора Конвенције. Само ако су државе признале надлежност ЕСЉП могло је доћи до прослеђивања предмета Суду у року од три месеца. У супротном Комисија је могла донети одлуку о повреди Конвенције.²⁹⁷

Након што је Протоколом 11 укинута Комисија, омогућено је директно обраћање појединаца ЕСЉП. Уколико се утврди повреда Конвенције, ЕСЉП може досудити правичну накнаду (*just satisfaction*) подносиоцу, као и мере индивидуалног и општег карактера у односу на тужену државу.

Постоји могућност да држава да интерпретативну изјаву или стави резерву на примену Конвенције. То се може десити ако неки домаћи закон није у складу са Конвенцијом.

Да би се представка уопште могла поднети, потребно је да се испуне следећи услови: подносилац треба да има статус жртве (да је он лично и директно погођен кршењем Конвенције); подносилац треба да је исцрпео све унутрашње, домаће правне лекове;²⁹⁸ подносилац у року од шест месеци од доношења правоснажне

²⁹⁵ Протокол 1 (право на мирно уживање имовине, право на слободне изборе, право на образовање); Протокол 4 (забрана дужничког ропства, слобода кретања, забрана протеривања сопствених држављана, забрана колективног протеривања странаца); Протокол 6 (забрана изрицања смртне казне); Протокол 7 (право на жалбу у кривичним стварима, право на награду за погрешну осуду, право не бити суђен или кажњен два пута у истој правној ствари, једнакост супружника.); Протокол 12 (општа забрана дискриминације); Протокол 13 (апсолутна забрана смртне казне); Протоколима 2,3,5,8,9,10,11,14 се ближе уређује покретање међународних спорова и ток поступка пред Европским судом за људска права.

²⁹⁶ Закон о ратификацији Европске конвенције о људским правима и основним слободама, "Службени гласник СЦГ" - Међународни уговори, бр. 9/2003.

²⁹⁷ О ЕКЉП видети и И. Мајсторовић, Хармонизација и унификација Европског Обитељског права, Загреб, 2009, стр. 40.

²⁹⁸ Потребно је да подносилац има право директног обраћања надлежном органу. Уколико се појединац не може директно обратити Уставном суду (као нпр. у Италији), не тражи се да је исцрпљено и ово средство. Иначе, изузетак од обавезе да се исцрпе сва правна средства јавља се у случају повреде права на суђење у разумном року (члан 6. Конвенције), као и код међудржавних представки.

одлуке пред државним органом треба да поднесе представку;²⁹⁹ подносилац треба да открије свој идентитет;³⁰⁰ да представка није истоветна са неком другом представком коју је ЕСЉП разматрао;³⁰¹ да представка није поднета некој другој међународној институцији а не садржи нове чињенице; да представка није неспојива са одредбама Конвенције (*ratione loci*,³⁰² *ratione materiae*,³⁰³ *ratione temporis*,³⁰⁴ *ratione personae*³⁰⁵); да представка није очигледно неоснована; да подношење представке не представља злоупотребу права (када циљ подношења није остваривање заштите људских права, већ добијање публицитета, коришћење погрдног језика, прикривање чињеница, фалсификовање докумената).

2.1. Члан 8. ЕКЉП и право на поштовање породичног живота

Члан 8. ЕКЉП гласи:

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

2. „Јавне власти се неће мешати у вршење овог права, осим 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 заштите права и слобода других.“

²⁹⁹ У два случаја неће се применити правило о подношењу представке у року од шест месеци: ако је повреда трајног карактера и ако не постоји делотворан правни лек. Најчешће се сматра да је последња инстанца којој се странка треба обратити, не Врховни, већ Уставни суд.

³⁰⁰ Иако је обавеза да подносилац представке открије свој идентитет, могуће је у одређеним случајевима из разлога очувања приватности (нпр. постојање болести или осетљивих породичних случајева баш у погледу права на поштовање приватног и породичног живота) омогућити да се странка појави у виду иницијала или великих слова (*X., Y., Z. v United Kingdom, V. A. M. v Serbia, X. v United Kingdom*).

³⁰¹ Потребно је да буде другачије чињенично стање у новој представи у односу на претходно поднету. Чак ће различита правна аргументација у односу на исто чињенично стање бити разлог за одбацивање нове представке.

³⁰² *Ratione loci* подразумева да се повреда Конвенције десила у оквиру (територијалне) надлежности домаће државе.

³⁰³ *Ratione materiae* подразумева да се повреда тиче права и одредби које су предвиђене Конвенцијом.

³⁰⁴ *Ratione temporis* подразумева да је држава против које се подноси представка ратификовала Конвенцију у тренутку када се подносилац обраћа ЕСЉП.

³⁰⁵ *Ratione personae* подразумева да се представка подноси против државе, не против појединца или организације - да се подноси против државе која је ратификовала Конвенцију и Протоколе.

Члан 8. став 1. ЕКЉП односи се на четири права, не само на право на поштовање породичног живота. То су и право на поштовање приватног живота, право на поштовање дома и право на поштовање преписке. Говори се о поштовању ових права што нас доводи до става да се мешање у уживање ових права тумачи као њихова повреда.

Иако *prima faciae* апсолутна, права из става 1. подлежу ограничењима, што можемо видети у ставу 2. Овај став поставља услове под којима се држава и њени органи могу мешати у уживање права из става 1. члана 8. Претпоставка неоснованости мешања је на страни државе, тако да је *onus probandi* на њеном терену. Органи државе треба да докажу да је мешање у право појединца било оправдано. Акт државног органа, да би био оправдан, треба да испуни следеће услове: да буде у складу са законом; неопходан у демократском друштву; у интересу националне безбедности, јавне сигурности или економске добробити државе; предузет ради превенције нереда или криминала; да не повређује права и слободе других. Као што можемо видети, у питању је не мали број ограничења.

ЕСЉП при давању своје оцене води рачуна о обиму права, природи акта мешања у одређено право, законитости мешања и оправданости предузете мере у односу на ограничење.

Прва фаза процене да ли је дошло до повреде права на поштовање породичног живота подразумева утврђивање постојања породичног живота. Тек ако се утврди постојање породичног живота, прелази се на другу фазу, односно процену да ли је дошло до мешања у породични живот. Међутим, чак и ако дође до мешања у породични живот појединца, а то мешање је у складу са законом, могуће је да не буде утврђена повреда права. Ако је мешање у породични живот у складу са законом, испитује се да ли је мешање било неопходно у демократском друштву, да ли је у интересу националне безбедности, јавне сигурности или економског благостања државе, да ли је предузето ради спречавања криминала, заштите здравља или морала или слободе и права других. Тек ако се утврди да није испуњен нити један од ових услова, констатује се повреда права на поштовање породичног живота.³⁰⁶

³⁰⁶ С обзиром на то да је испуњеност услова по питању повреде јавног поретка и спречавања криминала код права на поштовање породичног живота највише присутна у случајевима

У Европској конвенцији о људским правима не постоји дефиниција породице. У том правцу, ни ЕСЉП се није упуштао у дефинисање појма породице.³⁰⁷ Плурализам породичних облика у савремено доба иде у прилог схватању ЕСЉП да је Конвенција „жив механизам“ који захтева тумачење у светлу друштвених промена.³⁰⁸ Суд у зависности од промењених друштвених прилика, тумачи унутрашње породично право као чињенице и пружа заштиту путем права на поштовање породичног живота.

2.2. Четири права из члана 8. ЕКЉП

С обзиром на то да смо видели да се члан 8. ЕКЉП односи не само на право на поштовање породичног живота, већ и на право на поштовање приватног живота, дома и преписке, на овом месту, само оквирно, наводимо која су то ужа права саставни део наведена три права из члана 8. ЕКЉП. Наиме, опредељење да се у овом раду студиозно бавимо правом на поштовање породичног живота искључује могућност да се детаљније осврнемо на остала три права из члана 8. Са друге стране, будући да је основа за теоријско постављање правне природе права на поштовање породичног живота, члан 8. ЕКЉП, односно пресуде ЕСЉП, сматрамо да је корисно предочити карактер остала три права. Сва четири права из члана 8. Конвенције међусобно се прожимају и преклапају.³⁰⁹ Посебно се истиче веза права на поштовање приватног и породичног живота. Ово је приметно у случајевима када се одређена област приватног живота појединца (временом) преводи у породични живот. То је случај са пресудом *Schalk и Kopf против Аустрије*, када је однос између особа истог пола сматран породичним животом, насупрот дотадашњим схватањима да је то био однос који спада у приватну сферу појединца, те тако заштићен посредством права на поштовање приватног живота. Такође, веза приватног и породичног живота огледа се на пољу порекла детета, када се у случају недостатака домаћег законодавства или повреде права на

депортације и забране уласка чланова породице у домаћу државу, то се наводи и од стране Н. Wray, *Regulating Marriage Migration into the UK A Stranger in the Home*, Ashgate, 2011, стр. 177.

³⁰⁷ Ипак, за проширени појам дефиниције породице у поимању ЕСЉП, С. Garcimartin, *Defining Familial Relations Within the Law: Nuclear Family vs Extended Family*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 3/2012, Buffalo, стр. 101.

³⁰⁸ *Selmouni v France*, пред. бр. 25803/94, пресуда од 28. јула 1999. године.

³⁰⁹ С. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights - Commentary-*, München, 2014, стр. 184.

утврђивање порекла детета, посебно од стране оца, утврђује повреда права на поштовање приватног, а не (и) породичног живота. Ради се о случајевима када још није дошло до утврђивања правне везе, а самим тим ни остваривања породичног живота између детета и оца. У потпуности се слажемо са оваквим приступом ЕСЉП, с обзиром на то да се санкционише повреда права на поштовање породичног живота само уколико је утврђено постојање породичног живота. У одређеним случајевима утврђивања порекла детета није успостављен породични живот родитеља и детета, те нема ни повреде права на поштовање породичног, већ приватног живота. О утврђивању порекла детета и повреди права на поштовање породичног живота биће детаљније речи у Глави III. Међутим, неретко ЕСЉП само констатује да се ради о повреди члана 8. Конвенције, или кумулативно, и права на поштовање приватног живота и права на поштовање породичног живота, без тачног навођења повреде једног од ова два права. Тиме је наш задатак тежи - да се филтрирањем целокупног члана 8. издвоји право на поштовање породичног живота као самостално субјективно породично право.

Иако се породична права у оквиру ЕКЉП налазе у три члана - члану 8. (право на поштовање породичног живота), члану 12. (право на брак и заснивање породице) и члану 14. (забрана дискриминације) - определили смо се да предмет рада буде само члан 8. услед најширег обухватања постојећих породичних права. Даље, пракса ЕСЉП поводом породичних права, која нам је била најважнији извор за уобличавање права на поштовање породичног живота, управо је најбогатија у вези са чланом 8. Конвенције. То никако не значи да се случајеви поводом породичних права пред ЕСЉП односе само на члан 8. ЕКЉП. У великом броју случајева одлучивало се о породичним правима у члану 8. у вези са чланом 14. Конвенције, а неретко и у вези са чланом 12.³¹⁰

2.2.1. Право на поштовање приватног живота

Слично попут породичног живота, приватни живот је широк појам. Наводимо да под појмом приватног живота ЕСЉП сматра: физички и психички интегритет особе; личну аутономију и лични развој; ментално здравље и телесно здравље;

³¹⁰ О односу члана 8. и члана 12. Европске конвенције о људским правима видети, G. Van Bueren, *Child rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 117.

име и презиме; право на сопствену слику и фотографију; углед и част; комуникацију (телефонски и видео разговори); сексуалну оријентацију и полни идентитет; приватност током порођаја;³¹¹ информације о преминулом новорођеном детету након порођаја;³¹² социјалне везе са другим људима и околином; емотивне везе; професионалне активности; податке и евиденцију приватног и јавног карактера (отисци прстију, узорци ткива и ДНК); информације о здрављу, филозофским и верским убеђењима;

2.2.2. Право на поштовање породичног живота

Будући да је предмет нашег рада управо право на поштовање породичног живота, овде ћемо предочити само која су то права, односно шта обухвата породични живот. Када су у питању субјекти, право на поштовање породичног живота обухвата личне односе између детета и родитеља, малолетних браће и сестара, деде и бабе и унука, хранитеља и храненика, усвојиоца и усвојеника, тазбинских сродника, супружника.³¹³ Право на поштовање породичног живота налазимо код порекла детета, анонимног порођаја, сурогат материнства, усвојења, хранитељства, вршења родитељског права, додељивања родитељског права, контакта родитеља и детета, контакта детета и других сродника, отмице детета, депортације чланова породице, заједница хомосексуалних особа, транссексуалних особа и промене пола, посете чланова породице притвореним особама (члановима породице), насиља у породици.

2.2.3. Право на поштовање дома

Право на поштовање дома подразумева не само простор у коме одређена особа живи, стан, кућу, већ и и помоћне просторије и друге објекте - башту, радионицу, гаражу, пословни простор, адвокатску канцеларију, затим, покретне ствари попут приколице и објекте за становање на води. Није дозвољено

³¹¹ *Kononova v Russia*, пред. бр. 37873/04, пресуда од 9. октобра 2014. године.

³¹² *Jovanović v Serbia*, пред. бр. 21794/08, пресуда од 26. марта 2013. године.

³¹³ Ко се све сматра субјектима породичних односа, Л. Ю . Грудина, Семейное право России, Москва, 2006, стр. 78.

исељавање, усељавање у дом, затим излагање дома прекомерним утицајима (буци, штетним мирисима), претресање и прислушкивање дома.³¹⁴

2.2.4. Право на поштовање преписке

Право на поштовање преписке, посматрано кроз призму ЕСЈП, обухвата писма између појединаца (и између затвореника), телефонске разговоре и информације везане за те разговоре, поруке путем пејџера, комуникацију телефаксом, *e-mail*-ом, поруке путем *Internet*-а, приватни радио, пословну комуникацију, податке између адвоката и клијента.

2.5. Сукоб људских права и члана 8. ЕКЈП

Члан 8. ЕКЈП кроз право на поштовање породичног живота штити, пре свега, право члана породице као појединца. Међутим, посебно када се ради о детету, а највећи број института који спадају под заштиту права на поштовање породичног живота има дете као субјекта, поставља се питање да ли се увек и по правилу одлука доноси уважавајући најбољи интерес детета као врховно начело, или се, пак, узима у обзир и право на поштовање породичног живота других чланова породице. Иако се сматра да нема сукоба између права чланова породице на поштовање породичног живота и права детета да његови интереси буду од пресудног значаја, ЕСЈП је у неким одлукама истакао да интереси детета имају примат над интересима родитеља,³¹⁵ као и да је разматрање интереса детета од суштинске важности.³¹⁶ Извесни аутори сматрају да случај *Johansen* сведочи да интереси детета не преовлађују увек и по правилу над интересима родитеља.³¹⁷ ЕСЈП је ретко када сматрао да узимање детета под заштиту државе у раном

³¹⁴ А. Јакшић, Европска конвенција о људским правима, Београд, 2006, стр. 256.

³¹⁵ Тако и у случају *Yousef v Netherlands*, пред. бр. 33711/96, пресуда од 5. фебруара 2003. године.

³¹⁶ *Johansen v Norway*, пред. бр. 17383/90, пресуда од 27. јуна 1996. године.

³¹⁷ О томе и Р. G. Harris, Article 8 of the European Convention and the Welfare Thesis of Conflict Resolution, Family Law, Vol. 44, March 2014, Bristol, стр. 332; F. Kaganas, Child Protection, Gender and Rights, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender and Family Law, New York, 2010, стр. 49.

узрасту повлачи повреду права на поштовање породичног живота из члана 8. Конвенције.³¹⁸

Посматрајући два најважнија међународна уговора којима се на европском и светском нивоу штите права детета и права чланова породице, можемо закључити да ЕКЉП ставља акценат и на права одраслих чланова породице, док се Конвенција о правима детета искључиво односи на права детета.³¹⁹ Конвенција Уједињених нација о правима детета има искључиво за предмет заштите дете, док ЕКЉП не говори уопште о правима детета. У прилог тврдњи да за разлику од Конвенције о правима детета, Европска конвенција о људским правима има нижи степен заштите права детета, и да се више односи на заштиту свих чланова породице, сведочи став ЕСЉП у пресуди *Sahin против Немачке*, где се наводи да домаће државе треба да теже стандардима у вези деце и правима детета утврђеним у Конвенцији о правима детета.³²⁰ ЕКЉП кроз члан 8. подржава права одраслих чланова породице, посебно право родитеља на контакт са дететом. Ипак, у последње време, под све већим утицајем Конвенције о правима детета, често цитиране у пресудама ЕСЉП, пракса ЕСЉП нам говори да се посебна пажња обраћа на интересе детета.³²¹

Даље, ЕСЉП разматра право на поштовање породичног живота имајући у виду интересе свих страна, не само једног члана породице (који подноси представку), чиме се приклања позицији да цени породицу као заједницу и интересе свих њених чланова. Постоји обавеза Суда да изврши баланс интереса свих страна у поступку и да на основу такве процене донесе одлуку.

³¹⁸ F. Kaganas, *Child Protection, Gender and Rights*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender and Family Law*, New York, 2010, стр. 50.

³¹⁹ J. Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, стр. 19.

³²⁰ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 222.

³²¹ *M.D. and others v Malta*, пред. бр. 64791/10, пресуда од 17. јула 2012. године; *Iordache v Romania*, пред. бр. 6817/02, пресуда од 14. октобра 2008. године; *Schneider v Germany*, пред. бр. 17080/07, пресуда од 15. септембра 2011. године; *Hoppe v Germany*, пред. бр. 28422/95, пресуда од 5. децембра 2002. године; *Yousef v Netherlands*, пред. бр. 33711/96, пресуда од 5. новембра 2002. године; *Suss v Germany*, пред. бр. 40324/98, пресуда од 10. новембра 2005. године.

2.6. Ограничења права на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП

Право на поштовање породичног живота прописано у ЕКЉП није апсолутно, и то у смислу да подлеже одређеним ограничењима. Уколико ЕСЉП утврди постојање породичног живота између два члана породице и утврди да је дошло до мешања домаћих власти у породични живот, неће свако мешање довести до повреде права на поштовање породичног живота. Само оно мешање у породични живот појединца које није у складу са законом, које није пропорционално циљу који се жели постићи актом домаћих власти и које није неопходно у демократском друштву, доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Тек након испуњења наведених услова ЕСЉП може утврдити да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

2.6.1. Склад са законом (*prescribed by law/in accordance with law*)

Мешање државе у породични живот појединца неће довести до повреде права на поштовање породичног живота ако је предузети акт државе у складу са законом. То би подразумевало да постоје правне норме (писане) на основу којих се врши мешање у породични живот. Одредбе закона треба да буду извесне и доступне да би појединци били упознати са садржином на основу које се врши мешање у породични живот појединца, да особе на које се односи норма буду упознати са њеном садржином.³²² Стога, ако је мешање домаћих власти у породични живот производ аката који немају утемељење у закону или другом подзаконском акту, то доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Свака мера домаћих власти која задире у права из Конвенције треба да поседује елемент контроле онога ко доноси одлуку да би се искључило доношење одлуке на основу дискреционе оцене, посебно у случају када се мера доноси у тајности и када је очигледно постојање ризика арбитрности.³²³ Извесност норми подразумева да оне буду довољно јасне да би појединац могао да планира своје будуће деловање. Норме треба да буду формулисане са апсолутном прецизношћу

³²² Видети случај *Sylver and others v United Kingdom*, пред. бр. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, пресуда од 25. марта 1983. године.

³²³ Видети случај *Malone v United Kingdom*, пред. бр. 8691/79 пресуда од 2. августа 1984. године.

у контексту да појединци могу да предвиде које ће последице проузроковати њихово понашање.³²⁴

2.6.2. Неопходност у демократском друштву (*necessary in a democratic society*)

Ако је мешање државе у породични живот појединца било у складу са законом и ако је то оправдано у складу са легитимним циљем, поставља се питање да ли је тај акт домаћих власти био неопходан у демократском друштву. Трећи услов односи се на то да, имајући у виду околности, ограничење права треба да буде неопходно. С обзиром на то да ЕСЉП даје оцену у којој мери су одредбе домаћег права у складу са Конвенцијом, последња фаза представља филтрирање домаћих норми кроз широко поље слободне процене домаћих власти, тачније њиховог дискреционог овлашћења мешања у породични живот појединца. Суд захтева постојање чврстог, објективног оправдања за предузету меру. „Неопходност“ се схвата као постојање хитне социјалне потребе. ЕСЉП даје одговор на питање да ли је мешање у породични живот било неопходно у демократском друштву. Приликом процене да ли је мера неопходна у демократском друштву и да ли постоји хитна социјална потреба, домаће власти се могу кретати у оквиру поља слободне процене.

2.7. Стандарди ЕСЉП приликом оцене повреде

2.7.1. Легитиман циљ (*legitimate aim*)

Мешање државе у породични живот неће довести до повреде ако је акт предузет у складу са легитимним циљем. Држава не може оправдати мешање у право појединца позивањем на било који циљ већ је потребно да циљ буде легитиман. Овај разлог представља једну широку формулацију под коју се најчешће подводе разлози јавне, националне безбедности, јавног поретка или јавног здравља. У домену права на поштовање породичног живота, примена легитимног циља огледа се у највећој мери код депортације родитеља или другог

³²⁴ Видети случај *Sunday Times v United Kingdom*, пред. бр. 6538/74, пресуда од 26. априла 1979. године

члана породице,³²⁵ давања дозволе члановима породице да се придруже другим члановима породице у домаћој држави,³²⁶ посети чланова породице притвореном лицу.³²⁷ У овим областима се ограничење породичног живота оправдава економским или безбедносним разлозима. Детаљније ће о ограничењу права на поштовање породичног живота у односима депортације бити говора у Глави VIII.

2.7.2. Пропорционалност (*proportionality*)

Пропорционалност је један од суштинских услова при процени Суда о оправданости ограничења права. Иако се државама пружа одређено поље слободне процене, потребно је да се испуни услов пропорционалности. Наиме, принцип пропорционалности захтева постојање узрочно-последичне везе између циља који се жели постићи и средства која се предузимају да би се циљ остварио. Разматра се да ли постоји „хитна социјална потреба“, а уколико постоји, да ли је конкретно ограничење у складу са потребом. Затим се цени да ли је ограничење пропорционалан одговор на потребу.³²⁸ Некада се тражи постојање „разумне везе између средства и циља који се жели постићи“ или се цени „равнотежа између општег и појединачног интереса“ у конкретном случају. Такође, цени се степен којим ограничење погађа право из Конвенције. Уколико се посматра веза између пропорционалности и поља слободне процене државе, цени се најпре значај који право из Конвенције има, тачније, да ли је у питању фундаментално право. Затим, код оправданости ограничења, прави се разлика између објективне природе ограничења, када држава има сужено поље слободне процене, и субјективне природе ограничења, где је поље слободне процене шире. У случају када постоји сагласност у законима и пракси држава чланица, ЕСЉП се позива на нарастајући (европски) консензус о одређеном питању.³²⁹

³²⁵ *Baghli v. France*, пред. бр. 34374/97, пресуда од 30. новембра 1999. године.

³²⁶ *Gül v. Switzerland*, пред. бр. 23218/94, пресуда од 19. фебруара 1996. године.

³²⁷ *Selmani v. Switzerland*, пред. бр. 70258/01, пресуда од 28. јуна 2001. године.

³²⁸ *Handyside v. United Kingdom*, пред. бр. 5493/72, пресуда од 7. децембра 1976. године.

³²⁹ Тако је нпр. било поводом друштвеног консензуса по питању прихватања транссексуалних особа и правног признања новог стања промене пола у случају *Christine Goodwin v. United Kingdom*, пред. бр. 28957/95, пресуда од 11. јула 2002. године, законског третирања брачне и ванбрачне деце у случају *Marckx v. Belgium*, пред. бр. 6833/74, пресуда од 13. јуна 1979. године, правног признања заједница особа истог пола у случају *Schalk and Kopf v. Austria*, пред. бр. 30141/04, пресуда од 24. јуна 2010. године.

2.7.3. Поље слободне процене и стандард „европског консензуса“

„Европски консензус“ је појам који ЕСЉП користи у циљу истраживања дали у законодавству и пракси држава чланица (не)постоји заједничка (породична) вредност. Суштинска је повезаност овог стандарда и поља слободне процене домаће државе. Што је мањи степен међусобне усклађености домаћих правних норми држава чланица Савета Европе, то је шире поље слободне процене домаћих власти, односно већа могућност да се мера схвати као неопходна у демократском друштву. На тај начин се, са једне стране, врши усклађивање норми домаћих држава чланица, а Суд има улогу декларатора (не и креатора) европских вредности, док се са друге стране, „кажњавају“ државе чије норме и пракса нису у складу са јединственим европским стандардима. Дискреционо је право домаћих власти да на одређени начин примене домаће норме, које су са становишта ЕСЉП, само чињенице. Те чињенице, односно норме, могу бити у складу са Конвенцијом или бити противне Конвенцији. О постојању европских, заједничких вредности и тежњи ка унификацији европског породичног права, детаљније смо говорили у Глави I.

Посматрајући све наведене стандарде („поље слободне процене“, „европски консензус“, „пропорционалност“), можемо констатовати њихову неодређеност, те тако само потврдити да ЕСЉП у сваком конкретном случају даје њихову интерпретацију и тумачи Конвенцију као „жив механизам у складу са променама у друштву“.

2.8. Процесне гаранције члана 8. ЕКЉП

Поред гарантовања материјалних права, чл. 8. Конвенције гарантује и процесна права учесника у поступку. Тако, поштовање породичног живота подразумева учешће појединца у поступку, саслушање пред домаћим органима, увид у списе предмета. Мешање у породични живот захтева јачу процесну заштиту у односу на редован грађански поступак.³³⁰ Повреде процесних и материјалних породичних права неретко се поклапају, те ћемо тако указати на то

³³⁰ R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 188.

да се повреда права на поштовање породичног живота односи на неучествовање родитеља у поступку лишења родитељског права,³³¹ недавање сагласности родитеља за усвојење детета,³³² неучествовање родитеља у поступку усвојења детета,³³³ неаслушање родитеља у поступку лишења родитељског права,³³⁴ неучествовање родитеља у поступку признања очинства услед лишења пословне способности,³³⁵ недозвољавање родитељима да изврше увид у документацију везану за дете.³³⁶ С обзиром на то да се ради о односима личне природе, одлуке домаћих власти, утолико пре, имају значајан утицај на странке у односу на редовне (имовинске) спорове у оквиру грађанског права. Лишење родитељског права, немогућност утврђивања очинства, има теже последице на личне односе чланова породице у односу на обавезу накнаде штете, враћање дуга, установљавању хипотеке на непокретности.

2.9. Усклађеност домаћих правних система са Европском конвенцијом о људским правима

У овом делу, осврнућемо се на утицај Европске конвенције о људским правима, посебно одлука Европског суда за људска права, на домаће правне системе. Државе потписнице ЕКЉП обавезне су да поштују одлуке ЕСЉП.³³⁷ Ипак, не постоји обавеза да државе донесу посебне законе којима ће одредбе ЕКЉП унети у домаћи правни систем. Неке државе су донеле посебне законе о усклађивању ЕКЉП и домаћег права. Тако је Велика Британија донела 1998. године Закон о људским правима,³³⁸ док је Ирска 2003. године усвојила Закон о Европској конвенцији о људским правима.³³⁹

³³¹ *K. i T. v Finland*, пред. бр., 25702/94, пресуда од 12. јула 2001. године.

³³² *X. v Croatia*, пред. бр. 12233/04, пресуда од 17. јула 2008. године.

³³³ *K. A. B. v Spain*, пред. бр. 59819/08, пресуда од 10. априла 2012. године.

³³⁴ *Kutzner v Germany*, пред. бр. 46544/99, пресуда од 10. јула 2001. године.

³³⁵ *Krušković v Croatia*, пред. бр. 46185/08, пресуда од 21. јуна 2011. године.

³³⁶ *McMichael v United Kingdom*, пред. бр. 16424/90, пресуда од 24. фебруара 1995. године.

³³⁷ М. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford, 2000, стр. 84. и даље, о ефикасности спровођења одлука ЕСЉП у домаћем правном систему.

³³⁸ *Human Rights Act* донет 1998. године, почео је да се примењује 2000. године. Посебну расправу изазвало је доношење овог закона и његова примена у односу на принцип најбољег интереса детета, с обзиром на то да ЕКЉП изричито не предвиђа, као већина домаћих правних система, права детета.

³³⁹ С. O' Mahony, *Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 1, 2012, стр. 57.

2.9.1. Значај и инкорпорација Европске Конвенције о људским правима у домаће правне системе (три система примене ЕКЉП)

Да ли је битан начин примене ЕКЉП у домаћим правним системима? Наиме, од доминантног система примене одредби Конвенције у домаћој држави, зависи како ће се односити права из Конвенције у односу на права из домаћих закона и Устава као хијерархијски највишег правног акта. У зависности од приступа домаћег правног поретка ка обавезама предузетим закључењем међународних уговора, издвајају се три система примене Европске конвенције о људским правима

2.9.1.1. Уставни положај

У Енглеској, Закон о људским правима из 1998. године (*Human Rights Act*) донет је да би осигурао заштиту људских права гарантованих ЕКЉП, и то у два правца. Најпре, судија у спору пред енглеским судом је обавезан да домаће право тумачи тако да буде „што је могуће више“ у складу са Европском конвенцијом.³⁴⁰ Јавна власт, у другом правцу, обавезна је да делује тако да њени акти буду усклађени са Конвенцијом.³⁴¹ Доношењем Закона о људским правима, Конвенција је постала саставни део енглеског права.³⁴²

Навели смо тезу, да што је већи консензус у државама чланицама око одређеног питања, то је поље слободне процене државе умањено, и обратно, што је већа несагласност држава око правног регулисања одређеног породичног

³⁴⁰ Тако је доношењем Закона о људским правима отворена могућност да се домаћи држављани пред енглеским судовима позову на повреду права на поштовање породичног живота, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 64; J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009, стр. 57. Занимљиво је да ли би исто тако било могуће да се појединац у нашој држави обрати суду са наводом да му је повређено право на поштовање породичног живота. У досадашњој пракси судова, иако је чланом 2. ставом 2. Породичног закона Србије предвиђено да свако има право на поштовање свог породичног живота, није било случаја да се одлучивало о повреди права на поштовање породичног живота.

³⁴¹ J. Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, стр. 31.

³⁴² Да Закон о људским правима има велики збачај на правни систем у Енглеској, Günter Hager, *Der Einfluss des Human Rights Act 1998 auf die Rechtsmethode in England*, у T. Helms, J.M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht*, Frankfurt am Main, Berlin, 2008, стр. 15; N-L. Arold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden-Boston, 2007, стр. 7. У Ирском праву је, по угледу на енглеско право, донет закон којим су одредбе ЕКЉП постале саставни део унутрашњег права, G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 79.

односа, то је поље слободне процене државних власти проширено. Неспорно је да Уједињено Краљевство, пре свега, доношењем Закона о људским правима из 1998. године, инкорпорира ЕКЉП у свој правни систем као његов саставни део.³⁴³ Међутим, поред овог закона, ради усклађивања са Конвенцијом донета су још два закона: Закон о деци из 1989. године и Породични закон из 1996. године. Према неким схватањима, Закон о људским правима има карактер уставног закона.³⁴⁴ Специфичност система у Уједињеном Краљевству огледа се у томе што Закон о људским правима иде толико далеко да предвиђа супрематију права из Конвенције у односу на домаћа правна правила.

Постоје и групе држава где Конвенција формално нема уставни положај, али фактички има уставну снагу и захтева се да одредбе домаћих закона буду у складу са њеним одредбама. Наводи се да Конвенција има такав, квазиуставни положај, у Холандији и Швајцарској.³⁴⁵ У Аустрији Конвенција има идентичан положај као Устав.³⁴⁶

2.9.1.2. Дуализам

У дуалистичким системима, међународни уговори постају део унутрашњег права тек када буду донети закони који се тичу материје међународног уговора, чиме се ствара основ за примену одредби међународног уговора у домаћем праву.³⁴⁷ У овом систему, одредбе Конвенције, и уопште међународних уговора, имају снагу обичног закона. Овај систем се примењује у Немачкој, Италији, Финској, Исланду, Данској.³⁴⁸ Занимљиво је да се примена дуалистичког приступа посебно може видети на поступању судова у случају *Görgülü против Немачке*,

³⁴³ О примени овог закона и принципу пропорционалности, А. Kavanagh, Reasoning about Proportionality Under the Human Rights Act 1998: Outcomes, Substance and Process, *The Law Quarterly Review*, Vol. 130, April 2013, London, стр. 249; Такође о значају овог закона, Р. Norton, A Democratic Dialogue? Parliament and Human Rights in The United Kingdom, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 21, Num. 2, 2013, Hong Kong, стр. 147.

³⁴⁴ Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 57.

³⁴⁵ Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 58.

³⁴⁶ N-L. Arold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden-Boston, 2007, стр. 31.

³⁴⁷ В. Stark, *The PRINCIPLES on Agreements*, "Fairness" and International Human Rights Law, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 405.

³⁴⁸ Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 60.

када је домаћи суд навео да одлуке Европског суда за људска права не везују домаће судове у доношењу својих одлука.³⁴⁹ Међутим, накнадно је Савезни уставни суд Немачке стао на становиште да је Конвенција саставни део домаћег (савезног) права. Тиме је установљено правило, да се на неки начин, Савезни уставни суд трансформисао у орган који ће се старати над применом Конвенције, а самим тим и пресуда ЕСЈП пред домаћим судовима.

2.9.1.3. Монизам

У монистичким системима, чим се међународни уговор ратификује он постаје део унутрашњег права. Тиме се одредбе међународног уговора примењују као унутрашње материјалноправне норме. У системима који примењују монистичко начело, Конвенција се примењује као саставни део уставних начела од тренутка ступања на снагу (ратификације), и заузима место између Устава и закона. Наиме, Конвенција има снагу јачу од обичних закона али је, ипак, подређена Уставу. Наводи се да Конвенција има овакав положај у Француској, Белгији, Шпанији, Кипру, Малти, Грчкој, Норвешкој, Луксембургу.³⁵⁰

2.10. Право на поштовање породичног живота у нашем правном систему

С обзиром на то да је право на поштовање породичног живота предвиђено многим међународним уговорима, попут Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, Пактом о грађанским и политичким правима, Конвенцијом о правима детета, Универзалном Декларацијом о о правима човека, а ови уговори су ратификацијом постали саставни део нашег правног система, то је и право на поштовање породичног живота једно у низу породичних права. Ово право предвиђено је и Породичним законом Републике Србије.³⁵¹ О значају овог права сведочи и чињеница да је српски законодавац право на поштовање

³⁴⁹ Супротно је у Уједињеном Краљевству, где се предвиђа да домаћи судови при одлучивању имају дужност да поштују одлуке ЕСЈП, М. Doods, Family Law, London, 2005, стр. 2.

³⁵⁰ Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 64.

³⁵¹ Члан 2. став 2. Породичног закона Србије.

породичног живота уврстио на самом почетку Породичног закона, дајући му на тај начин, неспорно, суштинску улогу.

Повећање броја представки појединаца пред ЕСЉП, како према другим државама, тако и у односу на Србију, довело је члан 8. Конвенције, који је је у најужој вези са породичним правима, у фокус нашег интересовања. Међутим, и поред законодавног регулисања права на поштовање породичног живота, у пракси се наши судови у својим пресудама ретко, готово никада, не позивају на породични живот и повреду права на поштовање породичног живота чланова породице. То нам говори да је ово породично право у нашем правном систему тек у повоју. Међутим, на основу податка да је ово право мало познато појединцима и државним институцијама, никако не треба извући закључак о његовој неважности. *A contrario*, значај које ово право има пред ЕСЉП, и чињеница да је Србија везана одредбама Конвенције и пресудама ЕСЉП, као контролног ограна Конвенције, скреће пажњу да је потребно студиозније проучавање овог права у нашој породичноправној теорији.

3. Право на поштовање породичног живота у односу на државу Србију

С обзиром на то да смо напоменули да у домаћој судској пракси нема случајева у којима је суд одучивао о повреди права на поштовање породичног живота, разматраћемо случајеве пред ЕСЉП у којима је деловање домаћих власти поставило питање повреде права на поштовање породичног живота.³⁵²

Неспровођење привремене мере о предаји деце и одлуке о вршењу родитељског права услед снажног противљења деце, уз примену новчаних казни и принудних мера против родитеља, не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

³⁵² Видети, М. Драшкић, Усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права у односу на члан 8 Европске конвенције, у С. Лилић, Правни капацитет Србије за европске интеграције, Београд, 2006, стр. 64-111.

У случају *Дамњановић против Србије*,³⁵³ ЕСЈП је нашао да државе имају позитивне обавезе да омогуће поновно спајање родитеља и деце. Такође, примена принудних мера, иако није пожељна, не искључује се уколико родитељ код кога деца живе поступа противзаконито. Суд је нашао да привремена мера није извршена у периоду од две године, као ни каснија пресуда о додељивању родитељског права. Међутим, непримењивање је резултат трајног и чврстог противљења деце. Домаће власти су новчано кажњавале оца и два пута силом покушавале да изврше одлуку, али без успеха. Према виђењу Суда, и сама подносиатељка је одустала од принудног одузимања деце услед њиховог противљења. Стога, Суд је нашао да је домаћа држава предузела све неопходне мере и да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Пропуст примене принудних мера против родитеља који онемогућава контакт детета и другог родитеља повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

³⁵³ *Damjanović v Serbia*, пред. бр. 5222/07, пресуда од 18. новембра 2008. године. Подносиатељка је српска држављанка рођена 1967. године, која је 1995. године закључила брак са супругом са којим има двоје деце рођене 1996. и 1998. године. Она је у априлу 2003. године поднела тужбу за развод брака и тражила привремено вршење родитељског права. Деца су најпре била са мајком, али су од августа 2003. године живела са оцем. Суд је у августу 2004. године, након неколико усвојених жалби мајке, одлучио да се усвоји привремена мера и деца предају мајци. Домаће власти су уз присуство полиције везали оца и покушали извршење пресуде, али су се деца томе снажно противила, ухватила се за оца, тако да се одустало од предаје деце. У децембру 2004. године подносиатељки је додељено родитељско право а оцу право на контакт са децом. Мајка је у априлу 2005. поново захтевала извршење одлуке. Суд је, такође, новчано кажњавао оца неколико пута, али до предаје деце није дошло. Наредне три године није била могућа предаја деце, с обзиром на то да су се отац и деца противили томе, а налаз центра за социјални рад је сматрао да предаја деце треба да буде постепена. Деца су током 2008. године неколико пута пред судом изјавила да желе да имају контакт са мајком, али да остану да живе са оцем. Подносиатељка је услед константног противљења деце одустала да се извржи принудна предаја деце. Деца су наставила да живе са оцем. Подносиатељка се жалила да је неспровођење привремене мере и одлуке о вршењу родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

У случају *Фелбаб против Србије*,³⁵⁴ Суд је приметно да одлука о виђању подносиоца са децом није спроведена пуних седам година. Обавеза је домаће државе да обезбеди поновно спајање родитеља и детета, а адекватност мере цени се брзином њеног спровођења с обзиром на то да протек времена може имати непоправљиве последице на односе детета и родитеља који не живи са дететом. Домаћи суд је пропустио да примени принудне мере против мајке, иако се она изричито противила контакту оца са децом.

У случају *Кривошеј против Србије*,³⁵⁵ Суд је навео да је контакт детета и родитеља основни елемент породичног живота. Одлука о контакту мајке са дететом из 2002. године никада није у потпуности спроведена. Иако је суд новчано казнио оца, та казна никада није наплаћена, а додатно, од 2004. до 2008. године нису предузете никакве принудне мере против оца који очигледно није хтео да сарађује и покушао је да прикрије нову адресу. Домаћим властима је требало више од две године да утврде нову адресу оца и детета. Иако је мајка повремено, до септембра 2007. године виђала дете, након тога она није нити једном видела дете. ЕСЉП је закључио да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

³⁵⁴ *Felbab v Serbia*, пред. бр. 14011/07, пресуда од 14. априла 2009. године. Подносилац је држављанин Србије рођен 1969. године који је 1992. године закључио брак са супругом са којом има двоје деце рођене 1993. и 1994. године. У априлу 1998. године, супруга је напустила породични дом и деца су остала са оцем. У августу 1999. године подносилац је поднео тужбу за развод брака, вршење родитељског права и издржавање деце. Мајка је у јануару 2000. године задржала децу код себе након једног сусрета са њима. Суд је у јуну 2000. године доделио мајци родитељско право, оцу право на контакт и обавезао га да плаћа издржавање. С обзиром на то да мајка није дозвољавала контакт оца и детета, подносилац је поднео захтев за извршењем дела судске одлуке о праву на контакт. Суд је новчано казнио мајку, али контакт није остварен. У априлу 2005. године подносилац је осуђен за кривично дело недавања издржавања. Центар за социјални рад је утврдио да се контакт није остваривао услед тога што мајка и деца нису сарађивали, да је контакт први пут остварен у јулу 2005. године, да је од априла 2006. године једно дете побегло да живи код подносиоца али да отац има негативан утицај на њега. Накнадно, 2007. године, дете је враћено код мајке. Након развода брака подносилац је поново закључио брак и добио још троје деце. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке о контакту повредило право на поштовање породичног живота.

³⁵⁵ *Krivošej v Serbia*, пред. бр. 42559/08, пресуда од 13. априла 2010. године. Подносиатељка је држављанка Србије рођена 1969. године која је 1993. године закључила брак са супругом и добила дете у фебруару 1994. године. У августу 1999. године подносиатељка је напустила породични дом а дете је остало са оцем. Она је поднела 2000. године тужбу за развод брака и вршење родитељског права. Суд је у октобру 2002. године развео брак, доделио вршење родитељског права оцу, одредио да мајка плаћа издржавање за дете и да има право на контакт са дететом. С обзиром на то да је отац одбио да дозволи контакт мајке и детета, домаћи судови су изrekli новчане казне против оца и претње за примену принудних мера. Ипак, подносиатељка од 2007. до 2009. године није видела дете, стога што се отац одселио са дететом и није обавестио мајку о новој адреси. Подносиатељка се жалила да је неспровођење одлуке о контакту са дететом повредило њено право на поштовање породичног живота.

Пропуст да се донесе одлука о утврђивању очинства на основу чињенице да мушкарац одбија у дужем временском периоду да спроведе ДНК анализу, представља повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Јевремовић против Србије*,³⁵⁶ Суд је навео да утврђивање односа детета са биолошким оцем спада у приватни живот појединца. Иако по домаћем праву не постоји могућност принуђивања особе да изврши ДНК анализу, домаће власти су могле донети одлуку по сопственом дискреционом праву, на основу константног одбијања туженог да се подвргне ДНК анализи. Државе чланице имају различита решења у случају одбијања наводног оца да се подвргне тесту за утврђивање очинства - новчане казне, притвор, доношење пресуде о утврђивању очинства, кривично гоњење. Стога, решење домаћег права којим не постоји начин да се мушкарац принуди да изврши ДНК тест, није противно члану 8. Међутим, интерес појединца у том случају, тачније најбољи интерес детета да се осигура сазнање порекла, мора бити заштићен на други начин. ЕСЈП налази да није постигнута равнотежа између права детета да се неизвесност по питању идентитета отклони без непотребног одлагања и права наводног оца да се не подвргне ДНК анализи. Дужина поступка од седам година оставила је дете у стању продужене неизвесности у погледу порекла у односу на оца, чиме је повређено њено право на поштовање приватног живота.

Неспровођење пресуде о вршењу родитељског права повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

³⁵⁶ *Jevremović v Serbia*, пред. бр. 3150/05, пресуда од 17. јула 2007. године. Подносиоци су држављани Србије, мајка и њено ванбрачно дете рођено 1999. године. У јуну 1999. године они су покренули тужбу за утврђивање очинства против наводног оца детета. Тужени је избегавао појављивање на суду и вршење ДНК анализе. Вештачењем крви је утврђена велика вероватноћа да је тај мушкарац отац детета. На основу тога, суд је у фебруару 2002. године донео пресуду о утврђивању очинства. Окружни суд је укинуо ову пресуду на основу тога што није извршена ДНК анализа. Међутим, тужени се поново није одазивао на позиве да се спроведе ДНК анализа. У новембру 2003. године донета је пресуда о утврђивању очинства, међутим Окружни суд је 2004. године поново укинуо ову одлуку. У јулу 2006. године суд доноси по трећи пут пресуду којом се утврђује да је тужени отац детета и одређује висину издржавања за дете. Подносиоци су се жалили да је дужина поступка довела до продужене неизвесности поводом порекла детета у односу на оца, чиме је повређен члан 8. Конвенције.

У случају *Томић против Србије*,³⁵⁷ ЕСЉП је најпре истакао да члан 8. подразумева позитивну обавезу државе да спроведе мере које ће омогућити поновно спајање родитеља и детета. Односи родитеља и детета не могу да се одређују само на основу пуког протекла времена. Пресуда о поверавању детета подносиоцима, упркос новчаним казнама и покушајима принудног извршења, није спроведена пуне две године - дете никада није предато. Суд је, даље, приметио да је било значајних временских периода у којима није било покушаја спровођења одлуке. Домаће власти су дозволиле оцу да искористи правосудни систем до тренутка док се чињенично стање протеклом временом није толико изменило да је било могуће донети измењену одлуку о вршењу родитељског права. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Пропуст разматрања примене принудних мера и спровођење привремене мере о контакту доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

³⁵⁷ *Tomić v Serbia*, пред. бр. 25959/06, пресуда од 26. јуна 2007. године. Подносиоцима је српска држављанка рођена 1973. године. Она је 1998. године закључила брак и исте године добила дете. У фебруару 2001. године мајка се са дететом одселила из породичне куће и поднела тужбу за развод брака и вршење родитељског права. Међутим дете је од јуна 2001. године поново живело са оцем. У фебруару 2004. године суд је доделио вршење родитељског права мајци. Она је следећег месеца тражила извршење одлуке, а суд је одредио да ће отац бити кажњен ако не преда дете, као и да ће дете бити принудно одузето. Ипак, судски експерт је нашао да није у интересу детета да буде присилно одузето од оца. Од марта 2005. године подносиоцима није имала никакав контакт са дететом. Током 2005. и 2006. године, суд је више пута новчано казнио оца и покушано је принудно одузимање детета уз присуство полиције али је дете сакривано и није дошло до предаје. У новом поступку за вршење родитељског права, који је покренуо отац у децембру 2006. године, на основу предлога центра за социјални рад да би промена средине за дете била трауматична, суд је донео одлуку да се дете повери оцу. Дете је изјавило да жели да живи са оцем. Мајка се у међувремену поново удала и добила ново дете. Подносиоцима се жалила да је недовољном одлуком о вршењу родитељског права онемогућена да има контакт са дететом, чиме је повређено њено право на поштовање породичног живота.

У случају *V.A.M. против Србије*,³⁵⁸ Суд је навео да узајамно уживање контакта родитеља и детета представља суштински елемент породичног живота. Родитељи имају, према члану 8. Конвенције, право да буду предузети кораци да се поново споје са својим дететом. Суд је приметио да домаће власти нису искористиле све могућности да оцу доставе судске позиве. Чак је подносиатељка достављала адресе туженог, а на то није била обавезна. Иако је домаћи суд покушао током 2004. и 2005. године да изврши одлуку о контакту, након 2006. године није покушано даље извршење. Упркос томе што предузимање принудних мера није пожељно, њихова примена није искључена када родитељ одбија да сарађује у вршењу родитељског права и остваривању контакта детета и другог родитеља. У складу са тиме, домаћи суд није чак ни размотрио примену принудних мера против оца. ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота, с обзиром на то да нису предузете све неопходне мере да се спроведе одлука о контакту подносиатељке са дететом.

Родитељ има обавезу да иницира спровођење привремене мере контакта са дететом. Потребно је да протекне дужи временски период (од пет месеци) да би неизвршење довело до повреде права на поштовање породичног живота. Несарадња родитеља са социјалном службом у поступку остваривања контакта са дететом повлачи да нема повреде члана 8.

³⁵⁸ *V.A.M. v Serbia*, пред. бр. 39177/05, пресуда од 13. марта 2007. године. Подносиатељка је српска држављанка која је 1994. године закључила брака са супругом са којим је добила дете следеће године. Супруг је напустио брачну заједницу у августу 1998. године и одвео дете са собом. У фебруару 1999. године подносиатељка је поднела тужбу за развод брака и вршење родитељског права, као и привремену меру за остваривањем контакта са дететом. Установљено је она болује од ХИВ вируса. У јулу 1999. године, суд је усвојио привремену меру и одредио да мајка има право на контакт са дететом. Тужени је избегавао да се одазове судским позивима и тек му је у новембру 2005. године достављена тужба. Извршење привремене мере је покушавано све до 2005. године, али без успеха. Извештај медицинске установе је навео да нема разлога да се подносиатељки не додели вршење родитељског права. У јуну 2006. године, суд је доделио вршење родитељског права мајци наводећи да је она посвећен родитељ и да њено здравствено стање не угрожава интересе детета. Оцу је наређено да преда дете мајци, међутим он је то одбио. Подносиатељка се жалила да јој није омогућено да оствари контакт са дететом и да је тиме повређено право на поштовање породичног живота.

У случају *Вељков против Србије*,³⁵⁹ ЕСЉП је навео да обавеза домаћих власти да омогуће спајање детета и родитеља није безусловна, с обзиром на то да поновно спајање детета које одређено време није живело са родитељем захтева припремне мере. Адекватност мере цени се на основу брзине њеног спровођења, пошто протек времена може имати неповратне последице на личне односе родитеља и детета. Домаће власти су одмах након захтева мајке донеле привремену меру и покушале да прилагоде план одвијања контакта са дететом које се протеком времена отуђило од мајке, али се подносиатељка није прилагодила таквом плану. Решење о привременој мери није извршено пет месеци. Суд констатује да подносиатељка није иницирала извршење друге привремене мере у дужем периоду, нити је тражила одвијање контакта, а чим је то затражила, центар за социјали рад је организовао сусрете са дететом у заштићеној средини и под надзором. Суд констатује да су домаће власти предузеле све мере да омогуће одвијање контакта мајке и детета и да, стога, није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Једна од хипотеза нашег рада, да право на поштовање породичног живота постоји само *inter vivos* и да представља право које у себи садржи однос између два члана породице, озбиљно је оспорена пресудом ЕСЉП у случају *Јовановић против Србије*.³⁶⁰ Суд је нашао да је право на поштовање породичног живота мајке повређено тиме што у периоду од када је родила дете 1983. године, до 2002. године, није добила никакве информације о судбини њеног новорођеног детета за које јој је речено да је преминуло три дана након порођаја. Мајци није дато да види дете нити јој је омогућено да добије увид у обдукцију. Званично није утврђено да је дете преминуло. Она је сматрала да је њено, као и друга деца, на тај начин одузета и дата на усвојење у стране државе. Констатовано је да је позитивна обавеза државе да се утврди судбина несталих особа, у овом случају

³⁵⁹ *Veljkov v Serbia*, пред. бр. 23087/07, пресуда од 19. априла 2011. године. Подносиатељка, српска држављанка рођена 1958. године, живела је у ванбрачној заједници од 2001. године са мушкарцем са којим има дете рођено 2002. године. Подносиатељка се у фебруару 2006. године одселила из заједничког дома и поднела тужбу за вршење родитељског права. Дете је остало да живи са оцем. Суд је на захтев мајке у јуну 2006. године усвојио захтев за привременом мером одвијања контакта са дететом. У децембру 2006. године, одређена је нова, измењена привремена мера о контакту мајке и детета. У мају 2007. године суд је привремено доделио вршење родитељског права оцу. Суд је у децембру 2007. године усвојио меру заштите од насиља у породици и забранио оцу да се приближава подносиатељки. Подносиатељка се жалила да је несповођење привремене мере о контакту са дететом повредило право на поштовање породичног живота.

³⁶⁰ *Jovanović v Serbia*, пред. бр. 21794/08, пресуда од 26. марта 2013. године.

новорођених беба, посебно јер су се накнадно открили бројни слични случајеви. Не слажемо се са оваквим ставом Суда и сматрамо да у недостатку детета подносиољке, предмет повреде може бити само право на поштовање приватног живота. Након што је дете преминуло, не постоји више родитељско право, а самим тим ни право на поштовање породичног живота. Дакле, слажемо се да је требало утврдити повреду, али права на поштовање приватног, не и породичног живота. Међутим, под претпоставком да нема података да је дете заиста преминуло, могуће је приклонити се аргументацији да је утврђена повреда на поштовање породичног живота, фикцијом да је дете живо, али да мајка не зна где се оно налази.

Родитељско право представља најчешћу област породичног права у којој је Србија одговорна за повреду права својих грађана, поводом права на поштовање породичног живота. У највећем делу, Србија је пропустом да њени органи примене принудне мере против родитеља који спречава контакт између детета и другог родитеља повређивала право на поштовање породичног живота. Обавеза се не састоји само у примени већ изречених мера, већ и у разматрању одређивања принудних мера од стране суда. Одговорност се огледала и у случају неизвршења пресуде о вршењу родитељског права. За утврђивање повреде потребно је да и поред активног деловања родитеља, државни органи нису предузели адекватне мере да би се омогућило одвијање контакта између детета и другог родитеља. Уколико родитељ није сарађивао са социјалном службом, на њему је одговорност неспровођења права на контакт. Наши судови су обавезни да донесу пресуду о утврђивању порекла детета у односу на оца, уважавајући чињеницу да тужени мушкарац у дужем временском периоду константно одбија да се изврши ДНК анализа.

Посматране повреде указују да се, пре свега, ради о пропустима извршења донетих мера и пресуда - остваривања права родитеља на контакт, те да нема озбиљних материјалноправних несагласности домаћег породичног законодавства са Конвенцијом.

Глава III

Порекло детета

1. Претходна питања за утврђивање порекла детета

1.1. Нови појам (биолошког) сродства

Пре него што започнемо са разматрањем праксе ЕСЉП у областима утврђивања и оспоравања порекла детета, изнећемо напомене о променама које су довеле до проширења круга особа које се могу сматрати родитељима.

У традиционалном схватању стицања правног статуса родитеља главна чињеница била је сродство, пре свега биолошко сродство. Са киме је једна особа (дете) у сродству више се не посматра само из биолошке перспективе, већ се узимају у обзир и други, првенствено социјални критеријуми - са ким дете проводи највише времена, ко се брине о детету и ко васпитава дете, ко се налази у близини детета (места пребивалишта или боравишта). Према извесним схватањима у савременој породичноправној теорији, емотивни, социолошки, психолошки и културни аспекти сродства преовладавају над биолошким.³⁶¹

Појам природног, биолошког (родитеља) у супротности је са културним појмом родитеља. Природни (биолошки) и културни (социолошки) аспект се у области утврђивања порекла детета и стварања правне везе међусобно

³⁶¹ C. Smart, *Making Kin: Relationality and Law*, у A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 8. Нови појам сродства уважава чињеницу односа (релације), а не везује се више за особу, постаје деперсонализован. Стога и појам сродства обухвата праксу односа, схвата се као динамичан а не статичан концепт. Иако, *prima facie*, овај начин уважавања односа има својих предности у погледу онога што се чини за одређену особу (дете), а не везује се за статус, постоје и извесне опасности. Ако се прихвати да право уважава систем сродства на основу социјалних, културних веза, то је нешто што ће бити реалност одређеног временског периода. Претпоставимо да се одређено време неко лице стара о детету и на основу тога стекне правни статус родитеља, независно од биолошке везе детета са другим особама, али након одређеног времена престане социјална веза тог лица и детета. Да ли то значи и да престаје правна веза детета и тог лица? Да ли се аутоматски активира биолошко сродство као критеријум? Друкчије, поставља се питање да ли само вољни елемент, независно од биолошког критеријума треба да буде правно релевантан за стицање статуса родитеља? Не сматрамо да само право, схваћено као нормативни систем, може ефикасно да одговори на сталне друштвене и културне промене. Према нашем схватању, питање стицања статуса родитељства у праву претходно је условљено питањем поимања сродства као статуса или сродства као околности. Да се родитељство не исцрпљује у потпуности постојањем биолошке везе детета и родитеља, R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 42.

искључују.³⁶² Сложеност се јавља имајући у виду да се породица сматра уједно и биолошком и културном категоријом.³⁶³ Сродством се сматра процес у коме једна особа постаје повезана са одређеном, другом особом, или обратно, процес престанка повезаности једне са другом особом.³⁶⁴

Људи постају сродници кроз заједнички живот и заједничко обедовање.³⁶⁵ Сродство се у овој аргументацији идентификује културним, а не биолошким аспектом. Ипак, приметно је да се појам сродства у савремено доба помера од статусног ка функционалном приступу. Биолошки, некад искључиви појам сродства, замењује културни појам сродства чиме се јавља захтев за дубоким променама у многим областима породичног права - утврђивању родитељства, личним односима детета и родитеља, личним односима између (других) сродника и детета, обавези издржавања детета, обавези издржавања између сродника.³⁶⁶ Потреба новог схватања појма сродства захтева и новелирање одредби о правима и обавезама које произлазе из сродства.³⁶⁷ Ако се сродство узме као претходни појам за формирање породице, тада се захтева и редефинисање одредби које регулишу односе унутар породице.

У чему се уопште огледа значај сродства? Утврђено је да људи показују већи степен пожртвовања за особе са којима су у сродству - пренето на поље права, показују већи степен одговорности за блиске сроднике у односу на даље сроднике, или посматрано у односу на неког са ким нису у сродству.³⁶⁸ Теорија крвног (биолошког) сродства показује да људска бића улажу више напора у одгајање оних особа са којима су крвно (биолошки) повезани.³⁶⁹ И то важи не

³⁶² О сукобу биолошког и социјалног концепта родитељства у Француској, К. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 175.

³⁶³ M. M. Ertman, *Private Ordering under the ALI Principles: As Natural as Status*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 284.

³⁶⁴ C. Smart, *Changing Commitments: A Study of Close Kin after Divorce in England*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 139.

³⁶⁵ D. Cere, *Toward an Integrative Account of Parenthood*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 26.

³⁶⁶ С тим у вези, јавља се питање како ће се рачунати и одредити степен сродства детета са другим сродницима, ако не на основу биолошког критеријума.

³⁶⁷ P. Galea, *Grandparenting and Extended-Family Support: The Silent Generation*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 3/2012, Buffalo, стр. 286.

³⁶⁸ D. Cere, *Toward an Integrative Account of Parenthood*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 27.

³⁶⁹ Супротне ставове поводом примата социолошког или биолошког критеријума, и одгајању детета од стране биолошке породице или друштва, имамо још у античко доба код Аристотела и Платона, D. Browning, *Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child*,

само из аспекта биолошког, већ и социолошког појма сродства - имајући у виду праксу ЕСЉП који сматра, да што је даљи однос између крвних сродника то је мање вероватно да ће држава имати обавезу да поштује тај однос кроз право на поштовање породичног живота, те ће лакше доћи до мешања државе у тај породични однос.³⁷⁰ Код биолошког појма сродства, близина или удаљеност одређеног породичног односа цени се на основу чврстог критеријума крвног сродства, што би умногоме било отежано уколико би се узео неки други појам сродства, попут социолошког или психолошког сродства.

Указује се да проширење дефиниције родитеља и могућност добијања дела родитељских права за одређене особе доводи до угрожавања уставних права биолошких родитеља и усвојитеља.³⁷¹ Налазимо да биолошко сродство треба да остане начин деривације родитељског права, иако право не треба да буде затворено за различите начине одржавања личних односа детета и особа које (*de facto*) врше родитељске функције.

1.2. Императив извесности родитељства

Зашто се инсистира на извесности поуздања у чињеницу родитељства? Аргументује се тиме што легитимацијом једне особе у односу на све остале, као носиоца родитељског права, та особа стиче рођењем детета право да се стара о детету, одговорна је за дете, она ће у најмлађем узрасту детета, пре свих других, доносити одлуке уместо и у корист детета, са развојем детета помагати му у доношењу одлука, све до тренутка док дете не буде способно да само, без помоћи родитеља и других одраслих особа, самостално доноси одлуке. Родитељско право је недељиво. Не може се прихватити одговорност да се храни дете, али не и да се

у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 109. Тако и R. F. Wilson, Undeserved Trust: Reflections on the ALI's Treatment of De Facto Parents, у R. F. Wilson, Reconceiving the Family, Cambridge, 2006, стр. 105. У прилог чињеници да је крвна веза сметња за постојање сексуалног зостављања детета, стоји податак да постоје пет пута веће шансе да очух сексуално зоставља пасторку, него отац ћерку. У Финској је та вероватноћа чак 15 пута већа.

³⁷⁰ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2009, стр. 374.

³⁷¹ D. D. Mayer, Partners, Care Givers, and the Constitutional Substance of Parenthood, у R. F. Wilson, Reconceiving the Family, Cambridge, 2006, стр. 47.

успављује.³⁷² Могуће је нека од овлашћења из садржине родитељског права пренети на неке особе које се фактички старају о детету.³⁷³

Чињеница је да у животу детета постоје више од две особе, поред родитеља, које имају одговорност према њему, које васпитавају дете и обављају (свакодневне) родитељске функције. Питање је само да ли је (и) тим особама могуће у праву признати статус који имају родитељи, као и да ли то повлачи успостављање права и обавеза аналогних правима из садржине родитељског права.

Одвајање родитељства од биолошког критеријума, генетике, доводи до повећања деце без утврђеног очинства.³⁷⁴ Постоје супротна схватања да држава треба да напусти појам биолошке породице и да призна права особама које се фактички старају о детету.³⁷⁵ Генетска основа, за разлику од социјалног,³⁷⁶ функционалног приступа, има знатно мањи степен дискреционе (пр)оцене ко се може сматрати родитељем. Биолошки приступ заснован је на чврстом критеријуму, а његове негативне стране огледају се у немогућности стицања одређених права према детету од стране оних особа које фактички врше родитељске функције. Са друге стране, функционални појам сродства може укључити шири круг особа и тиме признати реалност већ успостављених личних односа *de facto* родитеља са дететом.

Свакако, уколико постоје настојања теорије да утврди реалност да генетска веза не треба бити (искључиви) услов за утврђивање статуса родитеља у праву, намеће се потреба примене неког другог критеријума. Правни вакуум или произвољно тумачење, нити у овој, нити у другим областима породичног права, нису прихватљива решења.

³⁷² Тако и А. Bainham, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 32.

³⁷³ О разликовању између поседовања и вршења родитељског права, К. Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Cristina Gonzales Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen, 2007, стр. 66.

³⁷⁴ J. Shapiro, *Changing Ways, New Tehnologies and the Devaluation of the Genetic Connection to Children*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 94.

³⁷⁵ D. Browning, *Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, NewYork, 2013, стр. 116.

³⁷⁶ О појму социјалног родитељства, J. E. Doek, *The Nuclear Family: Who are the Parents?*, у J. Eekelaar, T. Nhlapo, *The Changing Family Family Forms and Family Law*, Oxford, 1998, стр. 551.

1.3. Ко је родитељ?

Појединци се такмиче - биолошки, правно и социјално за статус родитеља у праву. У савремено доба постало је спорно ко је родитељ.³⁷⁷ Три могућа сценарија се издвајају као могућа за добијање статуса родитеља у праву: генетски родитељ (особа која је повезана са дететом генетском везом), гестациони родитељ (особа која је родила дете и њен супружник или ванбрачни партнер) и социолошки родитељ (особа која непосредно одгаја, васпитава и негује дете). Док је наикада родитељство везивано за биолошку чињеницу, савремене породичне односе карактерише тензија између биолошког, социолошког и правног родитељства.³⁷⁸ Установљени нови образци породичног живота захтевају правне одговоре, те се *restitutio in integrum*, у контексту враћања искључиво биолошком појму сродства, иако потенцијално пожељан, тешко намеће као решење новог дуализма сродства. Док су некада брак и родитељство били повезани појмови, следећи један другог, данас долази до цепања тог јединства и одвајања (ван)брачног права од односа родитеља и деце. Самим тим и стицање статуса родитеља није више везано за брак (сродство). Савремено породично право карактерише стављање акцента, не на форму (брак) већ на чињеницу (родитељство).³⁷⁹

Европски суд за људска права у примени социолошког појма родитеља процењује природу односа између чланова породице (учесталост одржавања личних односа, финансијску и емотивну зависност детета), посебно акцентујући постојање искреног и релацијског породичног живота.³⁸⁰ Не тражи се просто постојање породичне (крвне, биолошке, сродничке) везе, већ конзумирање, и то суштинско, породичног односа на који начин се породични однос преводи у породични живот.

Против примата једног од два облика родитељства говори чињеница дефинисања правних правила која би упоредо са значајем биолошке везе уважила

³⁷⁷ Тако и К. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 137.

³⁷⁸ Муж мајке сматра се оцем детета. Ако је дете зачето путем донације сперматозоида, донор може истицати захтев да буде правно сматран оцем. Уколико се очух понаша као отац и врши функције оца, он, такође, може захтевати да стекне нека или сва права из садржине родитељског права.

³⁷⁹ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 27.

³⁸⁰ H. Stalford, *Concepts of Family Under EU Law - Lessons from the ECHR*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol 16, Issue 3, December 2002, стр. 423.

социјалну компоненту - негу, подршку, васпитање и одгајање детета. Одговор на питање која концепција сродства се сматра доминантном, директно утиче на питање успостављања породичног живота између детета и одређених особа (родитеља), а самим тим и поштовања истог од стране свих осталих (заинтересованих) особа, посебно државе и њених власти. Ради се о колизији „статуса родитељства“ против „функције родитељства“. Крвна веза као критеријум користи се ради правног признања најчешћег животног следа околности. У највећем броју случајева право сматра за родитеље крвне сроднике детета у првом степену праве линије, особе од којих дете директно биолошки потиче, онако како је то у животним околностима. Међутим, ЕСЉП неретко сматра да концепт родитеља обухвата и оне особе које врше функцију родитеља без постојања генетске везе.³⁸¹

Несагласност између биолошког и социјалног види се, такође, у односу ЕСЉП и Европског суда правде. Док ЕСЉП не поклања пажњу искључиво биолошкој вези, већ и постојању личних односа и социјалним елементима,³⁸² као што су посвећеност, нега, заједнички живот, зависност детета, ЕСП искључиво примењује критеријум биолошке (и правне) везе.³⁸³ Први приступ у складу је са друштвеном реалношћу и правичношћу, док је други гарантује примену правне сигурности и извесности. Питање је вековно - чему дати предност правној сигурности или правичности.

Отварањем могућности да особе истог пола закључе брак или заснују животне, регистроване заједнице, партнер биолошког родитеља детета, правном легитимацијом *de facto* родитеља након престанка њихове заједнице, може поставити питање вршења родитељског права.³⁸⁴ Постоје предлози да у свим случајевима сукоба око вршења родитељског права између биолошког родитеља и другог, социјалног родитеља, треба усвојити претпоставку у корист биолошког

³⁸¹ K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 139.

³⁸² Да ЕСЉП већу пажњу поклања социјалној него биолошкој вези, И. Крстић, *Право на поштовање приватног и породичног живота* члан 8. Европске конвенције о људским правима, Београд, 2006, стр. 44.

³⁸³ H. Stalford, *Concepts of Family Under EU Law - Lessons from the ECHR*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol 16, Issue 3, December 2002, стр. 429.

³⁸⁴ *C. v Finland*, пред. бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године.

родитеља, осим ако се докаже да је биолошки родитељ неподобан да врши родитељско право или да родитељско право врши на штету детета.³⁸⁵

Приметно је теоријско (али и законско) увођење нових појмова функционалног родитеља, *de facto* родитеља, психолошког родитеља,³⁸⁶ чиме се део или укупност права из садржине родитељског права може пренети особама које са правне стране нису имала права и обавезе према детету, или су имала само извесна права (право на контакт). Увођење појмова функционалног, *de facto*, психолошког родитеља, аргументује се разноликошћу савременог породичног живота.³⁸⁷ У чему се огледа опасност оваквог проширивања круга субјеката који могу имати део или целину права из садржине родитељског права? *De facto* родитељи и други родитељи могу имати право на контакт са дететом, али са друге стране, одређена права не прате и са њима неодвојиве одговорности, с обзиром на то да биолошки родитељи имају (и даље) искључиву обавезу да издржавају дете.³⁸⁸ Промовисање концепта права без одговорности може довести до конфузије и(ли) сукоба између потенцијалних носиоца дела или целине родитељских права и правних (биолошких) родитеља.

Уколико се као одлучујући критеријум узме интерес детета за стабилношћу, особе које немају биолошку везу са дететом а старају се о њему, у одсуству правне заштите у случају сукоба са правним родитељима, не могу се поуздати у наставак одржавања породичног живота са дететом.³⁸⁹ Социјални родитељ који врши све функције родитеља некада не бива признат као правни родитељ, као што

³⁸⁵ A. Bainham, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 38.

³⁸⁶ Појам психолошког родитеља подразумева да се родитељем сматра она особа коју дете сматра за свог родитеља, R. J. Levy, *Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 70; О психолошком појму родитеља и T. Brown, R. Alexander, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007, стр. 54. Не видимо оправдање за овако радикалан "детецентризам" при утврђивању статуса родитеља.

³⁸⁷ L. C. McClain, *A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 51.

³⁸⁸ Критеријум емотивног односа, бриге и старања над дететом нема примену у одређивању обавезе издржавања детета. Мушкарац који је добио дете без намере концепције, као резултат једног сексуалног односа са мајком детета, има обавезу издржавања детета, иако је могуће да други мушкарац живи са мајком детета (и дететом) и дужи временски период васпитава и негује дете.

³⁸⁹ О сукобу биолошког и правног родитељства у Порторику, G. Jose Bosques Hernandez, *Biological Versus Legal Parenthood Debate in Puerto Rico*, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 284.

ни правни родитељ некада не извршава дужности које захтева социјално, функционално родитељство.

1.4. *De facto* родитељ

De facto родитељем сматра се особа која је уз сагласност родитеља, или без сагласности родитеља али услед неспособности или немогућности родитеља да врши родитељску дужност, обављала родитељске функције у односу на дете у периоду од две године.³⁹⁰ Захтева се постојање три конститутивна елемента за стицање статуса родитеља: брига о детету, постојање пребивалишта детета код особе која се стара о детету и сагласност родитеља детета. Ради се о својеврсном уговорном стицању статуса родитеља. Нешто налик стицању својине одржајем, односно обављањем одређених правних и фактичких радњи у једном временском периоду, упркос откону судова ка идентификацији деце са имовином.³⁹¹ Обавезно је да *ratio* бриге и старања о детету не буде финансијска корист, већ да старање буде мотивисано емотивним разлозима, разлозима у интересу детета. Иако нема прецизирања ко може бити *de facto* родитељ, као *de facto* родитељи искључују се комшије, бекситери као и рођаци који не живе са дететом.³⁹²

Док се традиционално сматрало да су родитељи заштићени од мешања трећих особа у васпитање и подизање деце, проширивање круга субјеката који могу тражити контакт или вршење родитељског права, доводи до ерозије примарног

³⁹⁰ E. B. Brandt, *De Facto Custodians: A Response to the Needs of Informal Kin Caregivers*, *Family Law Quarterly*, Vol. 38, No. 1, Summer 2004, Chicago, стр. 307; D. D. Mayer, *Partners, Care Givers, and the Constitutional Substance of Parenthood*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 51. Овакав приступ Правних принципа за случај распада породице Америчког Института за Право (ALI), за последицу има могућност да дете има три или више родитеља у исто време. Иако примарно негативна појава која може изазвати проблеме, некада постојање више родитеља, посебно у ужим примитивним културним срединама има позитивне ефекте, J. Dewar, *Family Law and Its Discontents*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 66; Ирски Устав не признаје *de facto* породични живот, C. O' Mahony, *Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 1, 2012, стр. 31.

³⁹¹ D. D. Mayer, *Partners, Care Givers, and the Constitutional Substance of Parenthood*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 58.

³⁹² R. F. Wilson, *Undeserved Trust: Reflections on the ALI's Treatment of De Facto Parents*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 94. Занимљиво је да *de facto* родитељ нема обавезу да издржава дете.

права родитеља да се старају о својој деци.³⁹³ Промовисањем права особа које *de facto* врше родитељско право, повећава се улога државе у регулисању права на породични живот. У САД у одређеним случајевима, судови у Масачусетсу и Род Ајленду су се при додели родитељског права приклонили концепту *de facto* родитеља.³⁹⁴

Код заједница хомосексуалних партнера где дете генетски потиче од само једног родитеља, суд након престанка ове заједнице може да одреди права родитеља од кога дете генетски не потиче (само) на основу доктрине *de facto* родитељства.³⁹⁵

1.5. Родитељство уз биомедицинску помоћ

Када се у римском праву повео спор између припадника две велике школе, сабинијанаца и прокулеанаца, да ли је приликом стварања дела битнији рад или материјал, нико од истакнутих представника ових праваца није имао на уму, да ће се неких две хиљаде година касније, водити расправа о истој теми, али са живим производом рада и материјала - децом. Наиме, исто питање као код познатог спора о сопственику произведеног материјалног дела (ствари), поставља се у случају стварања, концепције детета уз биомедицинску помоћ - да ли је родитељ онај који је дао свој генетски материјал или је родитељ онај ко је носио и родио дете.

Да би уопште могло да се говори о личним односима између родитеља и детета потребно је претходно утврдити ко је родитељ детета.³⁹⁶ Како смо навели, промене у медицинским и технолошким наукама довеле су до тога да више од две особе могу бити конкуренти за родитељску функцију у савременом породичном

³⁹³ К. К. Baker, *Asymmetric Parenthood*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 130.

³⁹⁴ R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 3; Међутим о проблемима коришћења концепта *de facto* родитеља и ALI's принципа, К. Boele-Woelki, Т. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerpen, 2008, стр. 36.

³⁹⁵ Т. Brower, *Using Sexual Orientation Demographics to Predict and Harmonize Family Responsibility Transformation*, у С. Lind, Н. Keating, Ј. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 99.

³⁹⁶ Е. Jackson, *What is a Parent?*, у А. Diduck, К. O'Donovan, *Feminist Perspectives on Family Law*, New York, 2006, стр. 59.

праву. Питање се своди на примену биолошког или социјалног родитељства у праву.³⁹⁷

Први забележени случај употребе вештачке оплодње од стране супруга датира још из давне 1790. године, док се асистирана репродукција од стране донора бележи након једног века. Иако су правни проблеми везани за вештачку оплодњу карактеристика последњих 30-ак година, клинике у Великој Британији су још током 30-их година XX века пружале услуге вештачке оплодње. Прва беба путем донације сперматозоида рођена је 1978. године,³⁹⁸ а прва беба донацијом јајне ћелије 1984. године.³⁹⁹

Начелно, донори генетског материјала немају ни права, ни обавезе према деци рођеној на овај начин, нити право да знају да ли су деца рођена. Аргументи о праву детета да зна своје порекло аналогни су онима о праву детета да зна да је усвојено и свде се на право на сазнање биолошког идентитета, као што је то случај са верским или националним идентитетом. Тајност података о зачећу биомедицинским путем правда се заштитом породице од сазнања околине о стерилности члан(ов)а породице и зачећу детета биомедицинским путем.

Једно од основних начела код донације генетског материјала огледа се у анонимности донора.⁴⁰⁰ Применом тог начела директно се онемогућава дете да сазна истину о свом биолошком пореклу. На тај начин деца зачета путем донације генетског материјала постају „генетски сирочићи.“⁴⁰¹ Такво решење је у супротности са Конвенцијом о правима детета која изричито предвиђа право

³⁹⁷ K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerpen, 2008, стр. 109.

³⁹⁸ D. Chambers, *A Sociology of Family Life Change and Diversity in Intimate Relations*, Cambridge, 2012, стр. 155.

³⁹⁹ M. Richards, *Assisted Reproduction and Parental Responsibility*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 302. Некада се оплодња у случају стерилности мужа обављала пре сексуалног односа супружника, те се тако, мешањем генетских материјала мушкараца, покушало доћи до генетског потомства социјалног оца.

⁴⁰⁰ J. Lee, *Sperm Donor Anonymity: A Call for Legislative Reform*, *Canadian Family Law Quarterly*, Vol. 33, Num. 1, March 2014, Ontario, стр. 3, о дебати да ли треба задржати или укинути правило о анонимности донора. Када се разматра намера донора да успоставе личне односе са дететом које генетски потиче од њих, постоје различита истраживања. Ако су то млађе особе без деце, оне нису претерано заинтересоване да утврде истину о деци зачетој њиховим генетским материјалом, али када су у питању старији мушкарци који већ имају своју децу, они могу изразити жељу да сазнају истину о деци рођеној употребом њиховог генетског материјала и тако успоставе породични живот, M. Richards, *Assisted Reproduction and Parental Responsibility*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 307.

⁴⁰¹ M. Somerville, *Children's Human Rights to Natural Biological Origins and Family Structure*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 1/2010, Buffalo, стр. 41.

детета да сазна своје порекло као једно од основних права детета.⁴⁰² У неким државама попут Норвешке и Холандије у којима је укинуто правило о анонимности донора, дошло је до смањења броја особа које донирају свој генетски материјал.⁴⁰³ У Шведској када дете постане пунолетно може да затражи податке о биолошком оцу који је донирао генетски материјал.

Супротстављеност савремених тенденција породичног права манифестује се у поређењу усвојења и утврђивања родитељства. Док се код усвојења примењује правило да супружници немају право на дете, већ дете има право на породичну заштиту, код заснивања родитељства уз биомедицинску помоћ у пуној мери се примењује принцип да одрасле особе имају право на дете, право на потомство.⁴⁰⁴ Омогућавањем техника биомедицински потпомогнутог оплођења, а посебно сурогат материнства, усвојење као вековни институт породичног права постаје маргинализовано.

Традиционални начин зачећа детета сексуалним путем није узимао у обзир намеру при утврђивању статуса родитеља у праву. Савремени начини донације генетских ћелија и ембриона показују да је за стицање статуса родитеља у праву битнија намера стварања детета у односу на саму чињеницу биолошког зачећа и рођења.⁴⁰⁵ Код техника биомедицинског оплођења сексуални односи постају ирелевантни за стицање статуса родитеља.

Логика *de facto* родитеља омогућава да се супружници детета рођеног уз помоћ сурогат материнства, иако ниједно од њих нема биолошку везу са дететом, сматрају правним родитељима детета, са образложењем да су (и они) имали намеру да добију дете. Овакав начин стицања родитељског права у потпуности подређује правно-биолошко родитељство, социолошко-функционалном

⁴⁰² Устав Србије, "Сл. гласник Републике Србије", бр. 98/2006, у члану 64. ст. 2. предвиђа право детета да сазна своје порекло: "Свако дете има право на лично име, упис у матичну књигу рођених, право да сазна своје порекло и право да очува свој идентитет." О томе, L. D. Wardle, *The Jurisprudence of Parenting and the Influence of Religion on Effective Parenting*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2/2011, Buffalo, стр. 447.

⁴⁰³ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 197. У Енглеској је правило о анонимности донора укинуто 2005. године, D. Chambers, *A Sociology of Family Life Change and Diversity in Intimate Relations*, Cambridge, 2012, стр. 162.

⁴⁰⁴ L. C. McClain, *A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 46.

⁴⁰⁵ О томе, I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code*, Antwerpen, 2006, стр. 98.

родитељству.⁴⁰⁶ Негативне стране коришћења техника биомедицинског оплођења огледају се у подацима да су донација сперматозоида и донација јајних ћелија постале индустријска, материјална делатност у САД.⁴⁰⁷

2. Материнство

Након уводних напомена о променама које су условиле да се традиционални начин стицања родитеља прошири, приступамо анализи одлука ЕСЉП у материји порекла детета. Грађа ће бити обрађивана у складу са појмовима материнства и очинства. Логично и последично са везивањем статуса оца за његов брак са мајком детета, знатно су сложенији услови које ЕСЉП захтева за постојање породичног живота између детета и оца, у односу на постојање породичног живота између мајке и детета.

2.1. Утврђивање материнства

Материнство није (било) спорно? Вековну максиму римског права *Mater semper certa est*, савремена медицинска, а затим и правна наука, успеле су да ставе под знак питања. Примена ове претпоставке има директан утицај на настанак породичног живота између мајке и детета, а самим тим, и на правну заштиту породичног живота посредством права на поштовање породичног живота.⁴⁰⁸ Истиче се да постоје два начина за утврђивање материнства: рођење детета и признање детета за своје независно од постојања биолошке везе са дететом.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ D. D. Mayer, Partners, Care Givers, and the Constitutional Substance of parenthood, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 53. На тај начин су партнери биолошких родитеља детета у истополним заједницама стицали родитељско право. Видети случајеве, *Elisa B v. Superior Court* 117 P. 3d 660 (Cal. 2005); *A.B. v. S.B.* 818 N.E. 2d 126 (Ind. App. 2004); *In re Parentage of L.B.* 122 P. 3d 161 (Wash. 2005). Такође, и очух који се старао о пасторци може, без усвојења пасторке, стећи родитељско право, *Young v. Young* 845 A. 2d 1144 (Me. 2004).

⁴⁰⁷ J. Shapiro, *Changing Ways, New Tehnologies and the Devaluation of the Genetic Connection to Children*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 86.

⁴⁰⁸ О примени максиме *Mater semper certa est* у немачком праву, видети, K-U. Harnisch, *Babyklappe und anonyme Geburt Eine kritische Bestandsaufnahme im Kontext gegenwärtiger Reformvorschläge*, Tectum Verlag Marburg, 2009, стр. 21; Takode, K. O'Donovan, "Real" Mothers for Abandoned Children, у S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 220.

⁴⁰⁹ C. Forder, K. Saarloos, *The Establishment of Parenthood: Story of Successful Convergence?*, Maastricht, 2007, стр. 7. Систем признања материнства постоји у француском и холандском праву.

2.1.1. Брачно материнство

Дужина трајања трудноће и напор око рођења детета доводе до посебне повезаности између гестационе мајке и детета.⁴¹⁰ Правна веза мајке и детета успоставља се, по правилу, самим рођењем детета, те тако и право на поштовање породичног живота. Не траже се додатни услови, као нпр. код очинства, када се успостављање породичног живота оца и детета може ценити и на основу понашања оца након рођења детета, заједничког живота оца са мајком или дететом, квалитета и квантитета личних односа оца са мајком детета.⁴¹¹ Међутим, правила о донаторству јајне ћелије, сурогат материнству, као и анонимном порођају, одлажу или спречавају настанак права на поштовање породичног живота између мајке и детета од тренутка рођења детета. То се чини тиме што се као правило узима да мајка детета није увек жена која је родила дете или да чињеница рођења детета доводи, не до настанка, већ до престанка права на поштовање породичног живота мајке.

2.1.2. Ванбрачно материнство

У односу на претходна времена када се највећи број деце рађао у оквиру брачних заједница, данас брак више није искључива форма у којој настају деца. Више од 40% деце у САД не рађа се у брачним заједницама.⁴¹² Рођење детета у ванбрачној заједници повлачи другачија правила за утврђивање правног статуса једног родитеља (оца) у односу на дете. Са друге стране, деца рођена у ванбрачним заједницама стичу иста права према родитељима, као и деца рођена у браку. Рођење детета у ванбрачној заједници некада имплицира краћи период за

⁴¹⁰ Између биолошког материнства и биолошког очинства постоје значајне разлике - чврста биолошка веза између мајке и детета ствара и јачу социјалну везу између њих, В. Steinbock, *Defining Parenthood*, у М. Freeman, *Children's Health and Children's Rights*, Boston, 2006, стр. 205.

⁴¹¹ R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 43.

⁴¹² E. Marquardt, *Integrating the Needs and Desires of Woman, Man and the Children Their Unions Produce*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 321. Рођење детета у ванбрачној заједници не утиче на стабилност заједнице, М. Garrison, *Marriage Matters: What's Wrong with the ALI's Domestic partnership Proposal*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 312.

утврђивање постојања ванбрачне заједнице у односу на утврђивање постојања ванбрачне заједнице без деце.⁴¹³

Према ставу ЕСЉП, нема разликовања по питању утврђивања порекла детета од стране мајке, без обзира на то да ли је мајка родила дете у браку или изван брака.

ЕСЉП се изјаснио поводом утврђивања порекла детета рођеног од стране мајке која није била у браку. Пре више од тридесет пет година, у пресуди *Marckx против Белгије*,⁴¹⁴ установљено је да утврђивање биолошког порекла детета од стране мајке представља предуслов за уживање породичног живота. Услов за гарантовање права на поштовање породичног живота је аутоматско превођење биолошке у правну везу између мајке и детета одмах након рођења. Резултат пресуде у случају *Marckx* је да државе имају обавезу да успоставе правила да се порекло детета од стране мајке утврди без обзира на брачни статус мајке. Европски суд за људска права је истакао да право на поштовање породичног живота подједнако подразумева брачне и ванбрачне заједнице. Члан 8. не прави разлику између брачне и ванбрачне породице. Тиме је ЕСЉП одређену (ванбрачну) форму заједничког живота две особе различитог пола признао као породичну. Сама чињеница рођења детета ствара право на поштовање породичног живота између мајке и детета. Породични живот између мајке и детета постоји самим рођењем детета независно од брачног статуса мајке.⁴¹⁵ Немогућност утврђивања ванбрачног материнства самом чињеницом рођења, на исти начин као што се то чини код брачног материнства, довело је до повреде права на поштовање породичног живота. Рођењем ванбрачног детета, биолошка веза између мајке и детета постаје правна веза, што је услов за постојање права на

⁴¹³ E. S. Scott, *Domestic Partnership, Implied Contracts, and Law Reform*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 338.

⁴¹⁴ *Marckx v Belgium*, пред. бр. 6833/74, пресуда од 13. јуна 1979. године. Подносиатељке су биле белгијске држављанке, мајка Паула Маркс и њена ћерка Александра Маркс која је рођена у ванбрачној заједници 1973. године. С обзиром на то да белгијско право није предвиђало да се материнство ванбрачног детета утврђивало самим рођењем, мајка је 1974. године усвојила своју ванбрачну ћерку. За разлику од брачне мајке, ванбрачна мајка требала је да да изјаву о потврђивању свог материнства. И поред признања, ванбрачно дете није имало иста наследна права према мајци и њеним крвним сродницима, као што је то имало брачно дете. Подносиатељке су се жалиле да је право на поштовање њиховог породичног живота повређено тиме што се чињеницом рођења није успоставила правна веза између њих. О томе и P. Booth, "It's a Wise Man (Sic) who Knows His Own Father..." - Fatherhood's "Human Right" Recognised: The Unmarried Father and English Law, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 104.

⁴¹⁵ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 485.

поштовање породичног живота између ванбрачне мајке и детета.⁴¹⁶ У случају *Marckx против Белгије* постављен је принцип да не сме постојати разлика између брачног и ванбрачног статуса детета.⁴¹⁷ Право на поштовање породичног живота у складу са чланом 8. ЕКЉП није ограничено само на породичне односе засноване на браку. ЕСЉП је истакао да заштита традиционалних породичних облика представљала легитиман циљ, али да то не треба да доведе до предрасуда према ванбрачним породичним заједницама.⁴¹⁸ Чланови ванбрачне породице уживају, на истој основи, гаранције из члана 8. ЕКЉП, а посебно се то односи на невенчану мајку и њено дете, ванбрачног оца и дете, као и на однос ванбрачне деце са бабом и дедом.⁴¹⁹ Сматрамо да је Суд требало да утврди повреду права на поштовање породичног живота и у потпуности се приклањамо ставу да приликом утврђивања материнства не треба да постоје разлике између брачне и ванбрачне деце. Сматрамо да породични живот постоји, како у браку, тако и у ванбрачним заједницама.

За разлику од очинства, право на поштовање породичног живота између мајке и детета постоји независно од брачног статуса мајке. Сама чињеница рођења успоставља лични однос између ванбрачне мајке и њеног детета и конституише породични живот.⁴²⁰ Међутим, као што ћемо видети, (и) од овог правила у савременом породичном праву постоји више изузетака.

⁴¹⁶ О овој пресуди, G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 118; G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998, стр. 125.

⁴¹⁷ ЕСЉП се у пресуди позвао на постојање заједничког става држава чланица поводом равноправног статуса брачне и ванбрачне деце, али није дао објашњење како се долази до заједничког става (*common ground*), G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, стр. 78.

⁴¹⁸ О променама поводом признања статуса ванбрачног детета у белгијском праву, J. Sosson, *Recent Evolutions (Revolutions) in Belgian Family Law*, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 59.

⁴¹⁹ О овом случају и M. Antokolskaia, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, стр. 358; P. Booth, "It's a Wise Man (Sic) who Knows His Own Father... " - Fatherhood's "Human Right" Recognised: The Unmarried Father and English Law, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 105.

⁴²⁰ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, стр. 373.

2.1.2.1. Одбијање мајке да призна дете

Одбијање мајке да, најпре, призна дете за своје, а накнадно и да одржава личне односе са дететом, услед чега је оцу додељено вршење родитељског права, не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

Случај *R. F. против Италије*,⁴²¹ изузетно је драгоцен с обзиром на то да у пракси ЕСЉП није било много случајева везаних за признање (утврђивање) материнства.⁴²² ЕСЉП је навео да је мешање у породични живот подносиоце било засновано на закону и у довољној мери предвидиво. Циљ мешања у породични живот је био заштита интереса детета и његовог менталног развоја. Иако је одржавање контакта између мајке и детета делимично онемогућено опструкцијом бабе и деде детета по оцу, утврђено је, најпре, да мајка није признала дете, да није тражила контакт са дететом, да је одбијала да присуствује унапред заказаним састанцима са дететом, као и да није сарађивала са социјалним службама. У поступању социјалних служби нису утврђени пропусти нити постојање непажње. Чињенице не говоре да су препреке у одвијању контакта између мајке и детета резултат деловања социјалних служби. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

У правима која захтевају да ванбрачна мајка призна дете, аналогно са правилима о ванбрачном очинству, право на поштовање породичног живота мајке

⁴²¹ *R. F. v Italy*, пред. бр. 42933/98, пресуда од 26. јуна 2003. године. Подносиоца представке је италијанска држављанка која је одбила да призна своју ћерку рођену 1989. године из разлога везаних за њену пословну каријеру. Суд је отпочео поступак утврђивања материнства да би се сазнало да ли је дете напуштено да би се затим почео поступак усвајања. Биолошки отац детета признао је дете и оно је живело код њега и његових родитеља. У мају 1993. године подносиоца је поднела захтев за признање материнства и добијање вршења родитељског права. Мајци је додељено родитељско право 1996. године, тек по жалби на првостепену одлуку суда којом није било утврђено материнство подносиоце. Одлука о поверавању детета мајци одложена је у периоду од септембра 1997. године до марта 1998. године, с обзиром на то да је отац поднео жалбу на одлуку суда о додељивању родитељског права мајци. У јулу 1998. године социјалне службе донеле су одлуку да се спроведу припремни сусрети мајке и детета. Том приликом је утврђено да су баба и деда детета по оцу опструисали контакт детета и мајке. Након тога, дете је саслушано пред судом и том приликом је изјавило да жели да живи са оцем. Према сведочењу детета мајка није иницирала контакт са дететом. Суд је, такође, у септембру 2000. године утврдио да је мајка два пута из породичних разлога одбијала да види дете. Поступак је потом обустављен, уз образложење да је постало јасно да мајка даје приоритет својој каријери и да није могуће успоставити било какав однос између детета и мајке. Суд је доделио вршење родитељског права оцу. Подносиоца се жалила да је одлука о додељивању родитељског права оцу повредила њено право на поштовање породичног живота.

⁴²² Г. Ковачек-Станић, Упоредно породично право, Нови Сад, 2002, стр. 158, поводом признања материнства у италијанском праву.

и детета конституише се тек актом признања. Тако, нпр. у француском и италијанском праву се захтева да мајка призна своје ванбрачно дете да би стекла правни статус родитеља.⁴²³ Одбијање мајке да призна дете доводи до одсуства признања права на поштовање породичног живота.

2.1.3. Анонимни порођај

Код анонимног порођаја чињеница рођења детета није довољна да обезбеди успостављање правне везе између мајке и детета. Ако мајка жели да искористи могућност анонимног порођаја, у правима у којима је овај институт дозвољен, рођење детета не успоставља породични живот између мајке и детета. Ово је још један аргумент у прилог полазној хипотези нашег рада да право на поштовање породичног живота подразумева лични однос између најмање две особе, два члана породице. Рођење детета ствара предуслов за успостављање породичног живота између мајке и детета, под претпоставком да мајка има намеру успостављања односа са дететом. Одбијање вршења родитељског права делегитимише мајку да у каснијој фази тражи заштиту свог права на поштовање породичног живота, с обзиром да коришћење установе анонимног порођаја доводи до једне од две могућности: прекида или немогућности успостављања породичног живота.

2.1.3.1. Повлачење сагласности за усвојење након анонимног порођаја

Коришћење права на анонимни порођај спречава настанак права на поштовање породичног живота између мајке и детета и онемогућава мајку да учествује у поступку усвајања детета.

⁴²³ Tako, K. Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Cristina Gonzales Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen, 2007, стр. 64; Г. Ковачек-Станић, *Упоредно породично право*, Нови Сад, 2002, стр. 246.

У случају *Kearns против Француске*,⁴²⁴ ЕСЉП је на почетку навео да међу државама чланицама нема консензуса у погледу усвојења. У разматрању супротстављених интереса страна у поступку - детета, хранитељске породице и биолошких родитеља, посебно мајке, интерес детета се узима као примарни. ЕСЉП је усвојио извештај вештака да је у најбољем интересу детета да буде интегрисано у нову усвојеничку породицу што је могуће раније. Психолошка и правна сигурност, као и извесност статуса детета, намеће постојање кратких рокова за повлачење дате сагласности за усвојење. ЕСЉП је свестан психолошког шока који је подносиатељка претрпела, али је приметио да је она стара 36 година, да се породила у присуству мајке, да је имала два саслушања пред социјалном службом након порођаја. Предвиђени период времена, према домаћем праву, омогућава довољно времена да се жена која се анонимно порађа одлучи за повлачење сагласности.⁴²⁵ ЕСЉП је даље навео да се ирска држављанка одлучила да се анонимно породи у Француској⁴²⁶ уз образложење да у Ирској таква могућност није постојала.⁴²⁷ Она је недељу дана пре порођаја посетила

⁴²⁴ *Kearns v France*, пред. бр. 35991/04, пресуда од 10. јануара 2008. године. Подносиатељка је ирска држављанка која се налазила у браку са ирским држављанином. Пребивалиште супружника било је у Ирској. Она је у фебруару 2002. године анонимно родила дете у Француској, зачето у ванбрачној вези са другим мушкарцем. Следећег дана након рођења, подносиатељка је потписала сагласност да дете буде дато на усвајање. У мају 2002. године дете је дато у хранитељску породицу са намером да буде усвојено. У јулу 2002. године подносиатељка се обратила социјалној служби да јој дете буде враћено. Мајци је предочено од стране суда да је истекао период од два месеца за повлачење сагласности за давање детета на усвојење. Накнадно се и биолошки отац детета укључио у поступак. Он је претходно поднео захтев за признање очинства суду у Ирској, и повезано са тим, захтев за добијање вршења родитељског права. Захтеви оба родитеља за враћањем детета су одбијени, уз образложење да је подносиатељка адекватно информисана о поступку и правилима анонимног порођаја. Виши суд је по жалби одлучио да је било пропуста социјалне службе, с обзиром на то да подносиатељки није адекватно преведено на енглески језик значење одредби француског права о анонимном порођају и усвојењу. На нову жалбу, сада домаћих власти, суд је одлучио да није утврђено порекло детета од стране мајке (дете није признато), те да сагласност мајке за давање детета на усвајање није ни била потребна. Укинута је претходна одлука суда која је била у корист подносиатељке. Подносиатељка се жалила да је одбијање да јој се врати њено дете довело до повреде права на поштовање породичног живота.

⁴²⁵ Elaine O'Callaghan, Annual Review of International Family Law 2008, The International Survey of Family Law 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 18.

⁴²⁶ Занимљиво је истаћи да само у француском праву постоји могућност оспоравања материнства, док у немачком, енглеском и холандском праву то није могуће, С. Forder, K. Saarloos, The Establishment of Parenthood: Story of Successful Convergence?, Maastricht, 2007, стр. 36. Овакво решење је логична последица правила да је у француском праву могуће стећи статус мајке и без постојања биолошке везе са дететом - на основу статуса (признања).

⁴²⁷ Поред Француске, анонимни порођај је предвиђен и у Луксембургу и Аустрији. Пракса слична анонимном порођају постоји у Белгији, Чешкој, Немачкој, Данској, Италији, Мађарској, Литванији, Летонији, Пољској, Португалу, Русији, Словачкој и Швајцарској у виду "беби-кутија". Иначе, број "беби-кутија" варира од државе до државе: у Белгији само једна, Пољској 45, Чешкој

породилиште у пратњи адвоката и мајке. Присуство адвоката говори да је подносиатељки била пружена правна помоћ, чак и пре порођаја. Након порођаја подносиатељка је два пута разговарала са социјалном службом и предочено јој је јасно и изричито, на енглеском језику, да има рок од два месеца да повуче дату сагласност за усвојење.⁴²⁸ У складу са тиме, она није могла имати недоумице око трајања временског рока. Даље, форма документа који је потписала садржала је временски рок, услове враћања детета и стандардни додатак о повлачењу сагласности. На основу тога, домаће власти су подносиатељки обезбедиле детаљне информације, омогућиле јој језички превод који није предвиђен домаћим законом и испуниле обавезу да буде благовремено и адекватно информисана о последицама анонимног порођаја.⁴²⁹ Домаћа држава је, према виђењу ЕСЈП, испунила своје позитивне обавезе и није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. У овом случају утврђено је постојање породичног живота између мајке и детета самим рођењем детета без додатних услова, иако је дете у кратком периоду након рођења дато на усвојење.

У случају *Kearns*, ЕСЈП је одбио да утврди повреду права на поштовање породичног живота с обзиром на то да не постоји породични живот између мајке и детета. Одсуство вољног елемента за успостављањем породичног живота услед напуштања детета коришћењем установе анонимног порођаја, као и непостојање заједничког живота, условили су да суд не утврди постојање породичног живота. Наиме, коришћење права на анонимни порођај представља изузетак од редовног животног тока да успостављање права на поштовање породичног живота између мајке и детета настаје рођењем детета. Биолошка чињеница рођења успоставља породични живот мајке и детета али само под условом да мајка врши родитељско право над дететом, што није случај када мајка одлучи да напусти дете користећи установу анонимног порођаја. Анонимни порођај представља правни начин одрицања мајке од вршења родитељског права. ЕСЈП стоји на становишту да се опозивање сагласности мајке за анонимни порођај, уколико су испуњени сви

47, Немачкој 80. К. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 187.

⁴²⁸ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, стр. 394.

⁴²⁹ К. O'Donovan, "Real" Mothers for Abandoned Children, у S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 214, за анонимни порођај у француском праву.

процедурални захтеви, не може извршити. На тај начин утврђује се правило немогућности опозивања одлуке мајке да се користи правом на анонимни порођај, након рођења детета. Сматрамо да Суд треба, по аналогiji са правилима о давању сагласности за усвојење детета, да пружи заштиту само ако је до повлачења сагласности дошло унутар временског рока предвиђеног правилима домаћег права. Ако, пак, мајка има намеру да успостави породични живот са дететом након што је искористила могућност да се анонимно породи, не треба пружити заштиту права на поштовање породичног живота.

2.1.3.2. Увид детета у податке о анонимном порођају

Коришћење права на анонимни порођај мајке онемогућава да дете у будућности сазна истину о свом пореклу и утврди сопствени идентитет. Спречавање детета, које је родила мајка коришћењем права на анонимни порођај, да сазна своје порекло не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Odievr против Француске*,⁴³⁰ ЕСЉП је навео да свака особа има право да добије информације везане за своје порекло и да ускраћивање увида у те информације може изазвати значајне психолошке трауме. Са друге стране, постоји право жене да сачува свој идентитет ради заштите здравља током порођаја. Мајка у овом случају никада није видела дете нити је изразила жељу да се икада сретне са дететом.⁴³¹ Према ставу ЕСЉП, ради се о сукобу интереса две, сада, одрасле особе, од којих је једна усвојена када је имала четири године.⁴³² Откривање идентитета мајке, упркос легитимном интересу детета, могло би имати последице за више особа: мајку и њену породицу, усвојитеље детета, оца детета и његову породицу. Намера француског законодавства код института анонимног порођаја огледа се у избегавању илегалних абортуса и спречавању напуштања

⁴³⁰ *Odievr v France*, пред. бр. 42326/98, пресуда од 13. фебруара 2003. године. Подносиатељка је француска држављанка коју је мајка родила 1965. године, користећи се правом на анонимни порођај. Када је подносиатељка, као одрасла особа, поднела захтев за сазна порекло од стране мајке, домаће власти су то одбиле. Она се жалила да је одбијање власти да јој дозволе увид о податке о пореклу од стране мајке довело до повреде права на поштовање породичног живота.

⁴³¹ О овом случају, М. Драшкић, *Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права*, у З. Поњавић, *Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2006, стр. 108.

⁴³² F. Tulkens, A. Kovler, D. Spielmann, L. Carliou, Loukis Loucaides *An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Leiden-Boston, 2008, стр. 230.

деце.⁴³³ У хијерархији заштите, право детета на живот и поштовање живота, према ставу ЕСЉП, има превагу над правом детета на сазнање порекла. У складу са тиме, није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.⁴³⁴ Међутим, имајући у виду каснију праксу ЕСЉП према којој је право на сазнање порекла саставни део приватног живота појединца, према извесним схватањима, сматра се да би одлука у случају *Odievr* у светлу садашњих околности била другачија.⁴³⁵

Сматрамо да у овом случају не може бити речи о породичном животу, с обзиром на то да недостаје елемент односа између два члана породице - детета са мајком. Идентитет и подаци о пореклу могу бити предмет заштите приватног живота појединца. У складу са тиме, слажемо се са одлуком Суда у делу у коме је утврђено да није било повреде, с обзиром на то да је у питању већ одрасла особа, али се не слажемо да је требало одлучивати о повреди права на поштовање породичног живота јер не постоји породични живот ни родитељско право.

У случају *Godelli против Италије*,⁴³⁶ ЕСЉП је истакао да се у оваквим случајевима ради о балансу интереса подносиоца да сазна своје порекло, на једној страни, и интереса мајке да се њен идентитет не открива, на другој страни.⁴³⁷ Интерес појединца да сазна своје порекло не умањује се његовим одрастањем, већ управо обратно, повећава се. За разлику од одлуке у случају *Odievr против Француске*, италијанско законодавство није направило равнотежу интереса. Одбијање подносиоцевог захтева за сазнањем порекла, у циљу осигурања интереса других особа, било је коначно, без могућности подношења жалбе. Домаће законодавство не дозвољава да дете ни на који начин сазна своје порекло, у случају када мајка не жели да се њен идентитет приликом порођаја открије. Не

⁴³³ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 72.

⁴³⁴ Видети, E. Steiner, *Odievr v France* - Desperately seeking mother - anonymous birth in the European Court of Human Rights, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 15, No. 1, 2003, Bristol, стр. 425; K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 192.

⁴³⁵ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 472.

⁴³⁶ *Godelli v Italy*, пред. бр. 33783/09, пресуда од 25. септембра 2012. године. Подносилац је италијански држављанин, који је од стране мајке напуштен након порођаја, 1943. године. Жена која је родила дете није се сагласила да она буде наведена као мајка у матичној књизи рођених. Подносилац је 2006. године затражио добијање извода из матичне књиге. Домаће власти су одбиле његов захтев уз аргументацију да сазнање порекла није могуће с обзиром на то да је биолошка мајка одбила да се открије њен идентитет приликом порођаја. Подносилац се жалио да је одбијање захтева за сазнањем порекла повредило право на поштовање приватног живота.

⁴³⁷ Тако и C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights - Commentary*-, München, 2014, стр. 228.

постоји могућност приступа детета информацијама о пореклу жене која га је родила. ЕСЈП је истакао да су у време доношења његове одлуке у овом случају измене италијанског закона у овој материји већ четири године биле пред законодавним телом, али да још нису усвојене. Домаће власти нису извршиле правилну процену интереса, што је, по мишљењу ЕСЈП, довело до повреде права на поштовање приватног живота.

Поводом случајева сазнања детета о свом пореклу када је дете родила мајка која се користила правом на анонимни порођај, ЕСЈП је у две пресуде заузео супрутна становишта. Док је у првом случају, *Odievr*, ЕСЈП сматрао да се коришћењем права мајке на анонимни порођај исцрпљује право детета, чак и у одраслим годинама, да сазна своје порекло, у идентичном чињеничном стању, такође у случају одрасле особе, у случају *Godelli*, ЕСЈП је сматрао да је одлука домаћих власти да детету не открију порекло од стране мајке, довела до повреде права на поштовање приватног живота. Иако сматрамо да у случајевима, када је у питању дете које је већ одрасла особа треба дозволити увид у матичне књиге, доследно спроводећи концепт права на поштовање породичног живота, сматрамо да нема елемената да ЕСЈП досуди повреду права на поштовање породичног живота, у светлу одсуства чињенице породичног живота између мајке и детета. Наиме, у случајевима анонимног порођаја, породични живот између мајке и детета није успостављен самом чињеницом да је мајка одмах након порођаја напустила дете, те се непостојањем породичног живота (породичног односа) не може досудити ни повреда права на поштовање породичног живота. То се посебно огледа у посматраним случајевима када је у питању дете које је одрасло, и када током целокупног његовог детињства, али и одраслог доба, није постојао породични однос између мајке и детета. И овде напомињемо да се непостојање права на поштовање породичног живота додатно аргументује тиме да више није у питању дете које је зависно од родитеља, да не постоји родитељско право, већ је реч о одраслој особи, те да право на поштовање породичног живота између детета и родитеља постоји само док се врши родитељско право.

2.1.4. Биомедицински потпомогнуто оплођење

2.1.4.1. Донација јајне ћелије

У случају да жена донира свој генетски материјал (јајну ћелију) другој жени у циљу добијања потомства, без постојања намере за остваривањем материнства, Европски суд за људска права неће сматрати то довољним условом за постојање породичног живота између жене-донора и детета.⁴³⁸ То се правда непостојањем намере да жена која је донирала генетски материјал врши функцију материнства, да се стара о детету. Утолико пре, уговор о стицању права донора према детету, закључен између донора и родитеља детета не производи правно дејство.⁴³⁹

2.1.4.2. Сурогат материнство

Спречавање да се користи донација генетског материјала трећих особа, а не својих супружника, у циљу добијања детета, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *S. H. и други против Аустрије*,⁴⁴⁰ ЕСЉП је навео да право парова да зачну дете уз помоћ биомедицински потпомогнутог оплођења представља облик изражавања породичног живота. Примећено је да су подносиоци били спречени да зачну дете биомедицински потпомогнутим оплођењем услед забране у домаћем праву. ЕСЉП предочава да је од донете одлуке Уставног суда дошло до значајних промена у медицинској науци, што су многе државе чланице Савета Европе препознале у својим законодавствима. Тренутно се може установити да у

⁴³⁸ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010. стр. 198.

⁴³⁹ K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 168.

⁴⁴⁰ *S.H. and others v Austria*, пред. бр. 57813/00, пресуда од 3. новембра 2011. године. Подносиоци су аустријски држављани, два брачна пара. С обзиром на то да нису могли природним путем да добију децу, они су поднели захтев да добију децу поступком вантелесне оплодње (у првом случају донацијом сперматозоида, у другом донацијом јајне ћелије). Обе методе захтевале су коришћење генетског материјала, не својих супружника, већ трећих особа и биле су противне аустријским правилима о биомедицински потпомогнутом оплођењу. Према аустријском праву, дозвољено је користити само генетски материјал супружника за вантелесну оплодњу. Уставни суд је у одговору на жалбу подносилаца навео да је оваква одлука представљала повреду њиховог права на поштовање породичног живота, али да је оправдана, с обзиром на то да спречава стварање необичних породичних односа (рођење детета са две мајке, једном биолошком и другом сурогат мајком), као и да спречава експлоатацију жена.

законима држава чланица Савета Европе постоји јасан тренд ка признавању донације генетског материјала у сврху потпомогнутог оплођења. Консензус не значи постојање јасних критеријума установљених у свакој држави, већ представља фазу развоја у пољу где су димамичне промене евидентне. Овакав консензус не значи умањење поља слободне процене државе, с обзиром на то да питање донације гамета од стране трећих особа и даље изазива осетљива морална и етичка питања.⁴⁴¹ Стога, у тако осетљивим областима као овој, питања моралне и друштвене прихватљивости имају се схватити озбиљно. То, ипак, не значи потребу потпуне забране потпомогнутог оплођења. Аустријско законодавство не иде тим правцем и дозвољава потпомогнуто оплођење у одређеним случајевима. Аустријски систем заснован је на идеји да потпомогнуто оплођење треба да остане, што је више могуће, налик природном зачећу да би се избегли потенцијални сукоби између гестационе и генетске мајке. Ограничења у погледу вршења ових техника искључиво од стране специјализованих лекара, имају за циљ да спрече експлоатацију жена и наступање нежељених ефеката по гамете. Поређење сурогат материнства са усвојењем детета садржи битне разлике и не може се уподобити тој установи. ЕСЉП је подвукао да у недостатку потпуно јасног консензуса по питању сурогат материнства, одредбе аустријског права о забрани коришћења генетског материјала трећих особа нису у супротности са правом на поштовање породичног живота. Даље, ЕСЉП је додатно навео да нема ограничења у домаћем праву да се забрањене технике потпомогнутог оплођења изврше у иностраним државама које то дозвољавају.⁴⁴² ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота подносилаца. Сматрамо да у случајевима коришћења техника биомедицинског оплођења треба захтевати постојање

⁴⁴¹ По питању сугорацијских уговора сматра се да је Пандорина кутија већ (одавно) отворена и да није могућ *restitutio in integrum*, C. Fenton-Glynn, Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy, Journal of Private International Law, Vol. 10, Num. 1, April 2014, Oxford, стр. 160; Слично, Pandora's Progeny: Ethical Issues in Assisted Human Reproduction, N. G. Maxwell, C. J. Forder, The Inadequacies in U.S. and Dutch Adoption Law to Establish Same-Sex Couples as Legal Parents: A Call for Recognizing Intentional Parenthood, Family Law Quarterly, Vol. 39, No. 4, Winter 2005, Chicago, стр. 772. О реалној злоупотреби сурогат мајки говори случај да је у Индији жена која је била сурогат мајка за један пар, изјавила да је постала сурогат мајка да би отплатила хипотеку за тезгу која је служила за обављање заната, D. Chambers, A Sociology of Family Life Change and Diversity in Intimate Relations, Cambridge, 2012, стр. 171.

⁴⁴² О путовању у другу државу ради остваривања родитељства техникама биомедицинског оплођења које нису дозвољене у домаћем праву и проблему "прокреативног туризма", K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, Family Law and Culture in Europe, Cambridge, 2014, стр. 205.

генетског порекла детета најмање од једног супружника. У случају рођења детета од стране сурогат мајке, ако дете генетески не потиче од жене која треба да буде правна мајка, не треба пружити заштиту праву на поштовање породичног живота.

Одбијање правног признања односа између родитеља и детета рођеног од стране сурогат мајке у другој држави, не доводи до повреде права на поштовање породичног већ приватног живота.

У случајевима *Lebassee против Француске*⁴⁴³ и *Mennesson против Француске*,⁴⁴⁴ одбијање домаћих власти да признају правни статус родитеља детета рођеног помоћу сурогацијског уговора има за циљ да спречи домаће држављане да користе ову методу изван државе.⁴⁴⁵ У Европи, као резултат сложених етичких питања, не постоји консензус поводом пуноважности сурогацијских уговора и стицања родитељског статуса на основу таквих уговора. У складу са тиме, државе имају широко поље слободне процене. Немогућност стицања статуса родитеља утицала је у више аспеката на породични живот подносилаца: захтеван је оверени препис докумената о статусу родитеља из САД сваки пут када се радило о добијању (социјалног) права или услуге, деца нису имала француско држављанство што је отежавало путовање породице као заједнице. Питање одржавања породичног живота између родитеља и деце може постати спорно уколико се супружници разведу или супрузи премину. Међутим, подносиоци нису указали да непостојање статуса родитеља доводи до непремостивих препрека и немогућности остварења породичног живота. Они су се непосредно након рођења деце несметано населили у Француској и није било ризика да ће бити одвојени од своје деце услед непризнавања статуса родитеља у домаћем праву. Није констатована повреда права на поштовање породичног

⁴⁴³ *Lebassee v France*, пред бр. 65941/11, пресуда од 26. јуна 2014. године.

⁴⁴⁴ *Mennesson v France*, пред. бр. 65192/11, пресуда од 26. јуна 2014. године. Подносиоци су два брачна пара, француски држављани рођени између 1950. и 1955. године. С обзиром на то да супруге нису могле природним путем да роде децу, подносиоци су у САД 2000. и 2001. године добили децу помоћу сурогат мајки. Судови у Калифорнији и Минесоти признали су подносиоце као родитеље деце. Међутим, након повратка, домаће власти су одбиле да издају подносиоцима изводе из матичних књига у којима су они наведени као родитељи деце. У другом случају, подносиоци су успели да добију извод о томе да постоји *de facto* однос родитеља и детета. Жалбе подносиоца на судске одлуке су одбијене у априлу 2011. године уз образложење да сурогацијски уговори нису дозвољени у француском праву. Непризнавање родитељског статуса у Француској не поништава стечена родитељска права подносиоца у САД, нити могућност да деца живе са подносиоцима у Француској.

⁴⁴⁵ За признање сурогацијских уговора видети, R. Probert, Cretney and Probert's Family Law, London, 2009, стр. 236.

живота. Чињеница да су домаће власти одбиле да признају статус родитеља у домаћој држави, иако је то било признато одлуком иностраних власти, утицала је на постојање идентитета деце у домаћем друштву оличеног у држављанству. Важан аспект приватног живота деце јесте утврђивање њиховог порекла, посебно у случају када дете биолошки потиче од једног родитеља. Уважавајући значај биолошког родитељства, не може се рећи да је у најбољем интересу деце било онемогућавање да утврде порекло у односу на родитеља. Немогућност утврђивања порекла деце у односу на очеве имала је утицаја и на наследна права деце. Суд је нашао повреду права на поштовање приватног живота. Суд је оваквим резонувањем, донекле, довео себе у контрадикторност. Наиме, одбијање признања порекла детета у односу на једног родитеља од кога дете генетски потиче, у светлу заједничког живота родитеља и детета, повлачи да је требало утврдити повреду права на поштовање породичног живота. Са друге стране, потпуно се слажемо да Суд није требало да призна родитељско право другог родитеља на основу сурогацијског уговора.

Између родитеља и детета рођеног уз помоћ сурогат мајке постоји породични живот. Непостојање доказа о биолошкој вези једног родитеља са дететом, повлачи да одбијање домаће државе да омогући долазак родитеља са дететом рођеним овим поступком у страној држави, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *D. и други против Белгије*,⁴⁴⁶ ЕСЈП је истакао да се члан 8. примењује када год постоје *de facto* породичне везе. Суд је навео да се рачуна и породични живот „у намери“, с обзиром на то да су подносиоци током одређеног времена били одвојени од детета али су имали намеру да се као родитељи старају о њему. Они су и предузели одређене мере да им се омогући остваривање ефективног породичног живота. Одбијање да се изда пасош, што је довело до одвајања родитеља од детета, представљало је мешање у породични живот. Међутим, посматрајући спорни период раздвајања и трајање поступка од четири месеца, то се не може сматрати дуготрајним, имајући у виду да сурогат материнство изазива осетљива етичка питања. Домаће државе имају право да не дозволе долазак детета рођеног сурогат материнством уколико се не обезбеде

⁴⁴⁶ *D. and others v Belgium*, пред. бр. 29176/13, пресуда од 8. јула 2014. године.

потребни докази о постојању родитељског права. Такође, подносиоци су могли да претпоставе постојање процедуре за долазак детета у домаћу државу. Одвајање родитеља од детета резултат је немогућности родитеља да обезбеде доказ о биолошкој вези једног родитеља и детета, што су они накнадно учинили. Није нађена повреда права на поштовање породичног живота. Оправдано, Суд стоји на становишту да је биолошка веза основ за стицање родитељских права.

Оно што можемо закључити на основу пресуда ЕСЉП по питању материнства јесте да се породични живот између мајке и детета (по правилу) успоставља без обзира на (ван)брачни статус мајке - самим рођењем детета (*Marckx*). Ретко, али у неким правним системима (Француска, Италија), може се тражити и да ванбрачна мајка призна дете да би дошло до успостављања права на поштовање породичног живота. Одбијање мајке да призна дете и потом одржава личне односе, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота (*R. F.*). Непружањем заштите породичног живота између жене која, нити је родила дете, нити од које дете генетски потиче, експлицитно је показано да се сурогат материнством не пружа заштита права на поштовање породичног живота.

Изузетак од правила да се породични живот између мајке и детета успоставља рођењем детета предстала рођење детета анонимним порођајем када се породични живот између мајке и детета не успоставља. Коришћење анонимног порођаја и одрицање мајке од родитељског права је коначно и не постоји могућност утврђивања повреде права на поштовање породичног живота ако се мајци не дозволи да повуче дату сагласност за анонимни порођај (*Kearns*). Коришћење мајке права на анонимни порођај коначно и трајно делегитимише дете и мајку на постојање породичног живота, те и право детета да у некој каснијој фази, па и у одраслом добу, утврди порекло у односу на мајку. Одбијање државе да дозволи увид детета у документа о свом пореклу не представља повреду права на поштовање породичног живота (*Odievr*) али доводи до повреде права на поштовање приватног живота (*Godelli*).

ЕСЉП стоји на становишту да се породични живот између мајке и детета успоставља без обзира на брачни статус мајке, самим рођењем детета, уз изузетке

код рођења детета анонимним порођајем и сурогат материнством. У хијерархији материнства, примат се даје гестационој, а затим генетској мајци.⁴⁴⁷

3. Очинство

3.1. Брачно очинство

3.1.1. Утврђивање брачног очинства - *Pater is est quem nuptiae demonstrant?*

Поводом утврђивања брачног очинства не би требало да се јављају недоумице, с обзиром на то да се примењује максима да је муж мајке отац детета. Међутим, идентично као у делу о материнству, још једна миленијумска максима Римског права, овога пута у области порекла детета од стране оца - да је отац детета рођеног у браку муж мајке (*Pater is est quem nuptiae demonstrant*), променама услед развоја медицинских и техничких наука губи на свом изворном значају. За разлику од материнства које је чињенично питање, некада се сматрало да је очинство питање процене, мишљења.⁴⁴⁸

Опште је правило да се право на поштовање породичног живота између брачног оца и детета успоставља рођењем детета. У складу са тиме, пред ЕСЉП није се постављало као спорно право на поштовање породичног живота код утврђивања брачног очинства.

Коришћење генетског материјала другог мушкарца за зачеће детета, а не генетског материјала мужа мајке, отвара питање ко је отац детета. И још једна опсервација у вези очинства: док се некада повезивало дете са одређеним оцем, сада се у породичном праву тражи који ће од више мушкараца бити правно везан за дете.⁴⁴⁹

Признање детета од стране мушкарца, повлачи остваривање повезаности мушкарца и са дететом и са мајком детета. Иако биолошки критеријум није савршен, помоћу њега се ствара могућност да се очеви укључе како у однос отац -

⁴⁴⁷ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 201.

⁴⁴⁸ S. Cretney, *Family Law in the Twentieth Century A History*, Oxford, 2005, стр. 529.

⁴⁴⁹ G. Douglas, *Marriage, Conabitation, and Parenthood - from Contract to Status?* у *Cross Currents: Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, 2000, стр. 223.

дете, тако и у однос мајка - дете, и тако створи читав сплет правних односа у наведеној тријади.

Значај биолошке везе оца и детета огледа се у томе да биолошки отац детета има могућност, да за разлику од свих других мушкараца, развије лични однос са дететом, те ће бити на то правно легитимисан само ако прихвати одговорност коју носи овај однос. У супротном, интерес детета налаже да се правно утврди да је други мушкарац који обавља родитељске дужности (социјални отац), отац детета.

У сукобу биолошког оца који не живи са дететом и социјалног оца који је у браку са мајком детета, истиче се да је мушкарац који пружа стабилност детету, који га негује, васпитава, одржава личне односе, важнији за дете од мушкараца који има (само) биолошку везу са дететом.⁴⁵⁰ Непостојањем додатних услова за легитимацију брачног оца, породично право фаворизује брак и уједно отежава утврђивање правне везе очева и њихове деце рођене ван брака.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ D. D. Mayer, *Partners, Care Givers, and the Constitutional Substance of parenthood*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 63.

⁴⁵¹ Комплексност савременог схватања о социјалном родитељству пружа нам случај *In Re D (A Child Appearing by Her Guardian Ad Litem)*. (2005) UKHL 33. У том случају, господин Б. и госпођа Д. живели су у ванбрачној заједници четири године и подвргли су се третману артифицијалне инсеминације. Након неуспешног покушаја зачећа пар се раставио, али је касније госпођа Д. отишла на нови покушај зачећа, са новим партнером, господином С. Након тога она је родила ћерку Р. По рођењу Р., госп. Б. је захтевао да му буде признато родитељско право над Р., упркос томе што није имао биолошку везу са Р. Првостепени суд је Б. признао родитељско право, али је такву пресуду преиначио Апелациони суд који није доделио родитељско право госп. Б. али је задржао право на контакт између госп. Б. и Р. Врховни суд је потврдио пресуду Апелационог суда. Занимљиво је да Врховни суд у свом образложењу не забрањује могућност да у будућности госп. Б. може да захтева родитељско право над Р. У овој пресуди право на поштовање породичног живота признато је мушкарцу који нема ни биолошке, ни социјалне везе са дететом, као ни везу са мајком детета. Ово је пример признања права на поштовање породичног живота само на основу вољне чињенице, без и једне тачке везивања између детета и оца. Наведени случај ствара опасност формирања породичног живота на основу избора (намере), без иједног јасног критеријума. Постављамо питање, да ли сама чињеница да неко жели да буде родитељ може бити правно призната? У овом случају не видимо ни да је постојала социјална веза између оца и детета, те ни породични живот "у изгледу", тако да остаје нејасно како се на основу вољног момента може стећи статус родитеља у праву. Ако се и може наћи оправдање за "социјално" родитељство када неко у недостатку биолошке чињенице, врши све или већину родитељских функција, неоправдано је појам родитељства проширити толико да он обухвата и "вољно родитељство". Утврђивање истине о пореклу детета од стране оца некада се сматра противним праву детета на стабилност породичног живота. Питање балансирања интереса стабилности детета и утврђивања истине о биолошком пореклу јавило се у случају *Re H i A*. Шире посматрано, реч је о сукобу биолошког и социјалног родитељства. Да се биолошка димензија у савременом породичном праву занемарује, S. FitzGibbon, *The Biological Basis for the Recognition of the Family*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 3/2012, Buffalo, стр. 4. Мајка која се налазила у браку, из сексуалне везе са другим мушкарцем родила је близанце. Она је саопштила ванбрачном оцу да ће моћи да виђа децу, али је он услед несугласности са мајком поднео тужбу ради утврђивања ванбрачног оцинства. Мајка је тужбу скривала од свог супруга више од годину дана. Након што је муж мајке изјавио да ће напустити породични дом ако тест крви покаже да није отац, суд је одбио тест са

Маргинализовање брака као начина повезивања мушкарца са дететом, захтева проналажење другог критеријума на основу кога би се успоставили, како лични, тако и финансијски аспекти односа отац - дете. Ако се све већи број деце рађа од стране ванбрачних очева, поставља се питање који ће тренутак (чињеница) бити правно релевантан за успостављање права на поштовање породичног живота између њих, ако то (већ) није чињеница рођења детета.

3.1.2. Оспоравање брачног очинства

Очинство мушкарца у браку није необорива чињеница и може бити оспорено. Претпоставка је да је отац детета муж мајке. Право у овој области, да би се лакше утврдило порекло детета од стране оца, полази од редовног тока ствари да је у највећем броју случајева отац детета муж мајке. Немогућност да друга лица осим мужа мајке оспоре брачно очинство може изазвати последице на пољу права на поштовање породичног живота, уколико је породични живот успостављен између детета и мушкарца који није правно признат као његов отац.

Некадашњи ставови подразумевали су да стабилност породичног живота детета преовладава над истином о биолошком пореклу детета од стране оца.⁴⁵² Ради се управо о примеру када се у једном тренутку породичног живота детета јави чињеница да је други мушкарац, а не муж мајке, биолошки отац детета.⁴⁵³

образложењем да би извођење таквог теста угрозило стабилност постојећег породичног живота деце. Апелациони суд је вратио пресуду на поновно суђење и утврдио да постоји мали број случајева у којима ће бити у интересу детета да истина о његовом пореклу буде сакривена.

⁴⁵² О сукобу права детета да сазна порекло код утврђивања очинства и стабилности постојећег породичног живота детета, Б. Решетар, Правна заштита права на сусрете и дружење, Осиек, 2011, стр. 134.

⁴⁵³ М. Maclean, К. Mueller-Johnson, Supporting Cross-Household Parenting: Ideas about the "Family", Policy Formation and Service Developments accros Jurisdictions, у А. Bainham, В. Lindley, М. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 119; Утврђивање праве истине о пореклу детета од стране оца (оспоравање брачног очинства) делује на измену судске одлуке о томе да мајка може да напусти једну државу и пресели се са децом у другу државу након развода брака (*relocation*), L. Mendoza, Prohibited Steps Orders and the Protection of Children, у D. J. Lockton, Children and the Law, London, 2000, стр. 81.

3.1.2.1. Обавеза мушкарца који оспорава брачно очинство да тражи успостављање правне везе са дететом

Да би се потенцијалном биолошком оцу омогућило обарање претпоставке о брачном очинству, неопходно је да он успостави породични живот са дететом и захтева вршење родитељског права.

У случају *М. В. против Уједињеног Краљевства*,⁴⁵⁴ Комисија није нашла да је одбијање домаћих власти да спроведу тест крви детета удате мајке у супротности са чланом 8. ЕКЉП. Наводни биолошки отац је захтевао подвргавање тесту али није поднео захтев за вршењем родитељског права уколико се утврди да је он отац детета. Комисија је истакла да постоје чврсти разлози правне сигурности и стабилности породичних односа да се муж мајке сматра оцем њеног детета, те да треба да постоје, исто тако, јаки основи да би се та претпоставка могла обарати. Домаћи судови дају већи значај интересима детета и породичној стабилности него интересу подносиоца да утврди биолошку чињеницу очинства.⁴⁵⁵ Сматрамо оправданим став ЕСЉП, посебно у случајевима као што је овај, када наводни отац нема намеру за успостављањем личних односа са дететом, него само пуко утврђивање биолошке истине. У супротном, намера обарања претпоставке *Pater is est...* у светлу постојања намере за успостављањем породичног живота са дететом треба да буде праћена позитивном обавезом домаћих власти да дозволе утврђивање правне везе између ванбрачног оца и детета. Зачеће детета без позитивног услова у погледу намере успостављања породичног живота и вршења родитељског права, није довољно да би се утврдило постојање повреде права на поштовање породичног живота услед одбијања захтева за оспоравањем брачног очинства.

⁴⁵⁴ *M. B. v United Kingdom*, пред. бр. 22920/93, пресуда од 6. априла 1994. године.

⁴⁵⁵ Н. Swindells, А. Neaves, М. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 47.

3.1.2.2. Круг лица која могу обарати претпоставку о брачном очинству

Немогућност оспоравања брачног очинства од стране биолошког оца, уколико постоји породични живот између њега и детета, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Kroon и други против Холандије*,⁴⁵⁶ утврђено је од стране ЕСЉП да постоји обавеза домаћих држава да пружи правну заштиту фактичком породичном животу. Фактички породични живот има примат над правном претпоставком о брачном очинству. Наиме, холандско право није дозвољавало да било ко други осим мужа мајке може оспоравати брачно очинство детета.⁴⁵⁷ Тек након оспореног очинства могуће је да се утврди очинство другог мушкарца. Последица тога била је да, нити подносиатеља представке, госпођа Кроон, нити њен ванбрачни партнер који је биолошки отац детета, нису могли да поднесу захтев за упис његовог очинства у матичну књигу рођених, с обзиром на то да је дете рођено док је она формално још била у браку са својим тадашњим супругом. С обзиром на то да је заједница између супружника престала седам година пре рођења детета и да пребивалиште супруга подносиатељке није било познато, није постојала могућност да се оспори да је отац детета њен супруг. ЕСЉП је истакао да је потребно обезбедити мере којима ће дете од тренутка свог рођења имати могућност да буде интегрисано у своју биолошку породицу, те да му се обезбеди право на поштовање породичног живота. Такође, и отац детета има право на поштовање свог породичног живота од тренутка рођења детета. Ако постоји заједнички живот родитеља у *de facto* заједницама, не тражи се манифестација посвећености оца за бригу и подизање детета. У том случају довољан услов за успостављање права на поштовање породичног живота ванбрачног оца и детета је њихов заједнички живот. ЕСЉП је утврдио да породични живот постоји и у односима ван брака, конкретно између детета и ванбрачног оца, те да је немогућност утврђивања стварног, биолошког порекла детета довело до повреде права на поштовање породичног живота. Суд је подвукао да право на поштовање

⁴⁵⁶ *Kroon and others v Netherland*, пред. бр. 18535/91, пресуда од 27. октобра 1994. године.

⁴⁵⁷ Законодавство Холандије признаје бракове особа истог пола и стога максимуму *Pater is est...* не сматра валидном с обзиром на то да би то било у очигледној (природној?) супротности са биолошким законима.

породичног живота подразумева да социјална и биолошка реалност преовлада над правном претпоставком о брачном очинству која у датим околностима не служи никоме, посебно не детету. Овом пресудом проширен је појам породичног живота на родитеље који се не налазе у браку, нити су икад живели заједно. Значај ове пресуде огледа се и у томе што ЕСЉП проширује појам породичног живота и на друге заједнице осим на брачне, тако да породични односи обухватају како ванбрачне заједнице, тако и друге „*de facto*“ заједнице, а не само оне засноване на браку и крвним везама.⁴⁵⁸ Право на поштовање породичног живота подразумева да биолошка и социјална истина превагне над правном претпоставком, која, као у овом случају, никоме не иде у корист, посебно не детету.⁴⁵⁹ Уколико је у интересу детета да се оспори његово брачно очинство, односно ако је у интересу детета да се сазна биолошка истина,⁴⁶⁰ онда ће оспоравање брачног очинства бити оправдано. Без оградe смо сагласни са ставом ЕСЉП да социјална реалност има примат над правном претпоставком у случају када та претпоставка делује противно интересима детета.

Посматрајући пресуду у случају *Kroon*, у оквиру дела о оспоравању брачног очинства, видимо намеру ЕСЉП да се утврди истина о пореклу детета, али ипак не под било којим условима већ само уколико успостављање нове биолошке истине доводи до конституисања новог или подржавања већ успостављеног породичног живота између детета и биолошког оца. Уводи се критеријум процене да ли правна претпоставка *Pater is est...* некоме користи, посебно узимајући интересе детета. И обратно, да ли ће обарање ове претпоставке неком члану породице, пре свих детету, нанети штету.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Однос између вереника такође се сматра породичним животом ако постоји довољно основа да се сматра сталним односом, тако *Wakefield v United Kingdom*, пред. бр. 15817/89, пресуда од 1. октобра 1990. године.

⁴⁵⁹ Биолошки отац има могућност да буде признат као правни отац у случају да је развио социјалне и породичне везе са дететом, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 642; О односу биолошке и правне истине, J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 58.

⁴⁶⁰ Суд при противљењу мајке да ванбрачно дете има право да сазна своје порекло од стране оца, цени да ли је то у најбољем интересу детета, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 365.

⁴⁶¹ У једном случају у САД, отац детета, након што је сазнао да није генетски отац свог десетогодишњег детета поднео је тужбу за оспоравање брачног очинства. Суд је истакао да упркос томе што је ДНК тест показао одсуство генетске везе детета и оца, то не подразумева да се може негирати већ успостављени људски, породични однос између детета и оца, *In re Interest of TSS*, 61 SW 3d 481 (2002). Према одређеним студијама, очеви се лакше везују за децу ако су сигурни(ји) у

3.1.2.3. Истек временског рока за оспоравање брачног очинства

Временско ограничење оспоравања брачног очинства није у супротности са чланом 8. Конвенције.

У случају *Rasmussen против Данске*,⁴⁶² ЕСЈП је истакао да се интереси мајке и оца у поступцима оспоравања очинства разликују, с обзиром на то да интереси мајке најчешће коинцидирају са интересима детета. Државе у овој области имају широко поље слободне процене, имајући у виду да међу државама чланицама не постоји сагласност о идентичном регулисању положаја мајке и оца у поступцима оспоравања очинства. Прописивање временског рока у коме је могуће оспоравати брачно очинство има за циљ заштиту интереса детета. Решење данског права у овој области не разликује се од решења других држава чланица. Из наведених разлога није утврђена повреда члана 14. у вези са чланом 8. Конвенције.⁴⁶³

Немогућност оспоравања брачног очинства након истека законског рока, уз постојање савесности мужа мајке о сопственом очинству, повлачи повреду члана 8. Конвенције.

чињеницу да она потичу од њих и да настављају њихово биолошко постојање, Н. Danelius, *Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 157; D. Browning, *Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 110.

⁴⁶² *Rasmussen v Denmark*, пред. бр. 8777/79, пресуда од 28. новембра 1984. године. Подносилац је дански држављанин рођен 1945. године који је закључио брак са својом супругом 1966. године. Супруга је родила двоје деце 1966. и 1971. године. Од тренутка рођења детета подносилац је сумњао да није биолошки отац детета, али у циљу очувања брака није покренуо поступак за оспоравање брачног очинства. Након што су супружници престали да живе заједно, деца су остала да живе са мајком а подносилац је обавезан да плаћа издржавање за децу. Након споразума између супружника, мајка је одустала од захтева за издржавањем а подносилац је повукао тужбу за оспоравање свог очинства. Супружници су се развели 1975. године и мајка је том приликом поднела тужбу за издржавање против подносиоца. Подносилац је плаћао редовно издржавање, а 1976. године је поднео тужбу за оспоравање очинства. Тужба је одбачена са наводом да је истекао законски рок у коме може да се оспорава брачно очинство. Апелациони суд је 1978. године одбио подносиоачеву жалбу. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању његовог захтева за оспоравање брачног очинства различито третирао њега у односу на супругу која је имала право да оспори очинство, те да је таква одлука довела до повреде права на поштовање приватног живота. О овом случају, J. Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, стр. 334.

⁴⁶³ Видети и пресуде *Backlund v. Finland*, пред. бр. 36498/05, пресуда од 6. јула 2010. године; *Krušković v. Croatia*, пред. бр. 46185/08, пресуда од 21. јуна 2011. године; *Pascaud v. France*, пред. бр. 19535/08, пресуда од 16. јуна 2011. године.

У случају *Shofman против Русије*,⁴⁶⁴ предвиђање временског ограничења у поступцима оспоравања очинства оправдава се намером очувања интереса детета и обезбеђењем правне сигурности. ЕСЉП је у претходним случајевима (*Yildirim против Аустрије*⁴⁶⁵ и *Rasmussen против Данске*)⁴⁶⁶ одлучивао о непокретању поступка од стране оца у случају када је он од првог дана рођења детета знао за чињеницу да није биолошки отац детета. У овом случају подносилац није претпостављао да дете није његово и одгајао је дете прве две године од рођења, са уверењем да је дете његово. Према домаћем праву он је могао оспорити очинство у року од годину дана од рођења детета, без постојања изузетака. Домаће власти, са друге стране, нису предочиле разлоге за прописивање тако кратког и нефлексибилног временског ограничења. Околност да је подносилац био спречен да оспори своје очинство стога што није сазнао да није отац детета у року од годину дана од рођења детета, довела је до повреде његовог права. ЕСЉП је нагласио да се питање оспоравања очинства односи на повреду права на поштовање приватног а не породичног живота подносиоца.

У случајевима кад истекне законски рок за оспоравање брачног очинства ЕСЉП даје већи значај интересима детета за стабилношћу него праву мушкарца да оспори своје очинство. ЕСЉП пре стоји на становишту да правна претпоставка о очинству преовлађује над биолошком истином, посебно у случају када би сазнање биолошке истине било супротно интересима детета. Уколико оспоравање очинства не би било противно интересима детета цени се савесност оца - ако отац није знао да дете није његово, истек рока неће бити оправдавајућа околност за забрану оспоравања. Супротно - признање, тачније ћутање оца о чињеници да зна да дете не потиче од њега има пресудан утицај да се истеком законског рока не

⁴⁶⁴ *Shofman v Russia*, пред. бр. 74826/01, пресуда од 24. новембра 2005. године. Подносилац је руски држављанин чија супруга је родила дете 1995. године. Подносилац је уписан као отац детета. Он се 1996. године одселио у Немачку и том приликом његова супруга је покренула поступак развода брака и тражила издржавање за дете. По добијању информације од рођака да он није биолошки отац детета, подносилац је 1997. године покренуо, поред бракоразводног, и поступак за оспоравање свог брачног очинства. Након ДНК теста утврђено је да подносилац није отац детета, али је његов захтев за оспоравањем очинства одбијен уз образложење да је истекао законски рок у коме је могуће оспоравање брачног очинства. Подносилац се жалио да је временско ограничење оспоравања његовог очинства довело до повреде права на поштовање породичног живота.

⁴⁶⁵ *Yildirim v Austria*, пред. бр. 34308/96, пресуда од 19. октобра 1999. године; Видети и случај *X. and others v Austria*, пред. бр. 19010/07, пресуда од 19. фебруара 2013. године.

⁴⁶⁶ *Rasmussen v Denmark*, пред. бр. 8777/79, пресуда од 28. новембра 1984. године.

утврди повреда права на поштовање породичног живота услед одбијања домаћих власти да дозволе оспоравање очинства. Сматрамо да Суд треба да цени савесност оца поводом чињенице сазнања порекла у односу на дете при омогућавању оспоравања очинства. Одбијање оспоравања очинства сматра се повредом права на поштовање приватног, не и породичног живота, те у складу са ставом да се оспоравање очинства односи на право појединца као члана породице, не и на успостављање односа са дететом, сматрамо да је предмет приватни живот.

3.1.2.4. Валидност ДНК теста као доказа за оспоравање брачног очинства

Одбијање оспоравања брачног очинства позивањем на непознавање ДНК теста као доказног средства у време вођења првобитног поступка, повлачи повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Tavli против Турске*,⁴⁶⁷ ЕСЉП је приметио да домаће власти нису имале нити један оправдан разлог да не дозволе покретање поступка, с обзиром на то да је 1982. године било тешко спровести ДНК тест. Као што подносилац треба да има право на оспоравање очинства, тако и дете треба да има право утврђивања истине о биолошком пореклу од стране оца. Чињеница да је подносилац био спречен да покрене поступак оспоравања очинства услед тумачења да се медицински напредак не сматра валидним основом, према ставу ЕСЉП, није пропорционалан циљу који се хтео постићи, што повлачи повреду права на поштовање приватног живота.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ *Tavli v Turkey*, пред. бр. 11449/02, пресуда од 9. новембра 2006. године. Подносилац је турски држављанин који из брака са својом супругом има дете. Убрзо након рођења подносилац је имао сумњу да је он отац детета и покренуо је поступак за оспоравање очинства. Његов захтев је одбијен стога што је дете рођено у браку, а тест крви је показао да он ипак може бити отац детета. Након што је ДНК тест са сигурношћу утврдио да није отац детета, подносилац је покренуо поступак за оспоравање очинства. Међутим, суд је и поред извесности ДНК теста одбацио наводе оца, наводећи да се поновно суђење може извршити само ако су новооткривени докази постојали у време првобитно вођеног поступка, а да је њихово неприбављање последица више силе. Напредак у медицинској науци није сматран вишом силом. Подносилац се жалио да је одлука власти да се не дозволи вођење поступка довела до повреде права на поштовање приватног живота.

⁴⁶⁸ Занимљиво је да су неке муслиманске државе, попут Бахреина, увеле обавезност ДНК анализе за све учеснике у поступку утврђивања и оспоравања порекла детета, L. Welchman, *First Time Family Law Codifications in Three Gulf States, The International Survey of Family Law 2010 edition*, Bristol, 2010, стр. 176.

3.1.2.5. Рестриктивност услова за оспоравања брачног очинства

Наметање законских ограничења брачном оцу који има намеру да оспори своје очинство доводи до повреде његовог права на поштовање приватног живота.

У случају *Mizzi против Малте*,⁴⁶⁹ ЕСЉП је навео да подносилац није имао прилику да тест крви његове ћерке буде разматран пред судом. Околност да подносиоцу није нити једном дозвољено да оспори очинство представља радикалну меру која није неопходна у демократском друштву. Чињеница да у малтешком праву постоји временско ограничење за оспоравање очинства од шест месеци не угрожава постојање права да се оспори очинство. Интерес детета да ужива социјалну реалност очинства не може да превагне над интересом подносиоца да барем у једном случају може да оспори очинство детета за које је научни тест показао да биолошки не потиче од њега. ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање приватног живота. Међутим, примећујемо да је Суд овде заузео супротан став у односу на праксу давања приоритета интересима детета и очувању већ успостављеног породичног живота. Није се утврђивало постојање зависности детета од оца.

Онемогућавање биолошком оцу да оспори брачно очинство мушкарца који је признао дете за своје, иако није биолошки отац, не доводи до повреде члана 8. Конвенције.

⁴⁶⁹ *Mizzi v Malta*, пред. бр. 26111/02, пресуда од 12. јануара 2006. године. Подносилац је држављанин Малте чија је супруга 1966. године затруднела. Супружници су се следеће године раздвојили и престали да живе заједно. Након тога је рођено њихово дете. Иако је подносилац издржавао дете он није успоставио лични однос са дететом. На основу претпоставке о брачном очинству подносилац је уписан у матичну књигу рођених као отац детета. Након што је ДНК тест показао да подносилац није отац детета, он је неуспешно покушао да оспори своје очинство. На основу малтешког права, отац је могао да оспори своје брачно очинство само ако је доказао две чињенице: прељубу мајке и да је рођење детета од њега сакривено. Суд је утврдио да је дошло до повреде члана 8. ЕКЉП али је та одлука опозвана од стране Уставног суда. Подносилац се жалио да немогућност оспоравања сопственог очинства представља повреду права на поштовање приватног и породичног живота.

У случају *Kautzor против Немачке*,⁴⁷⁰ ЕСЉП је истакао да се у случајевима када није успостављен породични живот између оца и детета, може ценити потенцијални породични живот који зависи од односа између супружника, показаног интереса наводног биолошког оца и посвећености оца пре и након рођења детета.⁴⁷¹ У овом случају пред домаћим судовима није утврђено да ли је подносилац биолошки отац детета. Подносилац је могао да покрене поступак за утврђивање свог очинства само ако није постојала породична веза између детета и његовог „правног“ оца. Даље, ЕСЉП је приметио да је у већини држава чланица Савета Европе дозвољено да мушкарац оспорава брачно очинство, док је у мањем броју држава забрањено оспоравање већ утврђеног брачног очинства од стране претпостављеног биолошког оца. Подносилац има јак интерес оличен у поштовању приватног живота да утврди порекло у односу на дете. Члан 8. Конвенције намеће обавезу државама да испитају да ли је у интересу детета да одржава личне односе са биолошким оцем у случају када дете већ има „правног“, социјалног оца. Ипак, ЕСЉП је у недостатку консензуса међу државама чланицама и позивањем на најбољи интерес детета нашао да одбијање оспоравања утврђеног очинства није довело до повреде права на поштовање породичног живота. Супротно одлуци Суда, сматрамо да је требало утврдити повреду права на поштовање породичног живота, имајући у виду да је ванбрачни отац испунио и објективни и субјективни критеријум. Подносилац је живео са мајком детета пре његовог рођења, а додатно је након престанка заједничког живота тражио успостављање правне везе са дететом, што је одбијањем мајке онемогућено.

⁴⁷⁰ *Kautzor v Germany*, пред. бр. 23338/09, пресуда од 22. марта 2012. године. Подносилац је немачки држављанин који је у децембру 2003. године закључио брак са својом супругом. Супружници су престали да живе заједно у јуну 2004. године, а следећег месеца супруга је обавестила подносиоца да је трудна. Њихов брак је разведен у новембру исте године. У марту 2005. године супруга је родила дете. У мају 2006. године подносилац је изразио намеру да призна дете и да одржава контакт са дететом. Истог месеца нови партнер мајке са којим је она закључила брак у августу 2006. године и са којим је добила двоје деце, рођене 2006. и 2008. године, признао је очинство над дететом рођеним 2005. године. Подносилац је пред судом покренуо поступке за утврђивање свог и оспоравање очинства новог супруга мајке. Суд је детету поставио посебног старатеља, који је утврдио да постоји породични живот између детета и новог супруга мајке, као и да је интересу детета да се заштити постојећи, већ успостављен породични живот. Подносилац није имао право на утврђивање свог биолошког очинства у ситуацији када дете има већ утврђено очинство. Жалбе подносиоца на одлуке о одбијању спровођења ДНК теста су одбачене. Подносилац се жалио да је немогућност утврђивања његовог очинства довела до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

⁴⁷¹ Видети и *Nekvedavicius v. Germany* пред. бр. 46165/99, пресуда од 19. јуна 2003. године; *L. v. the Netherlands*, пред. бр. 45582/99, пресуда од 1. јуна. 2004. године; *Anayo v. Germany*, пред. бр. 20578/07 пресуда од 21. децембра 2010. године.

Оваквом одлуком Суда онемогућено је да ванбрачни отац, уз постојање намере, оствари право на поштовање породичног живота у односу на дете. Такође, оваква одлука Суда супротна је ставу да се цени и потенцијални породични живот, породични живот „у намери“, што је констатовано у случајевима *Nuutinen, Keegan, G против Холандије*. Слично, у случају *Nylund против Финске*,⁴⁷² ЕСЈП је назначио да се породични живот односи на везу између оца и његовог детета рођеног ван брака. У овом случају, иако је отац живео са мајком у тренутку зачећа детета и био верен са њом, он није успоставио никакву емотивну везу са дететом које је рођено док је мајка била у браку са другим мушкарцем. Веза подносиоца представке са дететом није довољна да би се могла подвести под појам породичног живота. ЕСЈП је изнео занимљиво објашњење, у супротности са чланом 7. Конвенције о правима детета и прокламованим правом детета да зна своје порекло, да је оправдано становиште домаћих судова у погледу давања већег значаја интересима детета за стабилношћу постојећег породичног живота над интересима подносиоца за утврђивањем биолошке истине. Суд се позвао на случај *Kroon* и истакао, да за разлику од тог случаја у коме су оба родитеља детета имала намеру да се утврди порекло детета, у овом случају не постоји сагласност биолошких родитеља да се утврди порекло детета, већ обратно - постоји противљење мајке детета и њеног супруга. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

ЕСЈП заузима став да у случају сазнања да муж мајке није биолошки отац детета, уколико је између детета и његовог правног оца успостављен породични живот, оспоравање брачног очинства је супротно интересима детета. Стога, рођење детета у браку мајке и њеног супруга, праћено успостављањем породичног живота детета и правног оца, доводи до немогућности да се утврди повреда права на поштовање породичног живота између детета и биолошког оца,

⁴⁷² *Nylund v. Finland*, пред. бр. 27110/95, пресуда од 29. јуна 1999. године. У овом случају радило се о оспоравању брачног очинства. Подносилац представке тврдио је да је биолошки отац детета, чија је мајка у време рођења детета била у браку са другим мушкарцем. Подносилац је дао изјаву о признању детета, али признање није прихваћено од стране суда позивањем на правну претпоставку о утврђивању очинства на основу брака мајке детета. Жалба није била могућа против такве одлуке суда. Након тога, подносилац је покушао да утврди да ли је он биолошки отац детета, али је суд то одбио аргументујући да нема право на оспоравање очинства детета које је рођено у браку својих родитеља, с обзиром да би то било у супротности са интересима детета, као и да би утврђивање очинства довело до поремећаја породичних односа детета и његове породице. Према финском праву, као што видимо, није било могуће оспоравање брачног очинства.

чак и када је постојао породични живот између њих (заједнички живот). У сукобу правног очинства праћеног породичним животом и биолошког очинства, правно очинство односи превагу. ЕСЈП даје превагу праву детета на стабилност породичних односа у односу на право детета да сазна своје порекло и право биолошког оца на поштовање породичног живота са дететом. Међутим, непостојање могућности и наметање ограничења да брачни отац оспори своје очинство предствала повреду члана 8. Конвенције (*Mizzi*). У делу када брачни отац има намеру да оспори сопствено очинство, пресудну важност на став Суда поводом утврђивања повреде има савесност правног оца поводом чињенице непостојања биолошке везе са својим дететом.

Интерес детета у овој области јавља се као пресудна чињеница с обзиром на то да се поставља питање да ли је у интересу детета оспоравање брачног очинства. Уколико Суд нађе да је спречавање оспоравања очинства не користи нити једној страни (*Kroon*), такав акт домаћих власти доводи до повреде права на поштовање приватног живота. Супротно у случајевима *Kautzor* и *Nylund*. Неопходан услов за оспоравање брачног очинства од стране биолошког оца је његов захтев за вршењем родитељског права. Претходно питање је постојање породичног живота између биолошког оца и детета.

Породични живот између брачног оца и детета настаје самим рођењем детета (на исти начин као и код материнства) и држава је дужна да штити тако успостављен породични живот путем права на поштовање породичног живота.

3.2. Ванбрачно очинство

3.2.1. Уводне напомене

За разлику од брачног очинства које се претпоставља, ванбрачно очинство треба да се докаже - признањем (давањем сагласности са признањем) или у судском поступку. На тај начин се на страни ванбрачног оца намеће захтев да докаже своју подобност за успостављање права на поштовање породичног живота.⁴⁷³ Питање права детета на утврђивање биолошког порекла од стране оца

⁴⁷³ R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008, стр. 41.

постаје значајно имајући у виду да ЕКЉП не предвиђа од ког тренутка настаје породични живот између ванбрачног оца и детета. Утврђивање чињенице биолошког порекла не доводи аутоматски до постојања права на поштовање породичног живота. Потребни су и додатни услови.

Правна правила о утврђивању порекла детета од стране оца имају корен у друштвеним правилима. У Јужној Америци и скандинавским земљама држава има обавезу да утврди порекло детета од стране оца.⁴⁷⁴ Такође, и културне норме одређују став правног система према ванбрачном очинству - у Шведској се 54% деце роди у ванбрачним заједницама.⁴⁷⁵

Традиционално, породично право није захтевало намеру ванбрачног оца да врши родитељско право да би се створила права и обавезе између њега и детета. Утврђивањем порекла детета признавала се правна веза, и није се постављао додатни захтев у виду намере вршења родитељског права.⁴⁷⁶

Немачки Савезни Уставни суд утврдио је да тамо где не постоји породична веза у свакодневном животу, нема се шта заштитити посредством права на поштовање породичног живота.⁴⁷⁷ У Ирској отац детета рођеног ван брака нема уставна права према детету.⁴⁷⁸ Ако се узме да проста биолошка чињеница (генетска веза) успоставља породични живот, исти ће постојати у случајевима донаторства генетског материјала. То ствара низ породичних права и обавеза, а пре свега, право на личне односе са дететом и право детета на издржавање.

За разлику од брачног очинства где чињеница рођења детета ствара право на поштовање породичног живота мужа мајке и детета, код ванбрачног очинства биолошка веза оца и детета у одсуству додатних услова - заједничког живота родитеља, заједничког живота оца и детета, постојања контакта оца и детета, показивања намере оца да одржава личне односе са дететом, не доводи до формирања права на поштовање породичног живота. У циљу олакшања

⁴⁷⁴ A. Bainham, *Contact as a Right Obligation*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 84.

⁴⁷⁵ B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 184. Предложено је још 1998. године да ванбрачни отац добије заједнично вршење родитељског права након три месеца од утврђивања ванбрачног очинства, уколико се мајка томе не противи.

⁴⁷⁶ K. K. Baker, *Asymmetric Parenthood*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 137.

⁴⁷⁷ W. Voegeli, *Basic Values and Family Law in Recent Judgments of the Federal Constitutional Court of Germany*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 33.

⁴⁷⁸ C. O' Mahony, *Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 1, 2012, стр. 33.

утврђивања порекла детета од стране ванбрачних очева постоји намера неких законодавстава да се родитељско право додели сваком ванбрачном оцу који пријави рођење свог детета.⁴⁷⁹

У случају *G. против Холандије*,⁴⁸⁰ Суд је сматрао да проста биолошка чињеница не ствара породични живот.⁴⁸¹ „Голо“ ванбрачно очинство, без намере вршења родитељског права не рађа право на поштовање породичног живота. Ипак, нехатно ванбрачно очинство (зачеће детета без намере) ствара одређене правне обавезе - правну обавезу издржавања детета. Право детета на издржавање ослања се управо на чињеницу зачећа, те би одустанак од утврђивања очинства на основу биолошког критеријума повлачио и потребу реформе правила о издржавању детета. Са друге стране, ако се узме у обзир вољни критеријум, односно критеријум намере, долазимо до контрадикције - очинство није могуће без биолошке чињенице зачећа. Утврђивање очинства на основу намере крије опасност у погледу правне сигурности, у односу на утврђивање очинства на основу биолошке чињенице.

Чињеница да ванбрачни отац аутоматски не стиче родитељско право може бити разлог повреде више права ванбрачног оца. Ипак, ЕСЈП је истакао да државе могу установити различита правила за утврђивање биолошког порекла детета од стране оца. Различито третирање мушкараца у односу на њихову децу у зависности од брачног статуса није супротно ЕКЈП,⁴⁸² насупротив различитом третирању брачне и ванбрачне деце које, као што смо утврдили, јесте у колизији са Конвенцијом (*Marckx*).

За разлику од УН Конвенције о правима детета где породични живот између детета и родитеља почиње од тренутка рођења детета, ЕСЈП сматра да породични живот између детета и оца може, али не мора, настати чињеницом утврђивања биолошког порекла.

⁴⁷⁹ Н. Swindells, А. Neaves, М. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 95.

⁴⁸⁰ *G. v Netherlands*, пред. бр. 15927/89, пресуда од 19. октобра 1992. године.

⁴⁸¹ Видети, D. Harris, М. O'Boyle, Е. Bates, С. Buckley, С. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, стр. 373.

⁴⁸² R. Probert, *Cretney's Family Law*, London, 2003, стр. 213.

3.2.2. Унификација правила о утврђивању ванбрачног очинства

У домаћим државама постоје намере да се успостави нов модел одговорног очинства, путем првог корака - могућности утврђивања порекла детета од стране ванбрачног оца при самом рођењу. Постојеће умањење одговорности ванбрачних очева за децу оличено кроз отежано утврђивање статуса родитеља, резултира у даљем одсуству њихове одговорности за дете.⁴⁸³ Тежи се измени улоге оца од даваоца материјалних средстава ка „активном очинству“ где је акценат на одговорном понашању оца у погледу васпитања и неге детета. Који је циљ наведених реформи? Сматрамо да се тиме жели постићи повећање утицаја оца, независно од (ван)брачног статуса, на три сегмента: утврђивање порекла детета, омогућавање одржавања личних односа оца и детета, како за време трајања заједнице живота са мајком детета, тако и након престанка заједнице живота, и на крају, обавезу оца да издржава дете.⁴⁸⁴

У Европским правним системима издвајају се три начина стицања правног статуса родитеља када се ради о ванбрачном оцу: системи где ванбрачни отац може стећи родитељско право само уз сагласност мајке (Немачка),⁴⁸⁵ системи где ванбрачни отац стиче родитељско право или уз сагласност мајке или судском одлуком, уз услов да је то у најбољем интересу детета (Енглеска) и системи где отац стиче родитељско право без обзира на (ван)брачни статус (Италија, Шпанија, Белгија, Русија, Француска, Данска, Чешка, Мађарска, Пољска, Литванија).

Мајка путем могућности да (не)наведе свог ванбрачног партнера приликом рођења детета у матичној књизи рођених, може утицати на конституисање права на поштовање породичног живота између детета и оца - вршење родитељског права ванбрачног оца и права на контакт ванбрачног оца са дететом.⁴⁸⁶

⁴⁸³ J. Wallbank, *Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the "Problem" of Contact*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 297.

⁴⁸⁴ Оријентација потпуне способности и самосталности жена у прокреацији деце и вршењу родитељске функције изгледа да полако губи на значају у односу на доктрину која признаје потребу укључивања оба родитеља у процес подизања детета, без обзира на статус њихове животне заједнице.

⁴⁸⁵ P. Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge, 2011, стр. 53, о томе да је решење немачког права о неопходности давања сагласности мајке за признање очинства противно Европској конвенцији о људским правима.

⁴⁸⁶ U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Strasbourg, 2003, стр. 49.

За разлику од предлога Комисије за Европско породично право (*CEFL*) за унификацију правила о утврђивању очинства, у Немачкој се ванбрачно очинство не може утврдити без сагласности мајке.⁴⁸⁷ Немачко право сматра да се у случају противљења мајке не може утврдити родитељско право ванбрачног оца, с обзиром на то да би то било у супротности са најбољим интересом детета.⁴⁸⁸ У Енглеској право на поштовање породичног живота ванбрачног оца са дететом може да се формира паралелно са родитељским правом мајке. Дозвољено је да се испитује захтев ванбрачног оца за добијањем статуса родитеља и поред противљења мајке. Енглески судови цене следеће околности: степен посвећености који је отац показао према детету, степен повезаности који постоји између оца и детета и разлоге зашто отац тражи родитељско право.⁴⁸⁹ Док Принципи *CEFL* аутоматски укључују ванбрачног оца у вршење родитељског права, немачко право искључује оца да би се избегло његово мешање у породични живот детета. Оправдано стоји критика у погледу оваквог решења немачког права да се примат даје осећају мајке на рачун благостања детета оличеног у одржавању личних односа са другим родитељем.⁴⁹⁰

Поредећи два система налазимо да решење немачког права крши право на поштовање породичног живота између ванбрачног оца и детета, док решење енглеског система није у супротности са чланом 8. ЕКЉП. Интереси мајке и детета не штите се на тај начин што се ванбрачном оцу не дозвољава да успостави породични живот, а самим тим и право на поштовање породичног живота са дететом. Пре сматрамо овакво решење немачког права супротно најбољим интересима детета. Уколико се, пак, покаже да ванбрачни отац не жели да врши родитељско право, или га врши на штету детета, он може (и треба) да буде лишен родитељског права.

⁴⁸⁷ K. Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Cristina Gonzales Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, Antwerpen, 2007, стр. 84.

⁴⁸⁸ J. M. Scherpe, Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 49.

⁴⁸⁹ Занимљиво је да судови у великом проценту одобравају захтеве очева. Одбијање захтева чини се у случајевима претходног насиља оца према мајци или детету. У 2006. години у Енглеској је одбијено само 148 од 9674 захтева за утврђивањем родитељског права ванбрачних очева, J. M. Scherpe, Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 53.

⁴⁹⁰ J. M. Scherpe, Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 60.

Док је раније оправдање додељивања родитељског права ванбрачном оцу било у обезбеђивању издржавања за дете и омогућавању доношења одлука везаних за дете од стране ванбрачног оца, данас се то аргументује успостављањем емотивног односа ванбрачног оца са дететом.⁴⁹¹

3.2.3. Утврђивање ванбрачног очинства

3.2.3.1. Претходни услови за утврђивање (признање) ванбрачног очинства - пословна способност и развод брака

Немогућност признања очинства услед лишења пословне способности представља повреду члана 8. Конвенције.

У случају *Krušković против Хрватске*,⁴⁹² ЕСЈП је констатовао да, иако извесна ограничења приватног и породичног живота особа које су лишене пословне способности не могу бити избегнута, неопходно је постојање процедуре за ограничење тих права. Према домаћем праву, подносилац није могао услед губитка пословне способности да призна очинство или да покрене поступак у коме ће се утврдити биолошка чињеница његовог очинства.⁴⁹³ Немогућност утврђивања очинства у периоду од две и по године оставила је подносица у стању правног вакуума, све до тренутка када је социјална служба на сопствену иницијативу покренула поступак утврђивања очинства. Игнорисањем захтева подносиоца да је он биолошки отац детета држава је пропустила да испуни своје

⁴⁹¹ Н. Reece, *Degradation of Parental Responsibility*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 98.

⁴⁹² *Krušković v Croatia*, пред. бр. 46185/08, пресуда од 21. јуна 2011. године. Подносилац је хрватски држављанин који је 2003. године лишен пословне способности услед употребе наркотика. Он је 2007. године од стране једне жене наведен као отац детета кога је она родила. Подносилац је дао изјаву пред матичном службом да је он отац детета и том приликом је уписан у матичну књигу рођених. Када је накнадно социјална служба обавестила матичну службу да је подносилац приликом давања изјаве о признању очинства био лишен пословне способности, упис очинства је поништен. Социјална служба је 2010. године покренула поступак за утврђивање дететовог очинства. Тај поступак био је у току у време одлучивања ЕСЈП поводом овог случаја. Подносилац се жалио да одлука домаћих власти да му се не дозволи признање очинства услед лишења пословне способности представља повреду права на поштовање приватног и породичног живота.

⁴⁹³ Тако и J. Омејец, *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права*, Загреб, 2013, стр. 863.

позитивне обавезе, што је довело до повреде права на поштовање приватног и породичног живота подносиоца из члана 8. Конвенције.

Немогућност закључења брака родитеља детета и спречавање утврђивања брачног статуса детета у том случају, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Johnston и други против Ирске*,⁴⁹⁴ огледа се веза између брачног права, тачније развода брака и утврђивања ванбрачног очинства. ЕСЉП је истакао да нормално развијање биолошких породичних веза између оца и детета подразумева да ванбрачно дете буде у социјалном и правном погледу у истом положају као и брачно дете.⁴⁹⁵ Постојећа позиција детета показује да постоји значајна разлика у статусу деце у ирском праву у односу на облик заједнице његових родитеља.⁴⁹⁶ Према ставу ЕСЉП, није дозвољено различито третирање деце у зависности од (ван)брачног статуса његових родитеља. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.⁴⁹⁷ Развој породичног живота између ванбрачног оца и детета захтева да ванбрачни отац буде стављен у равноправан положај са брачним оцем, те да породични живот између родитеља и детета треба да буде правно заштићен независно од брачног статуса детета.⁴⁹⁸ Истиче се да је ово једна од најконзервативнијих одлука ЕСЉП, имајући у виду чињеницу да је Суд утврдио да у погледу развода брака државе имају широко поље слободне процене, те да право на развод брака није гарантовано ЕКЉП.⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ *Johnston v Ireland*, пред. бр. 9697/82, пресуда од 18. децембра 1986. године. Подносилац је мушкарац, ирски држављанин, рођен 1930. године, чије је дете рођено 1971. године у ванбрачној вези са мајком детета. С обзиром на то да је отац био у пуноважном браку са другом женом у време рођења детета (са којом има троје деце), те да ирско право не дозвољава развод брака, није било могуће да се успостави правно признање ванбрачног очинства са истим правним последицама које производи брачно очинство. Подносилац се жалио да је немогућност развода и закључења новог брака спречила утврђивање његовог порекла у односу на дете самим рођењем, што је довело до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

⁴⁹⁵ M. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford, 2000, стр. 231.

⁴⁹⁶ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 80; H. Swindells, A. Neaves, M. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 90.

⁴⁹⁷ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 119.

⁴⁹⁸ M. Antokolskaia, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, стр. 357.

⁴⁹⁹ M. Antokolskaia, *Family Values and the Harmonization of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 303 и даље. Позадина ове пресуде ЕСЉП открива везу политичког утицаја на стварање правних норми у једној држави. Непосредно пре доношења пресуде ЕСЉП у случају *Johnston*, 26. јуна 1986. године, велика већина грађана Ирске је на референдуму одбила признање права на развод брака. То је утицало на одлуку ЕСЉП који је "констатовао" већинску политичку вољу народа Ирске изнету на референдуму.

3.2.3.2. Обавеза мушкарца да се подвргне ДНК анализи

Неспровођење налога о обавезном (принудном) подвргавању ДНК анализи у поступку утврђивања ванбрачног очинства, представља повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Mikulić против Хрватске*,⁵⁰⁰ било је речи о процедури успостављања односа између ванбрачног оца и детета. ЕСЉП је истакао, имајући у виду праксу држава поводом подвргавања ДНК тесту, да члан 8. Конвенције не обавезује државе да се одређено лице мора подвргнути ДНК тесту. Ипак, иако не постоји обавеза принудног вештачења, државе су дужне да предвиде друге начине којима ће се у кратком року омогућити утврђивање ванбрачног очинства.⁵⁰¹ Одредба домаћег законодавства према којој суд има дискреционо право да цени доказе, не представља адекватно средство за утврђивање очинства у ситуацији када претпостављени отац избегава ДНК тестирање. Особе у ситуацији подносиоца имају витални интерес заштићен Конвенцијом да добију информације како би се открила истина о важном аспекту њиховог личног идентитета - пореклу од стране оца.⁵⁰² ЕСЉП је утврдио да у овом случају не постоји породични однос нити породични живот између подносиоца и наводног оца. Ипак, утврђивање правне везе између биолошког оца и детета рођеног изван брака може се подвести под појам приватног живота. Подносиочев захтев за утврђивањем идентитета од стране оца сведочи да постоји директна веза између утврђивања очинства и

⁵⁰⁰ *Mikulić v Croatia*, пред. бр. 53176/99, пресуда од 7. фебруара 2002. године. Подносилац представке је дете рођено у ванбрачној заједници 1996. године. Дете и мајка су у јануару 1997. године поднели тужбу за утврђивање очинства против мушкарца за кога су сматрали да је отац детета. Очинство је утврђено судском одлуком у јуну исте године. Суд је усвојио жалбу туженог и дошло је до новог поступка у коме је тужени обавезан да се подргне ДНК тесту што је он одбио у шест наврата. Тужени је, такође, одбијао да присуствује рочиштима на које је редовно позиван. У јулу 2000. године суд је утврдио очинство туженог мушкарца али је и ова одлука укинута по жалби. Након три и по године његовог неодазивања, суд је донео пресуду којом утврђује очинство наведеног мушкарца, и то на основу исказа мајке и његовог избегавања да се подвргне ДНК анализи. У новембру 2001. године суд је поново утврдио очинство туженог над подносиоцем, али је и против те одлуке поднета жалба. Поступак по жалби је у току. Подносиоци су се жалили да су одредбе хрватског законодавства о изостанку принудног вештачења код утврђивања ванбрачног очинства, онемогућавале да дете успостави порекло од стране оца а самим тим и довеле до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

⁵⁰¹ Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 862; А. W. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, стр. 147.

⁵⁰² J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 68.

приватног живота. Интерес особе која жели да утврди порекло од стране оца треба осигурати на начин да се омогући ефикасно утврђивање очинства.⁵⁰³ Такво ефикасно средство није било омогућено, с обзиром на то да наводни отац није био обавезан да се подвргне ДНК тесту, као и да је константно успешно оспоравао судске доказе.⁵⁰⁴ Неефикасност судских мера довела је подносиоца у стање продужене неизвесности у погледу његовог порекла. ЕСЉП је утврдио повреду члана 8. и то права на поштовање приватног живота.⁵⁰⁵ Сматрамо да је Суд исправно поступио и да је у недостатку заједничког живота или одржавања личних односа нашао повреду права на поштовање приватног живота. Својствено нашој хипотези да се породични живот између родитеља и детета успоставља заједничким животом или одржавањем личних односа, у овом случају ЕСЉП није могао утврдити повреду права на поштовање породичног живота, стога што породични живот између детета и оца није ни успостављен. Онемогућавање подносиоца да утврди порекло од стране оца оправдано је сматрано повредом његовог права на поштовање приватног живота. Овом пресудом ЕСЉП је признао у пуном капацитету право детета на идентитет, предвиђено Конвенцијом о правима детета.⁵⁰⁶

Пропуст суда да цени одбијање мушкарца да се подвргне ДНК тесту доводи до повреде права на поштовање приватног живота.

⁵⁰³ S. Besson, *Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Num. 21/2007, стр. 151.

⁵⁰⁴ У француском праву мајка и дете су могли још у XVIII веку да поднесу тужбу за утврђивање очинства, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 59.

⁵⁰⁵ H. Danelius, *Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 156.

⁵⁰⁶ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 71.

У случају *А. М. М. против Румуније*,⁵⁰⁷ ЕСЈП је навео да старатељ социјалне службе није учествовао у поступку утврђивања очинства, иако је према одредбама домаћег права био обавезан на то, нити је дете и мајку заступао адвокат током поступка.⁵⁰⁸ Неучествовање старатеља није надомештено другим видом заштите детета у поступку - нпр. путем заступања адвоката или присуства јавног тужиоца. Суд није уважио ни захтев мајке да се саслушају сведоци. Уважавајући најбољи интерес детета, дужност домаћих власти била је да детету обезбеде адекватну заштиту интереса у поступку. То се посебно огледа у чињеници да је мајка детета током поступка стављена под заштиту социјалне службе. Домаће право није имало одредби да се наводни отац принуди да изврши ДНК анализу и тиме утврди порекло детета. Уобичајено је да судови изврше процену одбијања мушкарца да се подвргне вештачењу и тако спречи извођење доказа. У овом случају суд је пропустио да пружи оцену доказа одбијања партнера мајке да се изврши ДНК анализа. Домаћи судови нису направили правилну процену интереса детета да сазна своје порекло од стране оца и права наведеног оца да одбије медицинско вештачење и учествује у судском поступку утврђивања очинства. Наведене околности су, према мишљењу ЕСЈП, довеле до повреде члана 8. Конвенције.

Неучествовање мушкарца у поступку у коме је утврђено његово очинство представља повреду права на поштовање приватног живота.

⁵⁰⁷ *A. M. M. v Romania*, пред. бр. 2151/10, пресуда од 14. фебруара 2012. године. Подносилац је дете са инвалидитетом, румунски држављанин, рођено 2001. године у ванбрачној вези својих родитеља. Дете је најпре заступала мајка, али је услед инвалидитета мајке, накнадно дете заступала баба по мајци. С обзиром на то да очинство детета није утврђено, мајка детета је покренула поступак за утврђивање очинства против мушкарца који је био са њом у вези и за кога је она сматрала да је отац детета. Суду је представљен доказ у виду писане изјаве у којој партнер мајке признаје да је отац детета и да ће плаћати издржавање. Ипак, иако је суд наредио спровођење медицинског ДНК теста, партнер мајке није извршио тест нити је присуствовао рочиштима. Суд је 2003. године утврдио да мајка више не жели да се спроведе тест, већ жели да позива сведоке, и на основу такве промене одлучио је да обустави поступак. Жалба мајке на овакву одлуку суда је одбијена. Старатељ детета и поред судских позива није присуствовао судском поступку. Подносилац се жалио да је одлука о обустављању поступка утврђивања очинства повредила право на поштовање приватног и породичног живота.

⁵⁰⁸ Да од свих чланова Конвенције, члан 8. повлачи највећа овлашћења и учешће социјалних служби (социјалних радника), Н. Braune, Н. Carr, *Law for Social Workers*, Oxford, 2010, стр. 81.

У случају *Tsavelin Petkov против Бугарске*,⁵⁰⁹ ЕСЈП је истакао да је у овом случају реч о интересима три стране: детета, наводног оца и мајке детета. Исход поступка утврђивања очинства у потпуности је утицао на приватни живот подносиоца. Иако је он позван преко „Службених новина“ да учествује у поступку, након што није пронађен на својој адреси, домаће власти нису учиниле никакве друге напоре да га пронађу. Доказ за то је да је он пронађен на истој адреси 2004. године. Даље, подносилац је проглашен оцем детета без извођења ДНК теста. Суд подвучи да је овај тест најсигурнији вид доказа за утврђивање нечијег очинства и да са извесношћу надилази сва остала доказна средства. Остваривање права на поштовање приватног живота подразумева да је подносиоцу пружена прилика да изврши ДНК тест. У складу са тиме, неопходно је било лично учешће мушкарца у поступку утврђивања његовог ванбрачног очинства. Постављање заступника није било довољно да осигура адекватно и задовољавајуће заступање подносиоца. Утврђена је повреда члана 8. Конвенције.

3.2.3.3. Услови за постојање породичног живота између ванбрачног оца и детета

3.2.3.3.1. Заједнички живот родитеља?

У случају *Keegan против Ирске*,⁵¹⁰ ЕСЈП је утврдио да постојање породичног живота између ванбрачног оца и детета укључује заједнички живот родитеља, природу заједнице између родитеља и интересовање ванбрачног оца за дете. ЕСЈП је у овом случају утврдио постојање породичног живота између ванбрачног оца и детета иако никада нису живели заједно нити су имали

⁵⁰⁹ *Tsevelin Petkov v Bulgaria*, пред. бр. 2641/06, пресуда од 15. јула 2014. године. Подносилац је бугарски држављанин, рођен 1974. године, који је 1993. године закључио брак са женом која је родила дете 1990. године. Он је 1993. године дао изјаву да је отац тог детета, али је касније након развода брака 1997. године, покренуо 1999. године поступак понишења изјаве о признању очинства. Изјава је поништена 2001. године. Међутим, мајка детета је у марту 2002. године покренула судски поступак за утврђивање очинства подносиоца. Подносилац се није одазвао судским позивима и постављен је *ex officio* његов заступник. Суд је у децембру 2002. године донео одлуку којом утврђује да је он отац детета. Након што је пронађен, подносилац је сазнао 2004. године за ову одлуку и покушао је да покрене поступак оспоравања очинства, али је његов захтев одбијен. Подносилац се жалио да је одлука о утврђивању очинства без његовог учешћа у поступку повредила право на поштовање приватног живота.

⁵¹⁰ *Keegan v Ireland*, пред. бр. 16969/90, пресуда од 26. маја 1994. године.

регуларан контакт, већ су имали контакт само једном приликом.⁵¹¹ ЕСЉП је узео у заштиту потенцијални породични живот, с обзиром на то да је у овом случају давањем детета на усвајање од стране мајке, отац онемогућен да развија породични живот са дететом. Суд се позвао на члан 7. Конвенције о правима детета да дете има право да се о њему пре свих осталих особа старају родитељи.⁵¹² Оваквим ставом, ЕСЉП је знатно проширио појам породичног живота, узимајући као критеријум намеру одређене особе (ванбрачног оца) за остваривањем породичног живота. Примат је дат субјективном (намера),⁵¹³ у односу на објективне критеријуме (заједнички живот, одржавање контакта). Међутим, у овом случају недостатак објективног критеријума оличеног у заједничком животу био је последица противљења мајке контакту детета и оца. У сличним случајевима давања детета на усвојење без сагласности ванбрачног оца, ЕСЉП цени да ли постоји субјективни елемент (воља оца за одржавањем личних односа). Заједнички живот није постојао у тренутку рођења детета, али чињеница да је пар живео заједно већ две године и да је донео одлуку да добију заједничко дете условила је утврђивање постојања породичног живота између детета и оца од тренутка рођења детета.⁵¹⁴ Тако, ЕСЉП је у овом случају ценио породични живот успостављен пре рођења детета - претходни породични живот родитеља детета. Ипак, супротно оваквом ставу суда, сматрамо да се породични живот између оца и детета утврђује након рођења детета, да одлучујуће чињенице представљају услови након рођења детета - њихов заједнички живот или понашање оца према детету након рођења детета. Понашање ванбрачног оца пре рођења детета може бити само додатни критеријум који суд може узети у обзир, али никако одлучујући. Посвећеност, намера и понашање ванбрачног оца након рођења детета представљају пресудне околности за судску процену постојања породичног живота. У том делу се саглашавамо са Судом и сматрамо да треба пружити заштиту породичном животу уколико ванбрачни отац, у недостатку других

⁵¹¹ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 65.

⁵¹² H. Stalford, *Children and the European Union*, Oxford, 2012, стр. 38.

⁵¹³ О утицају намере на конституисање права на поштовање породичног живота код очинства, C. Forder, K. Saarloos, *The Establishment of Parenthood: Story of Successful Convergence?*, Maastricht, 2007, стр. 12. Тако се истиче да је у енглеском и шведском праву намера основ за настанак права на поштовање породичног живота, док у француском и немачком праву то није случај.

⁵¹⁴ H. Swindells, A. Neaves, M. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 87.

критеријума, показује интересовање за дете. Чак и у случају када мајка да дете на усвајање без сагласности оца, његово интересовање за дете биће манифестација за ЕСЉП да пружи заштиту породичном животу успостављеном пре рођења детета.⁵¹⁵

Слично, у случају *Berrehab против Холандије*,⁵¹⁶ ЕСЉП је утврдио да заједнички живот родитеља ванбрачног детета није пресудан елемент за постојање породичног живота између детета и ванбрачног оца, те да породични живот постоји иако родитељи не живе заједно.⁵¹⁷ Породични живот између родитеља и детета постоји и ако нема заједничког живота родитеља, независно од тога да ли је дете брачно или ванбрачно.⁵¹⁸ Заједнички живот родитеља није *conditio sine qua non* за постојање породичног живота између детета и родитеља.⁵¹⁹ Уколико су родитељи у законитом браку у том случају дете постаје део породичног живота тренутком рођења. Породични живот између детета и родитеља (ванбрачног оца) „надживљује“ престанак породичног живота супружника, односно развод или престанак ванбрачне заједнице родитеља. Породични живот између детета и родитеља наставља да постоји независно од породичног живота између родитеља детета, бивших супружника. Сматрамо да заједнички живот родитеља детета, као и заједнички живот детета и родитеља рађа обавезу ЕСЉП да утврди постојање породичног живота.

3.2.3.3.2. Интересовање ванбрачног оца за дете и природа односа родитеља детета

У погледу процене посвећености ванбрачног оца одржавању контакта са дететом, отац треба да покаже да је посвећен односу са дететом било кроз материјалну компоненту, издржавање детета,⁵²⁰ било кроз учестало одржавање

⁵¹⁵ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 119.

⁵¹⁶ *Berrehab v Netherlands*, пред. бр. 10730/84, пресуда од 21. јуна 1988. године.

⁵¹⁷ M. Holdgaard, *Family Life and Transsexuals*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 284.

⁵¹⁸ *Boughanemi v France*, пред. бр. 22070/93, пресуда од 24. априла 1996. године. О томе G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 120.

⁵¹⁹ D. Stevens, *The Asylum-Seeking Family*, у R. Probert, *Family Life and the Law Under One Roof*, Burlington, 2007, стр. 228.

⁵²⁰ Плаћање издржавања за дете представља, према ставу ЕСЉП, један од начина манифестације породичног живота, а тиме и конституисања обавезе државе да поштује породични живот, случај

личних односа са дететом или током трајања или након престанка заједнице са мајком детета.⁵²¹ Најсложенија ситуација јавља се у случају када ванбрачни отац није никада живео са мајком детета пре и након рођења детета, а поред противљења мајке жели да успостави породични живот са дететом.

За разлику од претпоставке постојања породичног живота између ванбрачне мајке и детета, ванбрачни биолошки отац има терет да докаже постојање довољног степена посвећености према свом детету.⁵²² То се посебно огледа у случајевима *Nylund против Норвешке*⁵²³ и *Lebbink против Холандије*,⁵²⁴ где се водило рачуна о природи везе између родитеља, односу који ванбрачни отац може да успостави са својим дететом, показаном интересу и посвећености оца за своје дете, како пре, тако и након рођења детета. У случају *Nylund*, ЕСЉП је утврдио значај потенцијалног односа који се могао развити између оца и детета рођеног ван брака. У одсуству заједничког живота ванбрачног оца са мајком детета, поклања се значај критеријуму намере кроз показивање интереса оца за дете пре и након порођаја, као и природи односа између родитеља детета.⁵²⁵ У случају *Lebbink*, ЕСЉП је истакао да сама чињеница биолошке везе оца и детета у одсуству додатних правних или фактичких елемената који указују на постојање блиске личне везе,⁵²⁶ није довољна да би се пружила заштита путем права на поштовање породичног живота.⁵²⁷ Непостојање контакта између детета и оца навело је ЕСЉП на закључак да не постоји породични живот између њих.⁵²⁸

Niedzwiecki v Germany, пред. бр. 58453/00 и 59140/00, пресуда од 25. октобра 2005. године. О томе, D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, стр. 395.

⁵²¹ H. Stalford, *Concepts of Family Under EU Law - Lessons from the ECHR*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol 16, Issue 3, December 2002, стр. 417.

⁵²² Да на основу праксе ЕСЉП, Конвенција прави разлику ванбрачних и брачних очева, C. McGlynn, *Families and European Union Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006, стр. 17.

⁵²³ *Nylund v Finland*, пред. бр. 27110/95, пресуда од 29. јуна 1999. године.

⁵²⁴ *Lebbink v Netherlands*, пред. бр. 45582/99, пресуда од 1. јуна 2004. године.

⁵²⁵ H. Danelius, *Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 157.

⁵²⁶ D. Stevens, *The Asylum-Seeking Family*, у R. Probert, *Family Life and the Law Under One Roof*, Burlington, 2007, стр. 228.

⁵²⁷ Tako, J. Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, стр. 332. Супротно ставу да је у овом случају потребно постојање додатних социјалних чињеница за формирање породичног живота, већ је довољно само рођење детета, C. Dekar, *J. Mc.B v. L.E.: The Intersection of European Union Law and Private International Law in Intra-European Union Child Abduction*, *Fordham International Law Journal*, бр. 34/2011, стр. 1448.

⁵²⁸ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 541.

Заједнички живот ванбрачног оца са мајком детета представља чврст доказ да између њега и детета постоји блиска веза манифестована као породични живот.

Критеријум посвећености оца за одржавањем личних односа са дететом у циљу успостављања породичног живота добија на значају у случају *Söderbäck против Шведске*,⁵²⁹ где отац детета никада није имао стабилну везу са мајком детета али је показао интерес за одржавањем контакта са дететом упркос противљењу мајке. ЕСЉП је нашао постојање породичног живота између оца и детета, иако отац никада није живео заједно са дететом нити је имао контакт са дететом. Ипак, ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота услед усвојења детета од стране очуха.⁵³⁰

Слично, у случају *Nuutinen против Финске*,⁵³¹ ЕСЉП је отишао и корак даље утврдивши постојање породичног живота и у одсуству заједничког живота ванбрачног оца и детета, и у одсуству било каквог контакта детета и оца. Понашање мајке и намере оца биле су одлучујуће чињенице за такво резонување ЕСЉП. Ванбрачни отац остварује породични живот са дететом (ћерком) иако никада није имао контакт са њом, али је поднео захтев да му се омогући контакт, с обзиром на то да се мајка противила одржавању контакта оца и детета. Поставља се питање да ли се на основу овакве одлуке може прихватити постојање породичног живота између ванбрачног оца и детета, ако је рођење детета резултат случајног зачећа.⁵³² Одговор је негативан ако ванбрачни отац није показао намеру да оствари лични однос са дететом. У сваком случају када отац, у одсуству заједничког живота са мајком или дететом и контакта са дететом, постави захтев (манифестује намеру) за одржавањем личних односа са дететом, сматрамо да Суд треба да утврди постојање породичног живота.

Закључујемо да ЕСЉП тражи постојање неке врсте породичне везе ванбрачног оца са мајком детета, било у тренутку зачећа или касније, у тренутку рођења или након рођења детета. Намера ванбрачног оца за одржавањем односа

⁵²⁹ *Söderbäck v Sweden*, пред. бр. 24484/94, пресуда од 28. октобра 1998. године.

⁵³⁰ M. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford, 2000, стр. 237.

⁵³¹ *Nuutinen v Finland*, пред. бр. 32842/96. пресуда од 27. јуна 2000. године.

⁵³² Имајући у виду случај из енглеске судске праксе *Leeds Teaching NHS Hospital Trust v A*, када је грешком у клиници дошло до оплодње мајке генетским материјалом другог мушкарца, а суд је сматрао да између рођених близанаца и биолошког оца чији је генетски материјал грешком коришћен не постоји породични живот, одговор на постављено питање је негативан J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 66.

са дететом може конституисати породични живот, али само под условом да се оствари, манифестује. Противљење мајке односу ванбрачног оца и детета имплицира да отац поднесе захтев за одржавањем личних односа са дететом, који ће бити доказ намере успостављања породичног живота. Сматрамо да за постојање породичног живота ванбрачног оца са дететом ЕСЈП најпре теба да захтева, у одсуству форме (брака), одређени квалитет везе ванбрачног оца са мајком детета. У случају одсуства извесног облика породичне везе са мајком, испитује се постојање односа оца и детета. Ако није утврђено постојање породичне везе ванбрачног оца са дететом, иде се на трећу фазу - испитивање постојања намере оца за успостављањем породичних односа са дететом. Овде се цени постојање намере оца, али одсуство било какве (претходне) везе са мајком детета не треба да повлачи непостојање породичног живота. Постојање извесног облика везе између родитеља детета сматра се одлучујућим условом за постојање породичног живота.

3.2.3.4. Немогућност утврђивања очинства услед признања детета од стране партнера мајке

Одбијање захтева биолошког оца детета да се утврди његово очинство услед признања детета од стране новог партнера мајке, уколико су биолошки отац и дете живели заједно, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Rozanski против Пољске*,⁵³³ ЕСЈП је навео да се веза подносиоца и детета сматра породичним животом. У случају постојања породичног живота обавеза је домаћих власти да се од тренутка рођења детета омогући развијање

⁵³³ *Rozanski v Poland*, пред. бр. 55339/00, пресуда од 18. маја 2006. године. Подносилац је пољски држављанин који је почео заједнички живот са својом партнерком 1990. године. Ванбрачни партнери су добили дете 1992. године. Мајка је 1994. напустила породични дом и одвела дете са собом. Након што се дете разболело, примљено је у болницу, али је мајка недуго након пријема одвела дете из болнице и скривала се са дететом неколико месеци. Подносилац од тог времена није имао сазнање где се дете налази. Он је поднео захтев да призна дете. У исто време, подносилац је захтевао да јавни тужилац покрене поступак за утврђивање очинства, што је одбијено уз образложење да је подносилац већ у своје име покренуо тај поступак. Нови партнер мајке је 1996. године признао очинство над дететом и уписан је у матичну књигу рођених као отац детета. Након тога, суд је обуставио поступак са образложењем недостатка активне легитимације подносиоца, услед тога што је очинство детета већ утврђено. Подносилац се жалио да је спречавање утврђивања његовог очинства довело до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

односа између детета и оца. То није било могуће с обзиром на ускраћивање процедуре на основу које мушкарац може правно утврдити биолошку везу са својим дететом.⁵³⁴ Домаће власти нису предузеле никакве мере да се утврди биолошка истина о пореклу детета. Подносилац ниједном није саслушан у циљу утврђивања порекла детета, а самим тим и вршења родитељског права, као ни у односу на околност да ли би утврђивање подносиоцевог очинства било у супротности са интересима детета. Није доказано да би утврђивање очинства подносиоца штетило интересима детета. Околност да је други мушкарац признао очинство није била довољна да се одбије право подносиоца да утврди своје очинство. ЕСЉП је констатовао да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

3.2.3.5. Утврђивање ванбрачног очинства у супротности са интересима детета

Одбијање захтева биолошког оца да се утврди ванбрачно очинство, чак и када постоји породични живот између оца и детета, позивањем да би то угрозило стабилност породичног живота детета, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Yousef против Холандије*,⁵³⁵ ЕСЉП је утврдио да биолошко очинство подносиоца није било спорно и да је он живео са мајком и дететом одређени период након рођења детета. Он је и након што је мајка преминула наставио да одржава регуларан контакт са дететом и тиме одржавао већ успостављени породични живот. Одлука домаћих власти да не дозволе правно

⁵³⁴ О томе говори и пресуда Уставног суда Немачке, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 765.

⁵³⁵ *Yousef v Netherlands*, пред. бр. 33711/96, пресуда од 5. септембра 2000. године. Подносилац представке је египатски држављанин који је дошао у Холандију 1986. године и оженио се холандском држављанком. Следеће године пар је добио дете. Подносилац се уселио код мајке детета и живео са њима до одласка на Блиски исток 1991. године. Током његовог боравка на Блиском истоку, контакт са дететом и мајком одвијао се у облику неколико писама. Мајка је 1993. године написала у тестаменту да жели да се о детету стара њен брат, ујак детета, с обзиром на то да је обелела од тешке болести. Такође је навела да подносилац не треба да одржава контакт са њиховим дететом. Подносилац је 1994. године покренуо поступак признања очинства. Матичне службе одбиле су његов захтев за упис очинства са образложењем да није утврђено постојање породичног живота између њега и детета. Суд је накнадно утврдио да је веза подносиоца са мајком и детета толико слаба да се никако не може подвести под појам породичног живота. Жалба подносиоца одбијена је и од стране Врховног суда. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању утврђивања очинства повредила његово право на поштовање породичног живота.

признање његовог очинства над дететом није подносиоца лишило у потпуности уживања породичног живота, с обзиром на то да је он могао и даље да одржава контакт са дететом. Интереси детета преовладали су интересе оца, с обзиром на то да би признање очинства и одлазак детета да живи са њим довело до поремаћаја устаљеног живота детета са својим ујаком. ЕСЉП је констатовао да није било повреде права на поштовање породичног живота.

Ова пресуда пружа нам доказ да и поред постојања породичног живота између оца и детета, отац није особа која пре свих других има право да врши родитељско право над дететом у случају када би вршење родитељског права подразумевало, према мишљењу ЕСЉП, угрожавање стабилности детета.⁵³⁶ Сматрамо да је ово веома контроверзна одлука ЕСЉП, имајући у виду да је између детета и оца постојао породични живот, те да би у супротности са Конвенцијом било давање предности вршења родитељског права другим особама, а не родитељима, у случају када није утврђена неподобност родитеља да врше родитељско право. Сматрамо оправданом промену становишта Суда у односу на случај *Yousef*, када је накнадно, у случају *С. против Финске*, одлучено да у случају сукоба права на поштовање породичног живота родитеља и других особа, у односу на дете, родитељи имају примат.

3.2.3.6. Утврђивање ванбрачног очинства - временски рок

Одбијање захтева детета да се утврди ванбрачно очинство и након истека законског рока, уз постојање савесности - да дете није сазнало за порекло од стране оца унутар законског рока, повлачи повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Phinikaridou против Кипра*,⁵³⁷ ЕСЉП је навео да, самостално посматран, временски рок за утврђивање очинства није у супротности са ЕКЉП, с

⁵³⁶ G. Shannon, Child Law, Dublin, 2010, стр. 93.

⁵³⁷ *Phinikaridou v Cyprus*, пред. бр. 23890/02, пресуда од 20. децембра 2007. године. Подносилац је држављанин Кипра, одрасла особа која је за биолошко порекло од стране оца сазнала у децембру 1997. године. С обзиром на то да су домаће власти 1991. године усвојиле Закон према коме се очинство детета рођеног ван брака може утврдити три године од стицања пунолетства детета, или у року од три године од дана доношења Закона, подносилац који је поднео затев за утврђивање очинства у јуну 1999. године, није могао да утврди своје очинство. Жалба подносиоца Врховном суду је одбијена. Подносилац се жалио да је онемогућавање утврђивања очинства довело до повреде његовог права на поштовање приватног живота.

обзиром на то да може бити оправдан намером да се постигне правна сигурност и извесност у породичним односима. Питање је да ли треба дозволити изузетке у случајевима када се након истека рока сазнало за чињеницу биолошког порекла детета. Тачније, да ли чињеница савесности може утицати на утврђивање порекла детета изван прописаних рокова. Иако не постоји потпуна сагласност међу државама чланицама Савета Европе, велика већина држава не предвиђа временско ограничење у коме дете може покренути поступак за утврђивање ванбрачног очинства. Сматрано је да су, у контексту савесности, временски рокови нефлексибилни имајући у виду чињеницу накнадног сазнања детета за порекло од стране оца, односно објективну немогућност да дете сазна за биолошко порекло унутар законског рока, од оних случајева када дете не покрене поступак у законском року из других разлога. Одлука домаћег суда дала је претежни значај интересима претпостављеног оца и његове породице у односу на право подносиоца да сазна своје порекло. Истакнуто је да се у случају утврђивања очинства, осим процене интереса особе чије се очинство утврђује и интереса претпостављеног оца, узимају у обзир и интереси трећих страна, попут интереса породице наводног оца. Упркос извесном пољу слободне процене држава, имајући у виду суштински значај подносиоца да утврди своје порекло од оца, одбијање домаћих власти да то омогуће довело је до повреде права на поштовање приватног живота.⁵³⁸

3.2.3.7. Утврђивање ванбрачног очинства транссексуалаца

Одбијање захтева транссексуалног партнера мајке који живи са дететом и мајком да буде уписан као отац детета не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

⁵³⁸ За утврђивање ванбрачног очинства и истек законског рока, видети и пресуду у случају *Backlund v Finland* пред. бр. 36498/05, пресуда од 6. јула 2010. године.

У случају *X. Y. Z. против Уједињеног Краљевства*,⁵³⁹ Европска комисија је донела одлуку да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота, с обзиром на то да међу државама чланицама не постоји консензус по питању признања родитељског права транссексуалних особа, те да транссексуализам изазива сложена правна, морална и социјална питања. Комисија је сматрала да укључивање подносиоца у сам поступак зачећа детета биомедицинским путем даје довољно основа да постоји породични живот између њега и детета. Подносилац – транссексуалац, према ставу Суда, учествовао је у поступку биомедицинског оплођења као отац детета. Развијен однос (породични живот) социјалног оца и детета не би ни у чему нашкодио интересима детета.⁵⁴⁰ Ипак, постојање породичног живота није било довољно да ЕСЉП утврди да је одбијање уписа транссексуалног партнера мајке, као оца детета, довело до повреде његовог права на поштовање породичног живота. Уписивање подносиоца у матичну књигу рођених као оца детета, према ставу ЕСЉП, не би ни у чему допринело интересу детета. У овом случају ЕСЉП није хтео да дозволи успостављање права на поштовање породичног живота између транссексуалног ванбрачног оца и детета.⁵⁴¹ ЕСЉП је утврдио листу услова који ће утицати на (не)постојање породичног живота између детета и ванбрачног оца: заједнички живот партнера, дужина њиховог породичног односа, да ли су показали међусобну посвећеност кроз намеру да добију дете или на неки други начин. Најпре се почиње од заједничког живота, затим се цени дужина заједничког живота, а на крају постојање заједничке деце. ЕСЉП је истакао да је постојање породичног живота чињенично питање.⁵⁴² Одсуство биолошке везе не подразумева одсуство породичног живота. У овом случају ЕСЉП је по први пут формално признао

⁵³⁹ *X. Y. Z., v United Kingdom*, пред. бр. 21830/93, пресуда од 22. априла 1997. године. Подносиоци су британска држављанка, мајка детета, њен транссексуални партнер и дете. Први подносилац, жена X. која се подвргла третману вештачке оплодње уз помоћ донираних сперматозоида, родила је 1992. године ћерку Z. Трансексуални партнер мајке тражио је да буде уписан као отац детета. Социјалне службе Уједињеног Краљевства одбиле су захтев са образложењем да биолошки мушкарац може да буде уписан као отац детета, али не и транссексуална особа.

⁵⁴⁰ U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Strasbourg, 2003, стр. 49.

⁵⁴¹ Видети C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights - Commentary-*, Munich, 2014, стр. 193; J. Munby, *Families Old and New - The Family and Article 8, Child and Family Law Quarterly*, Vol. 17, No. 2, 2005, Bristol, стр. 505.

⁵⁴² Tako, H. Swindells, A. Neaves, M. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 44.

постојање породичног живота без биолошке везе.⁵⁴³ Учешће трансексуалног социјалног оца у поступку биомедицинског оплођења легитимисало га је за постојање породичног живота са дететом.⁵⁴⁴ Међутим, ни то није било довољно да Суд нађе повреду права на поштовање породичног живота услед одбијања да се „социјални“ отац упише у матичну књигу као отац детета.

3.2.3.8. Биомедицински потпомогнуто оплођење

3.2.3.8.1. Ускраћивање сагласности ванбрачног партнера за потпомогнуто оплођење

Уништавање ембриона након повлачења сагласности ванбрачног партнера за поступак вештачког оплођења није у супротности са Конвенцијом и не доводи до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

У случају *Evans против Уједињеног Краљевства*,⁵⁴⁵ ЕСЉП је утврдио да је партнер подносио деловао у доброј вери када се подвргао вештачкој оплодњи, са уверењем да ће његова веза са партнерком трајати и у будућности. Не постоји међународно утврђен консензус о чувању ембриона створених поступком биомедицински потпомогнутог оплођења, тако да је Уједињено Краљевство једна од држава која дозвољава партнерима да повуку сагласност о коришћењу

⁵⁴³ Идентично, U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Strasbourg, 2003, стр. 17.

⁵⁴⁴ M. Holdgaard, *Family Life and Transsexuals*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 287.

⁵⁴⁵ *Evans v United Kingdom*, пред. бр. 6339/05, пресуда од 7. марта 2006. године. Подносио је држављанка Уједињеног Краљевства. Она и њен тадашњи партнер су 2000. године отпочели са поступком вештачког оплођења *in vitro*. Обоје су информисани да могу у било ком тренутку пре него што ембриони буду стављени у материцу жене да повуку своју сагласност за овај поступак *in vitro* оплођења. Резултат спроведеног поступка био је стварање шест ембриона у току 2001. године који су стављени на чување. Подносио је након операције одстрањивања јајника требала да сачека две године док ембриони не буду могли да се ставе у њену материцу. Ванбрачна заједница између подносиоке и њеног партнера прекинута је 2002. године. Партнер подносиоке је изјавио да повлачи сагласност на даље чување ембриона и њихово коришћење од стране подносиоке. На овакву одлуку свог бившег партнера подносиока се жалила, али је суд одбио њену жалбу. Клиника је обавестила подносиоку да је у законској обавези да уништи ембрионе и да ће то учинити у јануару 2005. године. ЕСЉП, коме се подносиока у међувремену обратила, захтевао је од власти Уједињеног Краљевства да спрече уништавање ембриона док ЕСЉП не донесе одлуку. Подносиока се жалила да је одлука домаћих власти да се дозволи уништавање ембриона довела до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

ембриона до тренутка уношења ембриона у материцу жене.⁵⁴⁶ С обзиром на то да не постоји европски консензус о овом питању, државе уживају широко поље слободне процене. Према домаћем праву, клинике које врше поступак потпомогнутог оплођења имају обавезу да информишу парове да свако од њих има право да повуче своју сагласност до тренутка стављања ембриона у материцу, што је клиника у овом случају и учинила.⁵⁴⁷ Могућност да се повлачење сагласности мушкарца учини важним, али не и пресудним разлогом, или да се омогући да се повлачење сагласности превазиђе одлуком клинике или другог јавног органа изазвало би у овако осетљивој области неотклоњиве тешкоће у погледу арбитрности. ЕСЉП не сматра оправданим аргументе подносиоце да се сагласност жене и мушкарца третира на различит начин, нити да су права мушкараца-донора мање вредна од права жена-донора, нити да увек при балансу интереса парова треба да превагне интерес жене.⁵⁴⁸ ЕСЉП је даље навео да различит третман може бити утврђен од стране Парламента у релевантном законодавству, али да законодавство Уједињеног Краљевства није једино у Европи које даје овлашћење и једном и другом партнеру да повуку сагласност.⁵⁴⁹ На крају, ЕСЉП није нашао повреду члана 8. ЕКЉП.⁵⁵⁰

3.2.3.8.2. Забрана потпомогнутог оплођења особа у притвору

Одбијање захтева да супружник који је у затвору техником биомедицинског оплођења зачне дете са својом супругом представља повреду права на поштовање приватног и породичног живота.

⁵⁴⁶ M. Hevia, C. H. Vacaflor, From Recognition to Regulation: Access to *in vitro* Fertilization and the American Convention on Human Rights, Florida Journal of International Law, Vol. 25, Num. 3, December 2013, Gainesville, стр. 454, о изјашњавању Интерамеричког суда о људским правима о забрани приступа *in vitro* техникама.

⁵⁴⁷ S. Harris-Short, J. Miles, Family Law: Text, Cases and Materials, Oxford, 2011, стр. 615.

⁵⁴⁸ S. B. Apel, Cryopreserved Embryos: A Response to "Forced Parenthood" and the Role of Intent, Family Law Quarterly, Vol. 39, No. 3, Autumn 2005, Chicago, стр. 671.

⁵⁴⁹ M. Enright, Justice, Convention and Anecdote: Evans and the Right to Become mother, Irish Journal of Family Law, br. 4/2006, Dublin, стр. 11-20.

⁵⁵⁰ Видети и О.С. Скакун Интерес ребенка как основной критерий защитий прав детей в практике Европейского Суда по правам человека, Семейное и жилищное право 2/2014, Москва, стр. 34.

У случају *Dickson против Уједињеног Краљевства*,⁵⁵¹ ЕСЉП је нашао да би потпомогнуто оплођење, имајући у виду године супруге подносиоца и време његовог пуштања, био једини начин да он добије дете. Утврђено је да питање родитељства има суштински значај за супружнике. Аргумент домаћих власти да је последица притвора немогућност подносиоца да добије дете, не подразумева немогућност да се потпомогнутим оплођењем постане родитељ, с обзиром на то да овакав начин зачећа не намеће никакве додатне финансијске трошкове или представља опасност по безбедност друштва. Што се тиче поуздања друштва у казни систем, истиче се да еволуција европских вредности иде ка повећању рехабилитације и скраћењу дугогодишњих затворских казни. У погледу немогућности подносиоца да се услед дугогодишње затворске казне стара о детету, подвлачи се постојање његове супруге која је на слободи, и уз то, способна је и подобна да се стара и васпитава њихово будуће дете. Иако државе у овом пољу уживају широко поље слободне процене, наметање доказивања да су прилике подносиоца „изузетне“ да би оправдале коришћење потпомогнутог оплођења представља наметање тешког терета доказивања. ЕСЉП је у светлу тих околности нашао да је дошло до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.⁵⁵²

Налазимо да је овом пресудом појам породичног живота проширен на супружнике који не живе заједно и признато је право на оснивање породице уз

⁵⁵¹ *Dickson v United Kingdom*, пред. бр. 44362/04, пресуда од 4. децембра 2007. године. Подносилац, држављанин Уједињеног Краљевства, осуђен је 1994. године за извршење кривичног дела убиства на доживотни затвор, са могућношћу да буде пуштен након 15 година од почетка служења казне. Он је 1999. године упознао жену која је, такође, служила затворску казну. Они су закључили брак 2001. године. Подносилац није имао децу, док је његова супруга имала децу из претходне везе. Након што је супруга пуштена из затвора, супружници су поднели захтев да им се омогући да добију дете потпомогнутим оплођењем, са образложењем да супруга неће бити у могућности да затрудни у 51. години колико ће имати 2009. године, након условног пуштања супруга. Њихов захтев, као и жалба на одлуку су одбијени. Домаће власти су сматрале да би давање дозволе да подносилац постане отац док је у затвору довело до заобилажења смисла превенције и кажњавања за почињени злочин. Домаће власти су оцениле да одбијање потпомогнутог оплођења може бити оправдано разлозима попут озбиљности и тежине учињеног злочина подносиоца, интереса и благостања детета у светлу дугогодишњег одсуства оца, посебно у периоду дететовог детињства, као и недостатка материјалних средстава за издржавање детета. Ови аргументи навели су домаће власти да искључе арбитрност одлуке затворских власти да одбију третман потпомогнутог оплођења. Подносилац се жалио да је ускраћивање дозволе за потпомогнуто оплођење довело до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

⁵⁵² E. Jackson, Prisoners, Their Partners and the Right to Family Life, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 19, No. 1, 2007, Bristol, стр. 241.

помоћ техника биомедицинског оплођења као саставни део права на поштовање породичног живота.

3.2.3.8.3. Донација сперматозоида

Питање утврђивања очинства добија на значају у заједницама особа истог пола када се у тим заједницама роди дете уз помоћ донора (донација сперматозоида), а донор жели да врши родитељско право. Мушкарац који донира сперматозоиде у сврху биомедицинског оплођења нема право на поштовање породичног живота само на основу чињенице генетске везе.⁵⁵³ Биолошка веза, као самосталан чинилац, не мора бити довољан услов за успостављање права на поштовање породичног живота, чак ни у случају када постоје лични односи између оца и детета и посвећеност оца детету.⁵⁵⁴

У случају *J. R. M. против Холандије*,⁵⁵⁵ упркос томе што је првих девет месеци живота детета отац регуларно посећивао дете и поставио захтев да има контакт са дететом, одбијено је да постоји породични живот између детета и биолошког оца који је донирао сперматозоиде хомосексуалном пару ради добијања потомства.⁵⁵⁶ Донација сперматозоида у циљу добијања детета хомосексуалном пару није довољан услов за постојање породичног живота између донора и детета, нити за конституисање права на поштовање породичног живота. Недостатак намере заснивања потомства била је пресудни услов за процену ЕСЉП да не постоји повреда права на поштовање породичног живота.⁵⁵⁷ У случају *J. R. M.* заузима се идентичан став у односу на случајеве *X. Y. Z., Lebbink* и *Nylund* где се, такође, ценила намера оца да успостави однос са дететом. Донација сперматозоида лезбејском пару у циљу добијања детета није довољан услов за постојање породичног живота између донора и детета. Зачеће детета било је предузето, не у циљу успостављања породичног живота донора и детета, већ ради

⁵⁵³ Тако и F. Burton, *Family Law*, London, 2003, стр. 490.

⁵⁵⁴ Случајеви *G. v. Холандије*, пред. бр. 11850/85, пресуда од 2. марта 1987. године; *MB v. United Kingdom*, пред. бр. 22920/93, пресуда од 6. априла 1994. године.

⁵⁵⁵ *J. R. M. v Netherlands*, пред. бр. 16944/90, пресуда од 8. фебруара 1993. године.

⁵⁵⁶ Породични живот између биолошког родитеља и детета утврђује се (и) на основу редовних посета детету од стране родитеља, В. Verschraegen, "Family Members", *the Right to Family Life and Family Reunification*, у Р. Lodrup, Е. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 936.

⁵⁵⁷ К. Boele-Woelki, Т. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerpen, 2008, стр. 148.

обезбеђивања потомства другом (хомосексуалном) пару.⁵⁵⁸ Породични живот између мушкарца-донора и детета може постојати у зависности од других критеријума.⁵⁵⁹

3.2.3.9. Утврђивање ванбрачног очинства након смрти наводног оца

Одбијање утврђивања очинства ради остваривања наследних права након што је преминуо наводни отац, уз одсуство породичног живота, не представља повреду права на поштовање приватног и породичног живота.

У случају *Haas против Холандије*,⁵⁶⁰ предмет спора је утврђивање ванбрачног очинства ради наслеђивања. ЕСЈП је истакао да спорадични контакти подносиоца са партнером мајке не могу формирати породични живот. Иако је постојао одређени ниво контаката између њих, као и између преминулог мушкарца и мајке подносиоца, они никада нису живели заједно. Несумњиво је да између подносиоца и преминулог мушкарца није постојао породични живот, о чему сведочи константно одбијање да подносиоца призна као своје дете.

⁵⁵⁸ О томе, J. N. Lafferriere, *Artificial Reproductive Techniques and Parenting: Trends and Paradoxes*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2/2011, Buffalo, стр. 280.

⁵⁵⁹ За однос мушкарца-донора и детета видети и случајеве *Re N (A Child)* (2007) EWCA Civ 1053; *Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A* (2004) EWHC 644 (QB). Из енглеске судске праксе подвучимо и случај *Re D* (2006) EWHC 2. Госпођа А. и госпођа Ц. живе су у хомосексуалној заједници и имале су намеру да уз помоћ господина Б. добију дете. Пар се договорио са донором да родитељско право након рођења детета из односа госп. А. и госп. Б. буде додељено А. и Ц. Међутим, након рођења детета Д., госп. Б. је захтевао да му се додели заједничко вршење родитељског права. Врховни суд је родитељско право доделио А. и Ц., док је признао право Б. да виђа дете и да буде укључен у знатно мањем обиму у његово васпитање. Занимљиво образложење ове одлуке дала је судија Врховног суда, *Black*, уводећи појмове "свакодневног родитеља". Терка Д. ће живети са А. и Ц., који су њени "свакодневни" родитељи. Б. се неће мешати у свакодневно васпитање Д., као ни у одлуке везане за њено васпитање. Б. ће имати право да буде обавештен о свим битним питањима која се тичу Д. Донатор Б. ће имати родитељско право, ништа мање важности, али родитељско право другог типа. У овој одлуци, судија *Black* дала је примат социјалном родитељству, али ипак уважавајући и биолошку компоненту за стицање неких права из садржине родитељског права. Ова судска одлука одликава примену доктрине "етике неге". Видети, С. Smart, *Making Kin: Relationality and Law*, у А. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 22.

⁵⁶⁰ *Haas v Netherlands*, пред. бр. 36983/97, пресуда од 13. јануара 2004. године. Подносилац представке је холандски држављанин рођен у ванбрачној вези своје мајке и њеног партнера. Партнер мајке није признао очинство у вези подносиоца. Претпостављени биолошки отац детета давао је новчане износе за издржавање детета, проводио време са мајком и дететом, доносио поклоне детету, путовао повремено са њим. Након што је отац преминуо, његов нећак је оглашен наследником. Подносилац је покренуо поступак против нећака да се њему додели имовина партнера мајке. Суд је то одбио наводећи да није неопходно да се утврди очинство подносиоца у циљу наслеђивања. Подносилац се жалио да је одбијањем захтева за утврђивањем очинства онемогућен да наследи декујуса, што је повредило његово право на поштовање приватног и породичног живота.

Такође, очигледно је да намера подносиоца није успостављање емотивних веза већ стицање других (наследних) права, с обзиром на то да подносилац никада пре покретања поступка наслеђивања партнера мајке није тражио утврђивање очинства. Подвођење овог случаја под појам права на поштовање породичног живота представљало би исувише велико ширење граница породичног живота. На основу тога, ЕСЈП није нашао постојање породичног живота, а последично ни повреду права на поштовање породичног живота.⁵⁶¹

У овом случају видимо потврду наше хипотезе да право на поштовање породичног живота строго лично право неимовинског карактера које постоји *inter vivos*. Смисао права на поштовање породичног живот је заштита постојећег породичног односа личне природе а не стицање неког материјалног права, било да су у питању наследна права, или породична права имовинског карактера, попут права на издржавање или удела у заједничкој имовини. Наиме, као што смо истакли, право на поштовање породичног живота заштићено чланом 8. Конвенције има своју примену само до пунолетства детета и у односима *inter vivos*. Додатно, у складу са полазном хипотезом, да је право на поштовање породичног живота однос између најмање две особе, у овом случају не постоји породични живот, нити потреба за заштитом породичног живота, имајући у виду да непостојање наводног оца повлачи и непостојање породичног односа између детета и потенцијалног оца. Такође, у потпуности се слажемо са ставом суда да би утврђивање очинства ради стицања наследних права довело до неоправданог ширења граница породичног живота.

У случају *Alaverdian против Јерменије*,⁵⁶² ЕСЈП је најпре истакао да је подносилац покушао да утврди очинство у ванпарничном поступку, док је према правилима домаћег права било неопходно покренути парнични поступак ради утврђивања очинства. У погледу подносиоачевог захтева утврђено је да је наводни отац већ имао законито дете и супругу, те је утврђивање очинства укључивало

⁵⁶¹ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 94; J. Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, стр. 333.

⁵⁶² *Alaverdian v Armenia*, пред. бр. 4523/04, пресуда од 24. августа 2010. године. Подносилац је јерменски држављанин који је рођен 1964. године изван брака, одрастао је са мајком и носио њено презиме. Након што је приминуо његов наводни отац, подносилац је 2002. године покренуо поступак за утврђивање очинства. Поднет је захтев за форензичко генетско вештачење, али је суд то одбио с обзиром на то да је наводни отац у време његовог зачећа био у браку са другом женом, а не мајком подносиоца. Више жалби подносиоца на овакву одлуку суда је одбијено. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању вештачења у циљу утврђивања његовог порекла повредила право на поштовање приватног живота.

интересе више особа. Утврђивањем очинства подносиоца покреће се и питање његових наследних права. Подносилац је имао прилику да покрене поступак против наследника наводног оца и да у том поступку, у циљу остваривања наследних права, покрене поступак за утврђивање очинства али је пропустио да то учини. У складу са тиме, одлука домаћих власти да не дозволе покретање поступка није била неразумна нити арбитрерна. Суд није нашао повреду права на поштовање приватног живота.

Одбијање захтева за утврђивање очинства након што је преминуо наводни отац, ако исти није мотивисан стицањем наследних права према преминулом, већ има за циљ утврђивање истине о биолошком пореклу, представља повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Jäggi против Швајцарске*,⁵⁶³ ЕСЉП је навео да се утврђивање нечијег порекла тиче приватног живота тог појединца.⁵⁶⁴ Подносиочев захтев управљен је само на утврђивање биолошке везе, не и на остваривање наследних права према преминулом. ЕСЉП је у овом случају ценио интерес подносиоца за утврђивањем порекла, јавни интерес за заштитом правне сигурности, као и интересе породице преминулог мушкарца. У тој процени, ЕСЉП не види да други интереси треба да онемогуће подносиоца да утврди своје порекло. ЕСЉП сматра да иако подносилац има 67 година и успео је да изгради своју личност у одсуству извесности порекла од стране оца, интерес појединца да открије своје порекло не умањује се нити нестаје кад постане одрасла особа. Подносилац је показао искрену намеру да открије своје порекло, с обзиром на то да је покушавао током целог живота да добије информације о свом биолошком оцу. Такво стање ствари повлачи моралну и психичку патњу подносиоца, иако о томе нема медицинских доказа. Породица преминулог није предочила постојање религијских или

⁵⁶³ *Jäggi v Switzerland*, пред. бр. 58757/00, пресуда од 13. јула 2006. године. Подносилац је дете рођено 1939. године ван брака, у време подношења представке, одрасла особа. Наводни биолошки отац подносиоца признао је постојање сексуалних односа са мајком подносиоца али није признао очинство и одбио је да се подвргне медицинском тесту. Након што је наводни отац преминуо, обављен тест крви није искључио могућност да је он отац детета. Подносилац је покренуо правни поступак да се са сигурношћу установи његово порекло од стране оца. Суд је одбио његов захтев за ДНК анализом, наводећи да подносиочев грађански статус, његова личност и ментално благостање ничим није угрожено неутврђивањем порекла од стране оца. За остваривање његовог захтева не постоји ни јавни интерес, а породица преминулог (наводног оца) се уз то противи обављању ДНК теста постхумно. Подносилац се жалио да је одбијање вршења ДНК анализе довело до повреде његовог права на поштовање приватног живота.

⁵⁶⁴ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 472.

филозофских уверења који би онемогућавали ДНК анализу. Такође, приватни живот преминулог узимањем ДНК узорка не може бити угрожен с обзиром на то да је захтев поднет након што је преминуо. У светлу свих чињеница, ЕСЉП је нашао повреду члана 8. ЕКЉП - права на поштовање приватног живота.⁵⁶⁵ За разлику од случајева *Haas* и *Alaverdiyan*, сматрамо да Суд у случајевима када особа поднесе захтев да се утврди очинство који није мотивисан стицањем материјалних права, позивањем на заштиту приватног живота појединца, треба да одобри такав захтев.

3.3. Ванбрачно очинство и усвојење

3.3.1. Право ванбрачног оца на давање сагласности за усвојење и невршење родитељског права од стране ванбрачног оца

Врховни суд САД је још 1972. године утврдио да ванбрачни отац треба да буде обавештен о поступку усвајања свог детета.⁵⁶⁶ Питање сагласности ванбрачног оца за усвојење огледа се кроз претходно питање признавање права на учешће у поступку усвајања ванбрачног детета.⁵⁶⁷ Постојање насиља у породици делегитимише оца да ускрати своју сагласност за усвојење,⁵⁶⁸ као и недовољна повезаност оца са дететом, најчешће условљена непостојањем или престанком заједничког живота са мајком детета пре његовог рођења. Последњи случај је споран с обзиром на то да нема кривице или немарног понашања оца према детету, што се може сматрати као дискредитујућа околност за учешће оца у поступку. У случају насиља у породици, ускраћивање учешћа оправдано је услед угрожавања права детета, док у погледу одсуства заједничког живота не постоји

⁵⁶⁵ Да је ЕСЉП у случају *Jaggi* имао супротан приступ у односу на случај *Odievr*, S. Besson, Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Num. 21/2007, стр. 151.

⁵⁶⁶ Случај *Stanley v. Illinois* 405 U.S. 645 (1972). Аргументација суда била је крајње прагматична. Ако се отац брине за своје дете он ће на позив суда доћи на саслушање поводом поступка усвојења и изнети своје мишљење. Супротно, ако се отац не брине о детету и нема контакт са њим, нема препреке да дете, уз сагласност ванбрачне мајке, буде дато на усвајање.

⁵⁶⁷ О ставу Уставног суда Малте поводом давања сагласности ванбрачног оца за усвојење свог детета, G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 129.

⁵⁶⁸ A. Bainham, *Contact as a Right Obligation*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 72.

основ за искључивање давања сагласности, посебно уколико мајка не може или не жели да врши родитељско право а притом даје дете на усвајање. При процени потребе давања сагласности, интересовање ванбрачног оца за дете и његова подобност за вршење родитељског права могу бити чињенице у прилог неопходности давања сагласности. Уколико одбијање сагласности оца није праћено намером да он одгаја и васпитава дете, оправдано је ускратити његову сагласност.

Противљење ванбрачног оца да очух усвоји његово дете било је предмет расправе у случају *Söderbäck против Шведске*.⁵⁶⁹ ЕСЉП је признао да постоје извесне везе између детета и оца, као и породични живот између њих, али да је усвојење оправдано позивањем на најбољи интерес детета. У овом случају, идентично као у случају *Eski против Аустрије*, отац није вршио родитељско право, контакт између детета и оца био је знатно ограничен, а партнер мајке се старао о детету од његовог рођења. Ово су били критеријуми које је ЕСЉП узео као разлоге за превазилажење сагласности оца.

3.3.2. Необавештавање оца од стране мајке о давању детета на усвајање

Необавештавање ванбрачног оца о давању детета на усвојење уколико отац има манифестовану намеру да оствари породични живот са дететом али није у могућности услед противљења мајке, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Keegan против Ирске*,⁵⁷⁰ отац је живео са мајком његовог будућег детета и намеравао да закључи брак са њом, али је њихова веза престала пре рођења детета. Отац је посетио дете једном у породици. Суд је констатовао да породични живот постоји између биолошких родитеља и детета од тренутка рођења детета, да оно постаје део породице и да се породични живот формира од тренутка рођења, и то независно од тога да ли су родитељи живели заједно у тренутку рођења детета или је њихова веза престала у тренутку рођења детета. Мајка је накнадно дала дете на усвајање без сазнања и сагласности оца. ЕСЉП је истакао да је однос ванбрачног оца са мајком и њихов заједнички живот имао

⁵⁶⁹ *Söderbäck v Sweden*, пред. бр. 24484/94, пресуда од 28. октобра 1998. године.

⁵⁷⁰ *Keegan v Ireland*, пред. бр. 16969/90 пресуда од 26. маја 1994. године.

суштински значај на постојање породичног живота оца и детета, да је дете било планирано и да је одлука о давању детета на усвојење без обавештења оца довела до повреде права на поштовање породичног живота оца. ЕСЉП је навео да на основу тих околности постоји потенцијални породични живот између оца и детета. Само у изузетним околностима могуће је да родитељи буду искључени из живота детета и одлука које се тичу будућности њиховог детета. Давање детета на усвојење од стране мајке без обавештавања оца довело је до немогућности оца да успостави и даље развије блиске личне везе, а самим тим и породични живот са својим дететом. ЕСЉП је утврдио повреду права оца. На основу предоченог, ова пресуда је успоставила правило да необавештавање ванбрачног оца о давању детета на смештај у циљу усвојења представља повреду права на поштовање породичног живота оца, под условом да ванбрачни отац има намеру и покушава да оствари породични живот са дететом упркос противљењу мајке. Приклањамо се ставу Суда са идентичном аргументацијом као код утврђивања порекла детета од стране ванбрачног оца у случају противљења мајке (и детета).

Bainham аргументовано истиче да ЕСЉП дискриминише биолошке очеве који нису имали прилике да успоставе породични живот са децом.⁵⁷¹ Као примере наводи доноре сперматозоида, ванбрачне очеве који никада нису живели са мајком детета и ванбрачне очеве чија су деца дата на усвајање. Члан 8. Ковенције кроз право на поштовање породичног живота не омогућава успостављање личних односа, већ само очување постојећих, успостављених. Правом на поштовање породичног живота штити се само успостављени породични живот (породични однос). Ретко се, позивањем на потенцијални породични живот или породични живот у изгледу, Суд одлучује да пружи заштиту породичном животу који није већ успостављен. То је, управо, учинио у случају *Keegan*.

У свим случајевима поводом утврђивања ванбрачног очинства, тамо где не постоји заједнички живот оца и мајке детета, где отац није имао контакт са дететом и никада није живео са дететом, не постоји ни породични живот, те стога ЕСЉП, када утврди повреду, стоји на становишту да је у питању повреда права на поштовање приватног а не породичног живота (*Phinikaridou против Кипра*, *Krušković против Хрватске*, *Alaverdiyan против Јерменије*, *Mikulić против*

⁵⁷¹ A. Bainham, *Contact as a Right Obligation*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 71.

Хрватске, Jaggi против Швајцарске). У потпуности се приклањамо оваквом одлучивању Суда с обзиром на то да је у питању животни след када између ванбрачног оца и детета није успостављен породични живот. Наиме, ако је реч о процедуралним пропустима домаће државе, попут онемогућавања утврђивања очинства услед лишења пословне способности, истека временског рока за утврђивање, породични живот између мушкарца и детета не постоји, нити је постојао, те следствено, ЕСЉП утврђује повреду права на поштовање приватног живота. Суд користи још једну могућност ширег формулисања - када се изјасни да се ради о повреди члана 8. у целини, он нема намеру да истакне да ли је реч о повреди права на поштовање приватног или породичног живота већ о повреди оба права кумулативно. Један од основних задатака нашег рада управо је проналажење суптилног разликовања који случајеви се односе на приватни а који на породични живот појединца. Непостојањем експлицитног формулисања да се ради о повреди права на поштовање породичног живота, предметни институт није обухваћен овим породичним правом.

3.4. Оспоравање ванбрачног очинства

3.4.1. Оспоравање ванбрачног очинства услед (не)савесности ванбрачног оца поводом свог очинства

Слично као у случају утврђивања ванбрачног очинства, питање оспоравања истог јавља се када отац детета сазна да он није биолошки отац детета. Одбијање оспоравања ванбрачног очинства ако се ни (одрасло) дете не противи оспоравању, доводи до повреди права на поштовање приватног живота.

У случају *Paulik против Словачке*,⁵⁷² ЕСЉП је приметио да домаће право не дозвољава нити један начин оспоравања ванбрачног очинства. Иако ЕСЉП

⁵⁷² *Paulik v Slovakia*, пред. бр. 10699/05, пресуда од 10. октобра 2006. године. Подносилац је словачки држављанин, рођен 1931. године, чије је очинство над дететом рођеним 1966. године из ванбрачне везе са његовом мајком утврђено судским путем 1970. године. Мајка је закључила брак са другим мушкарцем 1967. године. Подносилац је 2004. године сазнао на основу извршеног ДНК теста да није отац свог ванбрачног детета и покренуо је поступак за оспоравање очинства. Јавни тужилац је одбио његов захтев са образложењем да је очинство утврђено судским путем и да није могуће поновно оспоравање очинства у судском поступку. Уставни суд је одбио жалбу подносиоца. Подносилац се жалио да је одбијање захтева за оспоравањем очинства довело до повреди права на поштовање приватног и породичног живота.

признаје да постоји потреба осигурања правне сигурности, стабилности породичних односа и заштите интереса детета, дете подносиоца је старо 40 година, има своју породицу и није зависно од подносиоца. Општи интерес заштите детета у том узрасту умногоме је изгубио на свом значају. Додатно, дете је иницирало спровођење ДНК теста и није се противило покретању поступка за оспоравање очинства. ЕСЈП је закључио да је онемогућавање подносиоца да покрене поступак оспоравања свог ванбрачног очинства штетило и његовим и дететовим интересима, док са друге стране, никоме није користило. ЕСЈП је нашао повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Paulik* примећујемо потврду наше хипотезе да право на поштовање породичног живота између родитеља и деце постоји док траје родитељско право. Утврђена је повреда права на поштовање приватног живота, с обзиром на то да се као дете подносиоца јавља одрасла особа која има 40 година, већ је формирала своју породицу и није зависна од подносиоца као родитеља.

Одбијање оспоравања признатог ванбрачног очинства ако је отац знао да дете није његово, а ипак је извршио признање, не доводи до повреде права на поштовање приватног и породичног живота.

У случају *Knakal против Чешке*,⁵⁷³ ЕСЈП се сложио са наводима домаћих власти да нема доказа да би оспоравање очинства било у интересу детета, али и да, са друге стране, оспоравање ванбрачног очинства подносиоца не би требало ограничити. Даље се наводи да је за разлику од случаја *Paulik против Словачке*, подносилац био свестан чињенице да није биолошки отац детета и да је упркос томе одлучио да дете призна за своје и прихвати последице које проистичу из признања. Такође, од значаја за ЕСЈП била је чињеница да је у питању било дете зависно од материјалног издржавања подносиоца. ЕСЈП није утврдио повреду права на поштовање приватног и породичног живота. У свим случајевима када је

⁵⁷³ *Knakal v Czech Republic*, пред. бр. 39277/06, пресуда од 8. јануара 2007. године. Подносилац је чешки држављанин који је 2001. године упознао своју будућу партнерку, у то време већ трудну. Након рођења детета подносилац је признао очинство и уписан је у матичну књигу рођених као отац детета. Веза подносиоца и мајке детета прекинута је 2004. године. Након тога подносилац је изгубио сваки вид контакта са дететом и стога је покренуо поступак за оспоравање свог ванбрачног очинства. Јавни тужилац је одбио његов захтев са образложењем да је истекао законски рок од шест месеци за оспоравање, као и да оспоравање очинства не би довело нити до побољшања у животу детета, нити би резултирало обнављањем личних веза детета и оца. Уставна жалба оца на овакву одлуку јавног тужица је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука домаћих власти о одбијању захтева за оспоравањем очинства повредила његово право на поштовање приватног и породичног живота.

ванбрачни отац признао дете а знао је да дете није његово, сматрамо да не треба дозволити оспоравање очинства, односно да одбијање оспоравања не доводи до повреде права на поштовање приватног живота.

Одбијање оспоравања ванбрачног очинства без постојања доказа (сазнања) да дете не потиче од оца, уз противљење детета и постојање зависности детета од оца, повлачи да нема повреде права на поштовање приватног живота.

У случају *I. L. V. против Румуније*,⁵⁷⁴ ЕСЈП је најпре истакао да се правно утврђивање односа између подносиоца и његовог наводног биолошког детета односи на приватни живот подносиоца. Суд је нашао да се у овом случају ради, са једне стране, о интересима подносиоца да оспори да је он биолошки отац детета, а са друге стране, јавног интереса за правном сигурношћу оличеног у интересу детета да се очува већ утврђено очинство. Супротстављеност интереса огледа се у одбијању да се дете подвргне ДНК анализи. Облик утврђивања чињеница помоћу ДНК анализе представља значајан извор доказа за суд у циљу утврђивања праве истине о пореклу појединаца са великом извесношћу. Потреба за заштитом права трећих особа може искључити могућност обавезивања појединаца да се подвргну медицинским тестовима, посебно када је реч, као у овом случају, о детету чије је очинство утврђено већ дуги низ година и које је зависно од подносиоца. Будући да отац није пружио никакав конкретан доказ сумње у своје очинство, ЕСЈП је оценио да се не могу, *in abstracto*, разматрати његови наводи. Додатно, подносилац се није жалио на одлуку суд којом је утврђено његово очинство. Малолетство детета, дугогодишњи утврђен статус порекла детета од стране оца, изричито одбијање детета да се утврди истина о његовом очинству, издржавање детета од стране оца, представљају разлоге који су руководили ЕСЈП да се примат да најбољим интересима детета. ЕСЈП у таквом светлу чињеница налази да су домаћи судови правилно поступили у давању предности интересима детета

⁵⁷⁴ *I. L. V. v Romania*, пред. бр. 4901/04, пресуда од 24. августа 2010. године. Подносилац је румунски држављанин који је био у ванбрачној вези са женом од почетка 1988. године. Он је сазнао да је његова партнерка трудна у јуну 1988. године. Ванбрачни супружници су одлучили да у октобру 1988. године почну заједнички живот, али је након три недеље породичног живота дошло до престанка њихове заједнице. У марту 1989. године рођено је дете, а на основу изјаве мајке и одлуке Округног суда из 1990. године, подносилац је уписан као отац детета. Подносилац је 2003. године поднео захтев да се дете подвргне ДНК анализи ради оспоравања ванбрачног очинства и утврђивања истине о биолошком пореклу детета. Његов захтев је одбијен са образложењем да се тиме штите интереси детета. Подносилац се жалио да је одбијање захтева за оспоравањем очинства довело до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

над интересима подносиоца и да ускраћивањем могућности оспоравања очинства није дошло до повреде права на поштовање приватног живота подносиоца.

У претходна три случаја видимо да се ЕСЈП примарно руководио критеријумом зависности детета од подносиоца приликом процене да ли је ускраћивање покретања поступка оспоравања ванбрачног очинства повредило право на поштовање породичног живота оца. Тачније реч је о приватном не о породичном животу. Примећујемо да је суд стао на становиште да код прихватања, односно одбијања захтева за оспоравање ванбрачног очинства, треба ценити критеријум савесности ванбрачног оца, са чиме се у потпуности слажемо. Наиме, ако је у време признања детета које биолошки не потиче од њега, мушкарац знао да није отац детета, ЕСЈП је заузео став да је оправдано одбити захтев за оспоравање ванбрачног очинства. У случају савесности ванбрачног оца, одбијање домаћих власти да дозволе оспоравање очинства довешће до повреде права на поштовање приватног живота. Следећи критеријум јесте штетност оспоравања по интересе детета. Ако је дете одрасло и формирало је своју породицу, а уз то се не противи захтеву за оспоравање очинства, ЕСЈП сматра да треба дозволити оспоравање. Супротно, у случајевима када је дете малолетно и када паралелно не постоји захтев за утврђивање очинства другог мушкарца, оспоравање ванбрачног очинства никако не би било у интересу детета, с обзиром на то да би дете било без утврђеног порекла у односу на оца. Такође, уведен је и критеријум корисности по интересе других страна у поступку, посебно у односу на најбољи интерес детета. Процењује се да ли би оспоравање ванбрачног очинства користило некој од страна у поступку, посебно имајући у виду да ли би то штетитило интересима детета. На овај начин Суд примењује доктрину баланса интереса свих страна у поступку (чланова породице).

Чињеница постојања биолошке везе детета и родитеља нужан је, али не и довољан услов за постојање права на поштовање породичног живота. Поред биолошке везе потребан је и социјални елемент оличен у заједничком животу и старању о детету. Одржавање личних односа детета и родитеља треба да буде конститутивни елемент породичног живота који имплицира да он буде правно заштићен. Никаква статична чињеница попут биолошке везе, у одсуству старања родитеља о детету и њиховог заједничког живота не може довести до правне

заштите породичног живота. Штавише, није неопходан заједнички живот детета и родитеља али се захтева да постоји одржавање личних односа (*Berrehab protiv Холандије*). Иако се истиче да је заједнички живот *conditio sine qua non* породичног живота,⁵⁷⁵ сматрамо да је могуће постојање породичног живота и у случају одвојеног живота детета и родитеља, као нпр. у случају развода родитеља када дете живи са једним родитељем а одржава личне односе са другим родитељем. Стога, заједнички живот је индикатор да увек када исти постоји то повлачи постојање породичног живота, али се не искључује постојање породичног живота у случају када дете и родитељ не живе заједно (*Boughanemi против Француске*).⁵⁷⁶

У свим случајевима оспоравања брачног и ванбрачног очинства ради се о повреди права на поштовање приватног живота, с обзиром на то да се оспоравање не тиче односа између детета и (ван)брачног оца, већ поштовања приватног живота наводног оца или детета ако се дете јавља као тужилац. Код оспоравања није реч о успостављању односа већ праву оца или детета да оспоре пореко детета. Наиме, наш став је да за оспоравање очинства није неопходно постојање породичног живота између детета и оца. Нпр. брачни отац има намеру да оспори порекло свог детета након што је сазнао да није отац, или након развода брака са мајком детета. У том случају не постоји нити објективни елемент за постојање породичног живота (заједнички живот између родитеља, заједнички живот детета и родитеља, контакт детета и родитеља), нити субјективни елемент (немера оца да одржава личне односе са дететом). Реч је, не о односу, већ о праву детета или оца да оспоре порекло.

Посматрајући целокупну Главу III примећујемо да се, и према ставу ЕСЉП, преплићу породични и приватни живот. Некада ће постојати породични живот, некада приватни живот, а некада ће Суд само констатовати да се ради о повреди члана 8. Конвенције. У свим случајевима оспоравања, било брачног, било ванбрачног очинства, ради се о приватном животу. ЕСЉП, коначно, даје пресудан значај социјалној вези и стабилности породичног живота детета, одбијајући да конституише право на поштовање породичног живота свих трећих особа које имају генетску везу са дететом (ванбрачни очеви, биолошки очеви, донори

⁵⁷⁵ U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Strasbourg, 2003, стр. 16.

⁵⁷⁶ Тако, U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Strasbourg, 2003, стр. 17.

генетског материјала), ако то није у најбољем интересу детета.⁵⁷⁷ У сукобу права да се сазна порекло детета и права на стабилност породичних односа, превагу односи стабилност и већ успостављени породични живот детета.⁵⁷⁸ То је, донекле, очекивано, полазећи од става Суда да се правом на поштовање породичног живота штити, пре свега, већ постојећи, успостављен породични живот, а тек изузетно породични живот у изгледу. Док се можемо сагласити са ставом Суда да се не призна право на поштовање породичног живота у случају донора, уз аргументацију одсуства намере за добијањем детета, код ванбрачног очинства сматрамо да чињеница биолошке везе даје основ за конституисање права на поштовање породичног живота.

ЕСЈП претежни утицај даје социјалним чиниоцима попут савесности и намере за добијањем детета у односу на биолошку чињеницу зачећа. Тако се ни особама које су донирале генетски материјал а које чак имају остварен породични живот са дететом, не признаје право на поштовање породичног живота услед немогућности утврђивања правне везе. Овакав став се односи и на материнство и на очинство. Код анонимног порођаја сматрамо да се конституисање породичног живота између мајке и детета не треба вршити у тренутку рођења детета.

Ако између ванбрачног оца и детета није постојао нити постоји заједнички живот, ЕСЈП тражи да постоји бар породични живот у могућности између детета и ванбрачног оца да би могло доћи до правне заштите тог односа.⁵⁷⁹

У свим случајевима утврђивања или оспоравања порекла детета, тамо где не постоји однос између детета и биолошког оца не пружа се заштита права на поштовање породичног живота већ права на поштовање приватног живота. Одбијање захтева да се утврди или оспори порекло детета услед истека рока, савесности оца, одбијања да се изврши ДНК тест, односи се на право на приватни живот појединца (оца или детета). На основу увида у пресуде ЕСЈП примећујемо

⁵⁷⁷ ЕСЈП при успостављању права на поштовање породичног живота између ванбрачног оца и детета примећује три критеријума: (не)постојање биолошке везе између мушкарца и детета, социјални однос између детета и мушкарца или социјални однос између мајке и наводног оца, (не)постојање сукоба интереса поводом захтева за утврђивање очинства. О томе, С. Forder, K. Saarloos, *The Establishment of Parenthood: Story of Successful Convergence?*, Maastricht, 2007, стр. 60.

⁵⁷⁸ О томе да ЕКЈП и Конвенција о правима детета имају супротан приступ праву детета да сазна своје порекло, S. Besson, *Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Num. 21/2007, стр. 156.

⁵⁷⁹ D. D. Meyer, *Family Diversity and the Rights of Parenthood*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 130.

да се, природно, разликује број пресуда о пореклу детета од стране мајке и оца. Међутим, истичемо чињеницу да се у савремено доба све чешће јављају спорови поводом утврђивања порекла детета од стране мајке. Донација генетског материјала друге жене, сурогат материнство и анонимни порођај представљају спорне тачке у настајању права на поштовање породичног живота рођењем детета. Код порекла детета од стране оца утврђивање брачног очинства није изазивало спорне случајеве. Оспоравање брачног очинства тиче се приватног живота појединца (оца или детета, с обзиром на то да се мајка не јавља као субјект који покреће ове поступке). Идентично важи за оспоравање ванбрачног очинства. Код утврђивања ванбрачног очинства, у одсуству форме брака, за постојање права на поштовање породичног живота потребно је захтевати алтернативно постојање чињеница: заједничког живота родитеља детета пре или након рођења детета, заједничког живота ванбрачног оца и детета, постојање контакта оца и детета, намере оца за остваривањем породичног живота са дететом.⁵⁸⁰ У овој области, Суд применом принципа најбољег интереса детета, који има пресудан значај, најпре цени објективне критеријуме заједничког живота и постојања контакта, а тек потом, кроз намеру оца за остваривање породичног живота, пружа заштиту потенцијалном породичном животу у случају противљења мајке. Можемо закључити да ЕСЉП овде делује противно својој основној улози везаној за члан 8. Конвенције да пружа заштиту само већ успостављеном породичном животу, већ штити и право на породични живот ванбрачног оца. Дакле, не штити право на поштовање породичног живота с обзиром на то да породични живот између оца и детета не постоји, већ право на породични живот - формирање породичног живота. Донекле проширен појам породичног живота добија оправдање услед противљења мајке или детета. Међутим, овде потпун садржај добија принцип најбољег интереса детета, на тај начин што Суд позивањем на исти, може потиснути заштиту потенцијалног породичног живота оца и детета тиме што неће утврдити повреду права на поштовање породичног живота ванбрачног оца.

Сматрамо да биолошки критеријум треба да буде примаран за успостављање породичног живота али да се супсидијарно примењује критеријум социјалних веза. Наиме, у случајевима када постоји биолошка веза између детета и других

⁵⁸⁰ Идентичан став, Б. Решетар, Правна заштита права на сусрете и дружење, Осигек, 2011, стр. 121.

особа, али не постоји иницијална намера за успостављање породичног живота (донација генетског материјала, сурогат материнство, анонимни порођај), оправдано је ускратити заштиту права на поштовање породичног живота. Слажемо се са ставом Суда да је у свим случајевима оспоравања ванбрачног очинства и материнства реч о праву на поштовање приватног не и породичног живота. Дозвољавање, односно ускраћивање оспоравања порекла тиче се приватног живота појединца, с обзиром на то да се на тај начин решава о праву на оспоравање које у себи не садржи однос са другим чланом породице (дететом), већ обратно, однос у том случају престаје, самим тим нема ни права на поштовање породичног већ приватног живота.

Заузимамо став да коришћење мајке на анонимни порођај треба да онемогући настанак породичног живота између мајке и детета рођењем. За разлику од доминантног биолошког критеријума овде сматрамо да Суд треба узети у обзир непостојање намере мајке, и да накнадни захтев за успостављање правне везе са дететом на основу биолошке везе не доводи до повреде права, с обзиром на то да нема ни породичног живота између мајке и детета.

Заштиту породичном животу треба пружити, најпре, у случају постојања заједничког живота родитеља и детета. Ако нема заједничког живота, заштита се пружа ако постоје лични односи и контакт родитеља и детета. Насупрот оваквим објективним критеријумима, у случају непостојања заједничког живота и контакта сматрамо да треба применити субјективни критеријум намере родитеља за успостављањем заједничког живота или контакта са дететом. Ако родитељ показује намеру да оствари однос са дететом, противљење другог родитеља не треба да има утицај на конституисање породичног живота. Ово закључујемо у односу на ванбрачно очинство. У случају брачног материнства и очинства заштиту породичном животу треба пружити чињеницом рођења детета.

Немогућност утврђивања порекла детета у односу на ванбрачну мајку и разликовање статуса брачне и ванбрачне деце доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Стога, држава је дужна да омогући утврђивање правне везе између мајке и детета од тренутка његовог рођења. Ова обавеза државе не постоји у случају коришћења права на анонимни порођај мајке, у правним системима који предвиђају овај институт. Не постоји обавеза државе да

се дозволи детету рођеном анонимним порођајем да сазна своје порекло. На тај начин ЕСЉП се налази у колизији са Конвенцијом о правима детета која изричито предвиђа право детета да сазна своје порекло. Ако се тражи да мајка призна дете у циљу утврђивања правне везе, одбијање мајке да то учини не ствара обавезу државе да омогући заједнички живот између мајке и детета. Наш став је да коришћење права на анонимни порођај мајке не треба да доведе до могућности формирања права на поштовање породичног живота.

У случају рођења детета путем сурогат материнства, држава нема обавезу да омогући успостављање правне везе између родитеља и детета, иако између детета и социјалних родитеља постоји *de facto* породични живот. На тај начин, рођење детета од стране сурогат мајке, не конституише право на поштовање породичног живота социјалних родитеља. Такође, не постоји обавеза државе да у поступку сурогат материнства омогући коришћење генетског материјала чије порекло није бар од једног супружника, са чиме смо сагласни, имајући у виду да ако дете генетски не потиче нити од једног родитеља, биолошка веза постаје потпуно ирелевантна за стицање статуса родитеља у праву. Тачније, за признање права на поштовање породичног живота захтева се генетска веза детета са једним родитељем. Нема ни обавезе државе да омогући долазак детета у домаћу државу ако је дете рођено у другој држави путем сурогацијског уговора. ЕСЉП стоји на становишту да сурогацијски уговор није начин стицања родитељског статуса, последично и конституисања права на поштовање породичног живота.

Брачни отац стиче право на поштовање породичног живота рођењем детета. У области оспоравања брачног очинства ради се о пре свега о приватном, не и о породичном животу појединца. Предмет одлучивања су сама могућност оспоравања, услови под којима је могуће оспоравање и временски рок. Обавеза је државе да омогући биолошком оцу да оспори претпоставку о брачном очинству, али само под условом да захтева успостављање породичног живота са дететом или да породични живот већ постоји. Уколико је намера биолошког оца да оспори очинство мужа мајке и утврди своје очинство, мотивисана простим утврђивањем биолошке истине, стабилност породичног живота детета односи превагу. Потребно је да оспоравање буде праћено или намером успостављања односа са

дететом (породичног живота) или постојањем већ успостављеног породичног живота.

Самостално посматрано, прописивање временског рока за оспоравање брачног очинства не доводи до повреде права. Међутим, ЕСЉП одлучујући значај даје чињеници савесности - ако брачни отац није знао да није биолошки отац детета, забрана оспоравања очинства изван законског рока, доводи до повреде права. У случају када биолошки отац жели да оспори очинство правног оца који је признао дете, иако је знао да дете није његово, одлучујућа околност је интерес детета, као и успостављен породични живот између правног оца и детета, те држава нема обавезу да омогући оспоравање очинства. Међутим, у овом случају се проширује појам породичног живота на субјективни критеријум намере оца за одржавањем личних односа са дететом у односу на објективни услов њиховог заједничког живота. Чак ни постојање објективне околности попут заједничког живота између биолошког оца и детета, позивањем на интерес детета, не успоставља обавезу државе да омогући утврђивање правне везе. Ако су биолошки отац и дете живели заједно, постоји супротна пракса суда, те се утврђивање очинства намеће као обавеза домаће државе. У складу са супротном праксом, сматрамо да би успостављен породични живот биолошког оца и детета требало да буде праћен правом на поштовање породичног живота. Можемо закључити да ЕСЉП нема јединствен став, те да не постоји позитивна обавеза државе да омогући биолошком оцу утврђивање правне везе између њега и детета. Јача правна снага даје се интересима детета за стабилношћу успостављеног породичног живота.

Са друге стране, када се дете јавља као субјект који жели да утврди правну везу са биолошким оцем, обавеза је државе да уз постојање савесности на страни детета, омогући утврђивање правне везе и изван законског рока. Ово је питање приватног живота детета, а чињеница да је дете одрасла особа, потврђује нашу хипотезу да право на поштовање породичног живота између родитеља и деце постоји док су деца малолетна, односно док родитељи врше родитељско право. Након пунолетства реч је о праву на поштовање приватног живота.

Док се право на поштовање породичног живота код брачног оца успоставља рођењем детета и не изазива недоумице, код ванбрачног очинства постоји

мноштво чињеница које утичу на постојање права на поштовање породичног живота. Извесна претходна питања јављају се као услови за утврђивање повреде. Тако, држава има обавезу да омогући и особама које су лишене пословне способности да признају ванбрачно очинство. Када се ради о детету као субјекту, држава има обавезу да спроведе налог о обавезном вршењу ДНК теста против мушкарца за кога се сумња да је отац детета. С обзиром на то да нема успостављеног (породичног) односа између детета и наведеног оца, реч је о поштовању приватног живота. Обавеза је домаћих власти да мушкарац чије се очинство утврђује учествује у поступку утврђивања очинства. Држава има обавезу да цени одбијање мушкарца да се подвргне ДНК тесту. Уколико не би постојала ова обавеза, мушкарац би константним избегавањем могао да онемогући право детета да утврди своје порекло, што би било супротно интересима детета.

Држава нема обавезу да и поред постојања породичног живота између транссексуалног, социјалног оца и детета, омогући успостављање правне везе између њих. На тај начин се у овој области, за разлику од оспоравања брачног очинства, стоји на становишту да биолошко очинство има јачу правну снагу од социјалног очинства. Код донације генетског материјала не постоји обавеза државе да омогући утврђивање правне везе између мушкарца донора и детета, чак ни уколико је успостављен породични живот између њих. У овој области ЕСЉП се не приклања објективној чињеници зачећа и биолошке везе, већ субјективном критеријуму непостојања намере мушкарца донора да добије потомство. Иницијално одсуство намере повлачи непостојање обавезе државе да омогући успостављање права на поштовање породичног живота. Видимо да се код донације генетског материјала мења доминантни став, тако да објективни, биолошки критеријум (зачеће детета) нема значај за настанак права на поштовање породичног живота, већ се примаран значај даје намери добијања потомства.

Не постоји обавеза државе да омогући детету утврђивање очинства након што наводни, биолошки отац премине. На тај начин се потврђује да је право на поштовање породичног живота стого лично неимовинско право *inter vivos*. Ово право не постоји ради остваривања материјалних имовинских (наследних) права, већ ради остваривања личних односа између чланова породице. Супротно, ако

циљ детета није остваривање имовинских, наследних права, већ сазнање истине о свом биолошком пореклу, држава има обавезу да то омогући у светлу права на поштовање приватног живота појединца.

Држава нема обавезу да омогући правном оцу оспоравање очинства ако је дете зависно од оца и ако би интереси детета оспоравањем очинства били угрожени. Супротно, непостојање зависности детета од ванбрачног оца, рађа на страни државе обавезу да омогући оспоравање правне везе. У оба случаја реч је о приватном животу ванбрачног оца.

У области порекла детета, највећим делом, домаће законодавство испуњава услове из Конвенције. Несагласност се огледа у случају немогућности да особе лишене пословне способности признају очинство. Још једна разлика коју треба исправити састоји се у обавези суда да изврши принудно ДНК вештачење против мушкарца који је потенцијални отац детета. Код оспоравања и утврђивања очинства, Конвенција води рачуна о најбољем интересу детета, за разлику од домаћег законодавства које не поставља никакве препреке утврђивању порекла детета од стране оца. На тај начин Породични закон придаје важност праву биолошког оца да утврди своје порекло, непризнајући као релевантан критеријум најбољег интереса детета. Такво решење ближе је Конвенцији о правима детета. Наиме, ако мушкарац који је биолошки отац детета има намеру да оспори очинство другог мушкарца и утврди своје очинство, у нашем праву интерес детета и успостављен породични живот између детета и правног оца не могу спречити утврђивање биолошке истине. Супротно, Конвенција онемогућава да се конституише право на поштовање породичног живота ванбрачног оца ако то није у најбољем интересу детета и ако не постоји породични живот између биолошког оца и детета. Домаће право даје искључив значај биолошкој чињеници, док ЕСЉП примењује (и) социјалне критеријуме, тачније успостављен породични живот детета са правним оцем и психолошки критеријум најбољег интереса детета. ЕСЉП штити социјално порекло детета кроз право на поштовање породичног живота, док домаће право даје претежни значај праву мушкарца да утврди порекло у односу на дете и праву детета да утврди своје порекло. Домаће право даје примат биолошком, а Конвенција социјалном критеријуму. Ми смо ближи становишту из Конвенције с обзиром на то да је за утврђивање порекла детета

битан сегмент интерес детета. Просто утврђивање биолошке истине које није праћено социјалним елементима заједничког живота и(ли) одржавања личних односа са дететом не може бити у интересу детета. Међутим, оно са чиме се не слажемо, јесте став поводом апсолутне забране утврђивања порекла детета уколико дете има већ успостављен породични живот. Тиме се отварају врата да се признањем детета од стране другог мушкарца онемогући биолошки отац да оствари право на поштовање породичног живота, са чиме се не можемо сложити.

Глава IV

Вршење родитељског права, лишење родитељског права и одвајање родитеља и деце

1. Родитељско право

1.1. Родитељско право и права детета

Родитељи имају право на посебан однос са својом децом који је заштићен од мешања трећих лица и државе. Право родитеља да васпитавају своју децу у вези са правом на породичну приватност има карактер уставног права.⁵⁸¹ Примарна функција родитељства је одгајање деце у складу са најбољим интересом детета. Значај родитељских права у САД огледа се у ставу да су права родитеља међу најважнијим и најзаштићенијим уставним правима.⁵⁸² Признање односа надређености у односу на децу кроз родитељско право је оно што разликује родитеља од свих других одраслих особа у односу на дете. Родитељи се не сматрају само пуким заступницима права деце, већ они имају и своја права и интересе према деци. Родитељско право подразумева одговорно понашање родитеља, те се у савремено доба често користи појам родитељске одговорности.⁵⁸³ Родитељско право не може се вршити на штету детета. Родитељско право није (као некада) апсолутно. Ограничења родитељског права долазе управо од стране трећих особа и посебно од стране државе. Доктрина породичне приватности штити право родитеља у вези са својом децом од утицаја државе. У области родитељског права, са почетком активног учешћа државе, императив је постизање равнотеже интереса три стране – детета, родитеља и

⁵⁸¹ R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 8.

⁵⁸² A. Bainham, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 25.

⁵⁸³ J. Eekelaar, *Parental Responsibility: State of Nature or Nature of the State*, 1/1991, *Journal of Social Welfare and Family Law*, стр. 37. О дилемама поводом термина "родитељско право" или "родитељска одговорност", М. Јањић-Комар, *Родитељска одговорност*, у З. Поњавић, *Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2006, стр. 247.

државе.⁵⁸⁴ Истиче се да се у већини случајева поводом кршења члана 8. пред ЕСЉП, одлучивало о деци, и то посебно у случајевима са јавним елементом - учешћем државе.⁵⁸⁵

Епохалан значај на сужавање родитељског права, уједно, проширење права детета имао је чувени случај *Gillick*.⁵⁸⁶ Након овог случаја односи родитеља и детета успостављају се на сасвим новим основама. Директна последица одлуке у случају *Gillick* је законско признање аутономије одлучивања деце одређеног узраста.⁵⁸⁷ Тиме је признато да овлашћења суда према детету имају превагу над правима родитеља према детету.⁵⁸⁸ Родитељско право, након ове одлуке, постоји само и искључиво ради добробити детета. Питање признавања права детета више

⁵⁸⁴ J. Masson, *The Children Act 1989 and Young People: Dependence and Rights to Independence*, у D. J. Lockton, *Children and the Law*, London, 2000, стр. 3; Тако и R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008, стр. 18.

⁵⁸⁵ Н. Swindells, A. Neaves, M. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 85. У том правцу постоје намере да се у оквиру Европске Уније формира посебан суд који би се бавио правима детета, Д. Храбар, *The Establishment of a European Court for the Rights of the Child as a New Contribution to the Area of Freedom, Security and Justice*, Зборник Правног факултета у Загребу 2/2014, Загреб, стр. 193.

⁵⁸⁶ *Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA and Department of Health and Social Security* (1986) 1 AC 112. Укратко, епилог случаја се огледа у следећем: Дом Лордова је тесном већином од три према два одлучио да доктор може детету млађем од 16. година (девојци) да препише контрацепциона средства без знања и сагласности родитеља. Судска одлука се базирала на пет услова: 1) да дете (девојка) иако нема 16 година може да схвати савет лекара; 2) да лекар не може да убеди дете да се оно обрати родитељима или да лекар не може да обавести родитеља; 3) да постоји велика вероватноћа да ће дете ступити или наставити са сексуалним односима и без примене контрацепцијских средстава; 4) да ће без добијања контрацепцијских средстава или савета физичко и ментално здравље детета бити угрожено; 5) да најбољи интерес детета обавезује лекара да примени контрацепцијска средства и без сагласности родитеља. *Gillick* је изазвао доста дебата и контраверзи. Наиме, адвокат гђе. *Gillick* је истакао да се овде ради о томе да родитељи имају право да искључе свако друго лице од уплитања у доношење одлуке везане за здравље детета, те да се ради о спору између права родитеља и права доктора, а не између права родитеља и права детета. Апсолутност родитељског права доведена у питање овом одлуком може се поредити са апсолутношћу права својине власника ствар. Могуће је да неко буде власник права својине на ствари али да буде конституисано неко уже право на праву својине, право плодуживања, или нпр. право преласка преко туђе непокретности. Ако су таква ограничења могућа по питању ствари, поставља се питање зашто није могуће ограничити апсолутност родитељског права над дететом које није ствар, већ има своје мишљење. Ради се о ставу да дете поред родитеља може властити неко друго лице да тумачи шта је у најбољем интересу детета. Право узима у обзир животну чињеницу развоја (капацитета) детета. Са одрастањем жеље детета добијају на (правној) тежини. За став ЕСЉП поводом предузимања медицинских интервенција и сагласности малолетних особа, J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009, стр. 162; О случају *Gillick*, R. Probert, *Cretney and Probert's Family Law*, London, 2009, стр. 260.

⁵⁸⁷ J. Masson, *The Children Act 1989 and Young People: Dependence and Rights to Independence* у D. J. Lockton, *Children and the Law*, London, 2000, стр. 8; R. Probert, *Cretney and Probert's Family Law*, London, 2009, стр. 259.

⁵⁸⁸ M. Freeman, *Rethinking Gillick*, у M. Freeman, *Children's Health and Children's Rights*, Boston, 2006, стр. 205.

се не поставља.⁵⁸⁹ Деца без спорења имају одређена права, а оно о чему се води дебата јесте која све права деца имају. Ипак, имајући у виду праксу ЕСЉП, с правом се истиче да је заштита права детета у оквиру ЕКЉП још увек у повоју.⁵⁹⁰

Неспорно је да према члану 8. ЕКЉП родитељи имају право на поштовање породичног живота према својој деци.⁵⁹¹ Родитељи имају право на континуитет породичног живота са својом децом, чак и у случају одвајања деце од родитеља које треба да буде привремено. Вршење родитељског права, према ставу ЕСЉП у случају *Nielsen против Данске*,⁵⁹² представља конститутивни елемент породичног живота. У овом случају су независно од година и зрелости детета, мишљење и жеље детета били у сенци родитељског права.⁵⁹³ Слично, ЕСЉП је у случају *Glaser против Уједињеног Краљевства*,⁵⁹⁴ утврдио повреду права на поштовање породичног живота када су доктори дали морфијум детету са инвалидитетом и поред противљења родитеља. Обавеза доктора била је да траже одобрење суда у случају противљења родитеља. Поставља се питање неопходности давања сагласности родитеља у свим случајевима мешања од стране трећих особа као и државних власти. Ограничавањем родитељског права родитељи се онемогућавају да учествују у васпитању детета, а то је њихова основна улога и искључиво право.

Вршење родитељског права умногоме зависи од узраста детета. Када дете наврши одређени узраст и стекне извесну зрелост да доноси одлуке, родитељско право попушта над правима детета.⁵⁹⁵ Обратно, родитељско право у односу на дете млађег узраста шире је по садржини и обиму. Тиме долазимо до закључка да је родитељско право зависно од детета и његовог узраста. Са навшеном 18. годином родитељско право, по редовном току ствари, престаје. Може се рећи,

⁵⁸⁹ М. Јањић-Комар, М. Обретковић, *Права детета права човека*, Београд, 1996, стр. 14, о новим погледима на права детета у савремено доба.

⁵⁹⁰ Европски принципи о заштити детета, W. Pintens, *Europäische Prinzipien zur elterlichen Verantwortung*, у Т. Helms, J.M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht*, Frankfurt am Main, Berlin, 2008, стр. 473; S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 225.

⁵⁹¹ Тако и В. Verschraegen, "Family Members", the Right to Family Life, and Family Reunification, у Р. Lodrup, Е. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 936.

⁵⁹² *Nielsen v Denmark*, пред. бр. 10929/84, пресуда од 28. новембра 1988. године.

⁵⁹³ U. Kilkelly, *Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach*, у Р. Lodrup, Е. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 353. О овом случају и М. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford, 2000, стр. 249.

⁵⁹⁴ *Glaser v United Kingdom*, пред. бр. 32346/96, пресуда од 19. септембра 2000. године.

⁵⁹⁵ Право уважава мишљење и жеље детета само ако долази до сукоба тог мишљења са мишљењем одраслих чланова породице, пре свега родитеља, А. Diduck, *Law's Families*, London, 2003, стр. 92.

посматрано по обиму, да се родитељско право од тренутка рођења детета, током развоја детета, постепено умањује и потпуно престаје са пунолетством детета. Већ смо навели као једну од хипотеза овог рада да право на поштовање породичног живота престаје када дете постане пунолетно.⁵⁹⁶ У складу са тиме односи између детета и родитеља у оквиру заштите права на поштовање породичног живота исцрпљују се до тренутка пунолетства детета. Супротно, породични живот између родитеља и детета постоји и након пунолетства детета.

Једна од главних одлика данашњег породичног живота представља право деце, посебно младих особа (адолесцената), да доносе одлуке које се односе на њихов живот противно ставовима и одлукама родитеља.⁵⁹⁷ Концепт права детета нема за циљ да одвоји децу од породице, већ да осигура њихову заштиту и развој индивидуалности у оквиру породице.⁵⁹⁸ Са одрастањем и развојем детета родитељско право се постепено умањује. Питање умањења права родитеља на поштовање породичног живота са развојем детета односи се на тумачење питања да ли родитељ има право на поштовање породичног живота само док је дете зависно од њега или и касније када дете стекне пунолетство и постане независно. Према нашем схватању право на поштовање породичног живота подразумева постојање личног односа између родитеља и детета. Тај однос постоји док постоји вршење родитељског права. Са пунолетством детета родитељско право престаје, те тако и право на поштовање породичног живота, у смислу да су сва друга лица, укључујући и државу, дужна да се суздрже од мешања у породични живот детета и родитеља. Лични однос родитеља и детета наставља да постоји и након пунолетства детета (са изузетком продужења родитељског права када и даље постоји родитељско право) али не бива правно заштићен кроз право на поштовање породичног живота. Право на поштовање породичног живота у потпуности престаје са престанком родитељског права. Супротно, породични живот не престаје. Доказ нашој тврдњи налазимо у недостатку праксе ЕСЉП који кроз право на поштовање породичног живота, као дела члана 8. ЕКЉП, штити право родитеља и детета након пунолетства. Европска комисија предочила је да однос

⁵⁹⁶ Овакав став заступа и *Silver J*, о томе S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 224.

⁵⁹⁷ S. Gilmore, *The Limits of Parental Responsibility*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 67.

⁵⁹⁸ C. McGlynn, *Families and European Union Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006, стр. 14.

одрасле ћерке од 26 година и њених родитеља не може да се подведе под појам права на поштовање породичног живота заштићеним чланом 8. ЕКЉП.⁵⁹⁹ Комисија је изнела непроценљиво тумачење за наш став да право на поштовање породичног живота постоји док постоји зависност детета од родитеља: да се не може доказати да је ћерка финансијски зависна од родитеља нити они од ње, с обзиром на то да она живи са својим супругом са којим има своје дете. Појам зависности постаје одлучујући за постојање права на поштовање породичног живота између детета и родитеља,⁶⁰⁰ те се аналогном применом одредби о трајању родитељског права, долази до закључка да право на поштовање породичног живота траје док траје вршење родитељског права. У складу са полазном хипотезом да право на поштовање породичног живота представља лично право (лични однос), постоје права детета која постоје према родитељима и након пунолетства (право на издржавање детета на редовном школовању), али нису заштићена кроз члан 8. ЕКЉП. Ово право не представља однос, као што то није ни право на издржавање детета, право на издржавање супружника, право на закључење брака, те стога и нема карактер односа и нема заштиту путем права на поштовање породичног живота. Однос између одраслог детета и родитеља подводи се под заштиту члана 8. Конвенције, али права на поштовање приватног живота.

1.2. Родитељско право и родитељска одговорност

Оно што родитеље легитимише на истицање одређених права према деци јесте првенствено њихова обавеза, одговорност према својој деци. Још су *Џон Лок* и *Хегел* истицали да родитељ има право да васпитава дете на свој начин зато што има одговорност за њега.⁶⁰¹ Родитељ не може имати права према детету ако претходно нема одговорност према детету.

⁵⁹⁹ *X and Y v United Kingdom*, пред. бр. 5269/71, одлука Европске комисије од 8. фебруара 1972. године. Видети још *R.R. i S.R. v Netherlands*, пред. бр. 13654/88, пресуда од 8. септембра 1988. године; *C v United Kingdom*, пред. бр. 14247/88, пресуда од 3. јула 1992. године.

⁶⁰⁰ О томе и F. Kaganas, A. Diduck, *Incomplete Citizens: Changing Images of Post-Separation Children*, у S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 493.

⁶⁰¹ K. K. Baker, *Asymetric Parenthood*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 135.

Родитељско право поводом васпитања детета не постоји у корист родитеља већ у корист детета, и то да би се омогућило родитељу да врши своје дужности према детету. Родитељско право настаје из родитељске дужности, а не обратно, и постоји само док је потребно да родитељ обавља родитељску дужност.⁶⁰² Морална одговорност родитеља према деци иде изван и преко правне одговорности родитеља према деци. У том погледу родитељи чине више од минимума који захтева правна одговорност према њиховој деци.

Родитељско право замењено је родитељском одговорношћу. Сложеност и супротстављеност интереса одликују тренутну природу односа родитеља и детета. За разлику од времена класичне нуклеарне породице, данас, почетком XXI века, не постоји извесност да ће дете провести своје детињство са својим биолошким родитељима. Значајан број деце, део или целокупан период детињства, проводи одвојено од једног родитеља.⁶⁰³ Породично право у складу са овом чињеницом настоји да сачува однос детета са оба родитеља.⁶⁰⁴

Питање међусобне одговорности чланова породице једно је од централних у породичноправној литератури. То се посебно може применити на однос између зависних и независних чланова породице, у савременим условима нестанка ширих породичних заједница, на однос између родитеља и деце. Биолошка (дечија) рањивост основ је за социјалну, а самим тим и правну регулацију, у циљу заштите слабијих чланова породице (не)зависно од њиховог узраста.⁶⁰⁵ Одговорно друштво подразумева одговорне појединце, а одговорни појединци формирају се у току детињства. Одговорни родитељи имају пресудну улогу у формирању детета, а друштво ствара климу одговорности у којој се деца развијају и у којој

⁶⁰² J. Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, стр. 24. Инсистирање на нези и одговорности налази се у центру феминистичких теорија. Како одговорност проистиче из односа, сви чланови породице налазе се у међусобној мрежи одговорности, не само према деци него и међусобно.

⁶⁰³ L. Trinder, Introduction, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 1.

⁶⁰⁴ За разлику од доминантних схватања 70-их година XX века, да је у интересу детета да има однос само са родитељем који врши родитељско право након престанка брака, најчешће мајком (*single parent custody*), савремена схватања стављају знак једнакости између најбољег интереса детета и одржавања личних односа детета са оба родитеља.

⁶⁰⁵ M. A. Fineman, *Responsibility, Family, and The Limits of Equality: An American Perspective*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 46. Позивање на рањивост и потребу заштите зависних чланова породице може допринети потпунијој примени начела правичности у породичном праву, него постојеће позивање на заштиту аутономије поједин(а)ца.

родитељи одговорно врше своју родитељску функцију.⁶⁰⁶ Одговорност претпоставља постојање односа - увек је у питању одговорност једног лица према другом, али и *vice versa*.⁶⁰⁷ Супротни ставови су присутни и око тога ко има примарну одговорност за породицу као институцију и њене чланове. Док се у САД истиче примарна одговорност породице за своје чланове,⁶⁰⁸ приликом усвајања Конвенције о правима детета јавила су се мишљења да су социјалне службе погодније од биолошких родитеља да подижу и васпитавају децу.⁶⁰⁹ Такав став заузела је влада Новог Зеланда,⁶¹⁰ и он је резултат мишљења да умањење свести чланова породице поводом одговорности за децу рађа обавезу државе да преузме одговорност(и) за одгајање деце од природних родитеља, што је корисније за дете.⁶¹¹ Наилазимо и на екстремни став да се родитељско право не стиче аутоматски, већ треба да се додели само под условом да се заслужи.⁶¹² Супротно, сматра се да је у најбољем интересу детета да буде одгајано од стране своје породице.⁶¹³

Родитељство је социјална установа прожета бригом, зависношћу, одговорношћу, разумевањем, пожртвовањем, укратко, посвећеношћу за читав живот. Са правне стране, родитељство, уз изузетак продужења родитељског права, обухвата наведене елементе до пунолетства детета. То никако не значи да се наведене вредности исцрпљују са пунолетством детета, већ да позитивно право

⁶⁰⁶ C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Family Responsibility or Having It Imposed?*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 9.

⁶⁰⁷ Иако се одговорност родитеља према детету не разликује према узрасту, ипак, одговорност родитеља према тек рођеном детету није иста као одговорност родитеља према млађем детету или детету адолесцентском добу.

⁶⁰⁸ M. A. Fineman, *Responsibility, Family, and the Limits of Equality: An American Perspective*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 37.

⁶⁰⁹ *John Bowlby* у спроведеном истраживању након II светског рата о деци под надлежношћу јавних, социјалних служби, одвојеној од мајки, закључио је да су та деца агресивна, депресивна и са смањеним могућностима за емотивну повезаност са другима. Теорија повезаности истиче да повезаност деце има у основи биолошку компоненту, C. Huges, *Making and Breaking Relationships: Children and Their Families*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 34.

⁶¹⁰ О заштити детета од насиља на Новом Зеланду, M. Henaghan, *How New Zealand Family Law Deals With Power Imbalances*, *The International Survey of Family Law* 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 240; За промене у структури породице на Новом Зеланду, B. Aktin, J. Caldwell, M. Henaghan, P. Tapp, *Fifty Years of New Zealand Family Law*, *New Zealand Universities Law Review*, Vol. 25, Num. 4, October 2013, Wellington, стр. 645-665.

⁶¹¹ G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998, стр. 69.

⁶¹² H. Reece, *Degradation of Parental Responsibility*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 101.

⁶¹³ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 287.

одређена права и обавезе родитеља везује до одређеног узраста детета. И након пунолетства детета егзистенција ових вредности се наставља, што иде у прилог чињеници да правни појам родитељства извире из друштвеног (моралног) појма родитељства. Правне норме о родитељству обухватају одређене друштвене норме о родитељству и одражавају их кроз законске норме.

Одговорно понашање неке особе и одговорност нису идентични појмови. Док се одговорно понашање везује за правну обавезу, одговорност се не исцрпљује на правном терену, већ има свој наставак у ванправној сфери.⁶¹⁴ Оправдано се сматра да у тренутку постављања одговорности као правне обавезе, део идеје одговорности губи свој смисао.⁶¹⁵ Појам одговорности илустроваћемо примером у проширеној породици, где очух или маћеха предузимају више од оног што им правна обавеза према њиховом пасторку или пасторки налажу. Иако имају само обавезу да издржавају пасторка, они често врше функције које има и природни родитељ детета, иако на то нису правно обавезни. Они васпитавају пасторка, чувају га, врше свакодневне активности неге (купање, исхрана, успављивање) иако на то немају законско право нити законску дужност.

Породично право одређује одговорност родитеља према деци путем норми које родитељи треба да поштују. Традиционално, то се обезбеђивало укључивањем норми о вршењу родитељског права у оквиру брака. Креирањем статуса кроз институцију брака, право је обавезивало родитеље да се понашају одговорно и да буду свесни да дати статус повлачи и одговорности. Форма породичног односа (брак) доводила је до сплета одговорности (васпитавање, лични односи, издржавање) које су настајале као последица закључења брака. То је био једини друштвено и правно прихватљив начин стицања родитељских, породичних права.

За разлику од традиционалног схватања према коме одговорност представља друштвену моралну одговорност, данас одговорност бива претежно тумачена као правни принцип и само као таква се може применити. Док се некада ишло изван правног појма одговорности - субјекти породичних односа чинили су више од

⁶¹⁴ О томе J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 130.

⁶¹⁵ C. Lind, *Power and the Taking of Responsibility: Shifting the Legal Family from Marriage to Friendship*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 85.

законски одређеног, без потребе за правном заштитом, у савремено доба делује се у корак са правним појмом одговорности, стриктно пратећи оно што закон налаже. Закон је индикатор за одговорност. Право се тумачи најшире могуће, док се појам одговорности знатно сужава.

Уговор као начин решавања породичних односа, посебно односа између родитеља и деце, не чини се као пожељан на терену породичног права. Одговорност на пољу облигационог и породичног права има сасвим различите узроке. Посебно се то односи на личне односе родитеља и деце, обавезе (одговорности) васпитања, неге, подизања детета, где (уговорно) обавезивање није пожељно. У пословним односима уговор је подобно средство за заштиту интереса и регулисање међусобних права и обавеза, док је у породичним и другим интимним односима неподобно уговорно регулисање. Уговор о стицању родитељског права - сурогацијски уговор, пример је уговорног регулисања личних породичних права.

1.3. Проширење круга носилаца родитељског права

Родитељско право се проширује у погледу активно легитимисаних субјеката за вршење родитељског права, омогућавањем да ванбрачни отац, затим очух и маћеха, донатори генетског материјала, као и особе блиске детету које су се фактички старале о њему, добију правни статус родитеља. Ширење круга субјеката родитељског права последица је проширења породичног живота детета и других особа, те правне заштите која се истом пружа. У претпостављеној ситуацији где две особе различитог пола, жена и мушкарац, сексуалним путем у браку добију дете, не поставља се питање ко ће вршити родитељско право. Међутим у свим другим случајевима (ванбрачне заједнице, родитељство настало као последица повремених сексуалних односа, истополне заједнице, родитељство уз биомедицинску помоћ) питање вршења родитељског права може бити спорно. Проширење граница родитељског права видимо у светлу чињенице да се повећава број особа које могу захтевати да им се доделе само нека овлашћења из садржине родитељског права, или родитељско право у целини.

2. Одвајање детета од родитеља и лишење родитељског права

Држава не може ући у приватни домен породице без постојања озбиљног разлога. Од почетка рада више пута смо указали да је право на поштовање породичног живота прожето сукобима различитих интереса чланова породице. Одвајање детета од родитеља једна је од најтежих санкција у погледу вршења родитељског права.⁶¹⁶ Одвајање детета од родитеља доводи до прекида или престанка породичног живота. Ради се о сукобу између права на аутономију и приватност породице (родитеља), и права (обавезе) државе на заштиту детета. Најтежи облик мешања јавних власти у породични живот родитеља и детета представља издвајање деце из биолошке породице. Одвајање деце спроводи се у виду смештаја детета у институцију, хранитељску породицу, сродничку породицу и давања детета на усвојење. Али чак и у случајевима одузимања детета, оно има право на поштовање породичног живота и контакт са родитељима. Исто важи и за родитеље, који, док дете не борави код њих, имају право на поштовање свог породичног живота са дететом.

У Енглеској се истиче да је интервенција судова у породичне односе оправдана само ако је неопходна и пропорционална циљу ради кога се штити благостање детета⁶¹⁷ и његови интереси.⁶¹⁸ Судови изричу мере издвајања детета из породице само ако се циљ заштите не може постићи неком од мање озбиљних мера.⁶¹⁹ Издвајање детета из породице треба да буде привремена мера имајући у виду обавезу поновног успостављања јединства породице.⁶²⁰

⁶¹⁶ Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 191.

⁶¹⁷ Иако не постоји дефиниција благостања детета, према Закону о деци из 1989. године, судије у Енглеској када одлучују о благостању детета дужни су да узму у обзир следеће факторе: исказано мишљење и жеље детета, његове физичке, емотивне и образовне потребе, утицај промене било каквих околности на дете, узраст, пол, прошлост и било коју другу карактеристику коју суд нађе као релевантну, било који облик штетног поступања које је претрпело или постоји ризик да претрпи, колико родитељи детета, као и свака друга особа за коју суд сматра да је битна за дете, могу да испуне потребе детета. О томе, J. Hendrick, *Law and Ethics in Children's Nursing*, Oxford, 2010, стр. 38.

⁶¹⁸ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 17; Занимљиво је да су судови у Енглеској почевши још од давне 1925. године у поступцима у којима се радило о интересима детета примењивали принцип благостања детета као суштински, S. Cretney, *Law, Law Reform and the Family*, Oxford, 1998, стр. 156.

⁶¹⁹ F. Kaganas, *Child protection, gender and rights*, J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender and Family Law*, New York, 2010, стр. 43.

⁶²⁰ *Down Lisburn Health and Social Services Trust v H* (2006) UKHL 36 (2007) 1 FLR 121, para 33.

Члан 9. Конвенције о правима детета предвиђа да дете не сме бити одвојено од његових родитеља против своје воље, осим у случају када је одвајање резултат судске одлуке, у складу са законом и ако је одвајање у најбољем интересу детета.

Начелно, ЕСЉП не налази да одузимање детета, само по себи, доводи до повреде Конвенције. Потребни су и додатни елементи, попут забране контакта родитеља, давања детета на усвајање, лишења родитељског права, давања детета на хранитељство, да би дошло до повреде права на поштовање породичног живота родитеља.

У случају *Johansen против Норвешке*,⁶²¹ ЕСЉП је истакао да породични живот не престаје када дете буде узето под заштиту државе, нити када дође до развода брака његових родитеља.⁶²² Овиме је посредно признато право детета, али и родитеља који непосредно не врши родитељско право, на личне односе са дететом. Дете се налазило у социјалној институцији, а затим код хранитеља који су намеравали да усвоје дете. ЕСЉП је навео да домаће власти треба да буду ажурне у процесу поновног успостављања породичног живота детета и родитеља, али да приликом узимања у обзир интереса свих страна, интереси детета могу да преовладају над интересима родитеља.⁶²³ Одвајање детета од родитеља треба да представља само привремену меру.⁶²⁴ Потребно је направити равнотежу између интереса родитеља да буду поново са својом децом и интереса детета да остане у институцији. Суд даје претежни значај најбољем интересу детета који у зависности од природе и озбиљности може надвладати интересе родитеља. Мере трајног прекида контакта и лишења родитељског права примењују се само у изузетним околностима и оправдане су само када интереси детета захтевају њихову примену.⁶²⁵ Прикладност деловања домаћих власти варира од државе до државе у зависности од породичне традиције и интервенције државе у породичне односе. Потпуно прекидање контакта између детета и родитеља начелно доводи до повреде права на поштовање породичног живота.⁶²⁶

⁶²¹ *Johansen v Norway*, пред. бр. 17383/90, пресуда од 27. јуна 1996. године.

⁶²² С. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights - Commentary*-, München, 2014, стр. 194.

⁶²³ L. Clements, N. Mole, A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, London, 1999, стр. 177.

⁶²⁴ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009, стр. 556.

⁶²⁵ Видети и *Andersson v Sweden*, пред. бр. 12963/87, пресуда од 25. фебруара 1992. године.

⁶²⁶ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 135.

У случају *W. против Уједињеног Краљевства*,⁶²⁷ ЕСЈП је истакао да међусобни заједнички живот родитеља и детета представља конститутивни елемент породичног живота. Породични однос не престаје чињеницом да је дете стављено под заштиту социјалне службе. Посебно је битно да се у случајевима када одлука о одузимању детета може довести до неповратних последица, као у случају формирања емотивне везе детета са хранитељском или усвојитељском породицом, омогући адекватно учешће родитеља у поступку, као и заштита од арбитарног мешања домаћих власти. Ипак, могуће је да у случају алтернативних облика породичне заштите, као што је хранитељство, дете створи нове чврсте везе са хранитељском породицом у ком случају не би било у интересу детета да се та веза прекида поновним враћањем детета у биолошку породицу.⁶²⁸ ЕСЈП је истакао да у оваквим случајевима и родитељи и деца имају право на одржавање личних односа. Чињеница да је дете смештено у институцију не значи да родитељи више немају права у вези детета. У случају одвајања детета од родитеља, судске власти имају дужност да поступају хитно да би се избегла било каква одлагања и да би се одлуке брзо спровеле.⁶²⁹ У процесу доношења одлуке о одузимању детета, смештају детета и заснивању нових облика породичног смештаја, мишљење и интереси родитеља морају бити узети у обзир, што представља позитивну обавезу државних власти. У овом случају интереси родитеља нису били узети у обзир, нити су били саслушани приликом доношења одлуке о усвојењу детета.⁶³⁰ Одлука о смештају детета у другу породицу може имати непоправљиве последице на постојање породичних односа у оквиру биолошке породице. Оваквим поступком јавних власти дошло је до повреде права на поштовање породичног живота родитеља.

⁶²⁷ *W. v United Kingdom*, пред. бр. 11095/84, пресуда од 8. јула 1987. године. Родитељи су дете рођено 1978. године добровољно дали на старање у социјалну установу 1979. године. Након неколико месеци родитељи су лишени родитељског права а да нису о томе обавештени. Већ 1980. године дете је дато на хранитељство и покренут је поступак усвојења детета. Када су родитељи захтевали да виде дете забрањено им је одржавање контакта. Хранитељској породици је 1984. године одобрен захтев да усвоје дете.

⁶²⁸ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 139.

⁶²⁹ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 96.

⁶³⁰ ЕСЈП је истакао да и други чланови породице треба да буду укључени у процес доношења одлуке везане за одвајање детета, видети случај *Price v United Kingdom*, пред. бр. 12402/86, пресуда од 14. јула 1988. године. О овој пресуди и Н. Swindells, А. Neaves, М. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 49.

У сукобу права на поштовање породичног живота родитеља и хранитеља, превагу односи право родитеља. Једина могућност да право хранитеља има јачу правну снагу састоји се у позивању на најбољи интерес детета.

У случајевима смештаја деце у установу, ЕСЉП прави разлику између случајева када је мерама социјалних служби потребно хитно изместити дете из породице и случајева када постоји могућност детаљног разматрања пре доношења одлуке о измештању детета. У случају хитних мера, ако су родитељи узрок одређивања тих мера није неопходно да буду консултовани, док у случајевима редовних мера, постоји обавеза домаћих власти да обавесте и саслушају родитеље, као и да им пруже увид у потребну документацију везану за меру одузимања детета.

Док члан 8. Конвенције кроз право на поштовање породичног живота покушава да очува породично јединство и право појединих чланова породице (пре свих родитеља) на поштовање породичног живота, уједно се долази у колизију са обавезом државе да на основу члана 8. Конвенције заштити дете од (истих) чланова породице који угрожавају дете.⁶³¹

Пракса ЕСЉП говори у прилог права детета и права родитеља на поновно спајање када околности то дозволе. Држава има обавезу да ради у правцу поновног спајања родитеља и детета.⁶³² Ако је дете смештено на хранитељство, држава има обавезу предузимања напора ради повратка детета у породицу.

ЕСЉП је истакао у случају *Норпе против Немачке*,⁶³³ да у случајевима када се ради о личним односима родитеља са својим дететом, постоји посебна дужност да се обрати пажња да протек времена може утицати на судску одлуку. Парнице поводом вршења родитељског права и одржавања личних односа морају се спроводити у најкраћем року.⁶³⁴ Будући односи родитеља и детета не могу бити одређени само на основу чињенице протекла времена. И ЕСЉП истиче да ефикасно спровођење права на поштовање породичног живота подразумева да будући односи између родитеља и детета не буду одређени на основу протекла

⁶³¹ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 150.

⁶³² J. M. Scherpe, *Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 47.

⁶³³ *Hoppe v Germany*, пред. бр. 28422/95, пресуда од 5. децембра 2002. године.

⁶³⁴ *Glaser v United Kingdom*, пред. бр. 32346/96, пресуда од 19. септембра 2000. године.

времена.⁶³⁵ Некада ће протек времена бити оправдан. То се односи на случајеве када поновно успостављање породичног живота захтева припремне мере. ЕСЉП оваквим резонавањем одбија доминацију доктрине *primary caretaker* у утврђивању најбољег интереса детета.⁶³⁶

Временски фактор игра одлучујућу улогу у поновном спајању деце и родитеља. Што је дужи смештај детета у хранитељској породици или социјалној установи, мање су шансе да дође до поновног спајања родитеља и детета. Дужина трајања смештаја детета, уз одсуство или умањен контакт детета и родитеља, доводи до успостављања емоционалне повезаности детета са другом (хранитељском) породицом. Имајући у виду најбољи интерес детета и потребу детета за стабилношћу, временски фактор додатно добија на значају.

2.1. Право родитеља на поновно спајање са својом децом

Према одлуци у случају *Hokkanen против Финске*,⁶³⁷ родитељи имају право да предузму мере којима ће бити могуће поновно успостављање породичног живота са својом децом. Позитивна обавеза домаћих власти је да то дозволе. Међутим, ова обавеза домаћих власти није апсолутна.⁶³⁸ Државе треба да предузму све разумне мере да се омогући контакт родитеља и детета. У овом случају држава је била одговорна што није омогућила остваривање права на контакт подносиоца и његовог детета.⁶³⁹ Ипак, да би поновно успостављање породичног живота детета и родитеља било успешно и да не би штетило интересима детета, потребно је да се спроведу припремне мере за повратак детета.⁶⁴⁰

⁶³⁵ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 252.

⁶³⁶ О примени доктрине *primary caretaker*, G. A. Luppino, J. F. Miller, *Family Law and Practice*, New Jersey, 2012, стр. 201.

⁶³⁷ *Hokkanen v Finland*, пред. бр. 19823/92, пресуда од 23. септембра 1994. године.

⁶³⁸ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009, стр. 312.

⁶³⁹ О овој пресуди, M. Welstead, S. Edwards, *Family Law*, Oxford, 2008, стр. 497; G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 140.

⁶⁴⁰ U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Strasbourg, 2003, стр. 52; Isto, S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 248.

ЕСЈП је више пута поновио да домаће државе имају обавезу да обезбеде контакт између родитеља који не врши родитељско право и детета.⁶⁴¹ Међутим, обавезу поновног спајања некад није могуће спровести, иако постоји обавеза државе да предузме принудне мере, имајући у виду најбољи интерес детета, тачније потребу да се изврши баланс између најбољег интереса детета и интереса родитеља за спајањем са дететом. У случају дугогодишњег одсуства контакта, поновно спајање треба да обухвати припремне мере уз присуство и помоћ психолога.⁶⁴²

ЕСЈП цени да ли је домаћа држава предузела све неходне мере да се оствари контакт детета и родитеља, имајући у виду сложеност околности случаја и интерес свих заинтересованих страна.⁶⁴³ Обавеза домаћих власти да обезбеди извршење одлуке постаје све строжа. Брзина спровођења одлуке о контакту родитеља и детета цени се као одлучујућа чињеница. Држава има дужност да омогући контакт детета и родитеља у оба групе случајева - приватноправном контакту (контакт једног родитеља и детета у случају вршења родитељског права једног родитеља)⁶⁴⁴ и јавноправном контакту (контакт једног или оба родитеља и детета када се државне службе старају о детету).

У случају *Eriksson против Шведске*,⁶⁴⁵ ЕСЈП је истакао да конститутивни елемент породичног живота представља заједнички живот родитеља и детета. Породични живот не престаје када је дете смештено у социјалну установу. Чињеница да је мајци враћено родитељско право говори да је пододна да се стара о детету и да поново треба успоставити заједнички живот између њих. Ипак, у случајевима када је дете од најмлађег узраста боравило у социјалним установама и провело тамо значајан број година, могу се јавити проблеми око прекидања

⁶⁴¹ *Ignaccolo-Zenide v Romania*, пред. бр. 31679/96, пресуда од 25. јануара 2000. године; *Nuutinen v Finland*, пред. бр. 32842/96, пресуда од 27. јуна 2000. године.

⁶⁴² J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 312.

⁶⁴³ *Sylvester v Austria*, пред. бр. 36812/97, 40104/98, пресуда од 24. априла 2003. године.

⁶⁴⁴ Наводи се да у домену приватноправних породичних спорова који се односе на дете, доминирају спорови везани за одређивање пребивалишта детета и контакта родитеља са дететом, M. Maclean, J. Eekelaar, *Family Law Advocacy*, Oxford, 2009, стр. 73.

⁶⁴⁵ *Eriksson v Sweden*, пред. бр. 11373/85, пресуда од 23. маја 1989. године. Дете је стављено у социјалну установу 1978. године када је имало само месец дана стога што је мајка осуђена на казну затвора услед продаје наркотика. Дете је касније смештено у хранитељску породицу. Након изласка из затвора, мајка је заједно са оцем детета тражила да дете буде враћено из хранитељске породице. Домаћи суд је забранио повратак детета из хранитељске породице, иако је мајци враћено родитељско право.

(хранитељског) смештаја и поновног враћања у биолошку породицу. Тешкоће поновног уједињења могу се уписати у одговорност државним властима које нису омогућиле остваривање контакта између мајке и детета док је оно било на смештају. На локалним властима налази се терет доказивања оправданости ускраћивања контакта између родитеља и детета.⁶⁴⁶ Суд је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Случај *Olsson против Шведске*,⁶⁴⁷ има сличну проблематику. Родитељи су се жалили да након истека периода у коме је дете било смештено у социјалну установу, није омогућено да им дете буде враћено. ЕСЉП је истакао да обавеза јавних власти да поново успоставе прекинут породични живот родитеља и детета смештеног у јавну установу, претходно захтева припремне мере услед дугог боравка детета у установи. Природа мера зависи од околности случаја и захтева се сарадња свих страна у поступку. Ако право родитеља на контакт долази у сукоб са интересима осталих страна, посебно интересима детета, јавне власти треба да ускладе међусобне интересе. Мера смештаја детета треба да буде привременог карактера, а све у циљу поновног успостављања породичног живота детета и родитеља. Троје деце смештено је у хранитељске породице међусобно удаљене стотинама километара, што је онемогућавало њихов контакт. Административне тешкоће око налажења хранитељских породица у близини нису оправдале раздвајање деце од стране социјалне службе.⁶⁴⁸ Налажење адекватних хранитељских породица има секундарни значај у поступку измештања деце из биолошких породица. ЕСЉП је оценио да шведске власти нису предузеле неопходне мере и да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ J. Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, стр. 608.

⁶⁴⁷ *Olsson v Sweden*, пред. бр. 10465/83, пресуда од 24. марта 1988. године. Видети, такође, *Rieme v Sweden*, пред. бр. 12366/86, пресуда од 22. априла 1992. године.

⁶⁴⁸ J. Williams, *Child Law for Social Work*, London, 2008, стр. 19., да су социјалне службе и социјални радници обавезни да делују у складу са ЕКЉП.

⁶⁴⁹ О овој пресуди, Н. Swindells, А. Neaves, М. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 54; G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 100; U. Kilkelly, *Child Protection and the European Convention on Human Rights*, *Irish Journal of Family Law*, 2/2000, Dublin, стр. 15; J. Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, стр. 608.

2.2. Лишење родитељског права и контакт родитеља и детета

Држава је заинтересована да заштити децу као своје будуће одговорне грађане. Постављају се ограничења вршењу родитељског права кроз забрану занемаривања, као и физичког, емотивног и сексуалног злостављања детета.⁶⁵⁰ За разлику од некадашњих времена када је заштита детета била резервисана за кривично право, грађанскоправна заштита доминира савременом државном интервенцијом поводом благостања детета. Разлог лежи у истицању превенције као *differentia specifica* заштите грађанског права у односу на накнадну реакцију (репресију) кривичноправне заштите.⁶⁵¹ Држава, свесна значаја превенције, акценат не ставља само на заштиту детета, већ и на шири циљ помагања родитељима у вршењу родитељског права.⁶⁵²

Лишење родитељског права представља најдрастичнији облик мешања државе у породични живот родитеља и детета. Има карактер трајног престанка права на поштовање породичног живота детета и родитеља. Доктрина се састоји у томе да држава преузима *parens patriae* у случају кад родитељи не испуњавају родитељске дужности на адекватан начин и наносе штету детету. Држава се легитимише као чувар тумачења шта се подразумева као адекватно вршење родитељског права.

Лишење родитељског права подразумева да дете више не борави код родитеља, већ код сродника, хранитеља или у социјалној институцији. За децу на смештају у социјалним службама одржавање контакта са родитељима представља једину могућност да буду поново враћена у породично окружење. Тако драстична мера, као што је одузимање детета, захтева да породични живот, иако умањеног интензитета, не буде у потпуности прекинут. Захтева се да држава обезбеди одржавање личних односа детета и родитеља. Ипак, контакт између детета и родитеља може бити у интересу родитеља, али не и у интересу детета, те стога, јавне власти могу позивањем на чл. 8. став. 2. Конвенције ограничити ово право родитеља.

⁶⁵⁰ A. Lawrence, *Principles of Child Protection: Management and Practice*, Maidenhead, 2004, стр. 23.

⁶⁵¹ R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 8.

⁶⁵² F. Kaganas, *Child Protection, Gender and Rights*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender and Family Law*, New York, 2010, стр. 56.

Случајеви одузимања детета и стављања под надлежност социјалних служби у контексту поштовања права на породични живот родитеља, показују се као најделикатнији у пракси ЕСЈП. Овде држава има обавезу да активно делује, у смислу прекидања породичног живота ако постоји потреба заштите детета у случајевима физичког, емотивног, сексуалног злостављања⁶⁵³ детета или његовог занемаривања.⁶⁵⁴ Постоји, са друге стране, обавеза очувања породичних веза детета са родитељима услед потенцијалног поновног успостављања породичног живота. Одржавање контакта са родитељима у периоду када је дете у социјалној служби намеће се државама као обавеза. Међутим, контакт може бити у супротности са интересима детета посебно када је од стране родитеља дошло до повреде права детета.⁶⁵⁵

Пружање одговора на питање да ли је дете угрожено у својој породици, у великој мери зависи од процене и мишљења социјалних служби. У складу са тиме, домаћи судови се руководе мишљењем социјалних служби, те на постојање сумње исказане од стране социјалне службе, ретко делују у супротности са њиховим извештајем. У потпуности се показује оправданим став да судови у случају сумње нису спремни да излажу дете потенцијалним даљим ризицима, позивајући се на право на поштовање породичног живота родитеља.⁶⁵⁶ Овакво поступање судова посредно приморава родитеље да озбиљно схватају сваки извештај социјалних служби који указује на пропусте у вршењу родитељског права, у циљу избегавања теже санкције поводом својих родитељских права, пре свега, лишења родитељског права.

ЕСЈП у овој области стоји на становишту поштовања независности породице и ограничења јавних власти да без одлуке суда није могуће ускратити

⁶⁵³ Сексуално злостављање обухвата, осим сексуалног контакта, и тајно надзирање и гледање деце док су нага без њиховог знања (нпр. у купатилу), отворен разговор о сексуалним радњама, имитирање сексуалног чина, играње посредних или непосредних сексуалних игара, Т. Brown, R. Alexander, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007, стр. 73.

⁶⁵⁴ Наводи се да је на првом месту неадекватног обављања родитељске одговорности занемаривање и физичко злостављање, а затим се јављају емотивно па сексуално злостављање, Т. Brown, R. Alexander, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007, стр. 17.

⁶⁵⁵ S. Choudhry, *The Adoption and Children Act 2002, the Welfare Principle and the Human Rights Act 1998 - A Missed Opportunity?*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 15, No. 1, 2003, Bristol, стр. 129; О томе да је контакт у овом случају противан интересима детета, случај *Hokkanen против Финске*.

⁶⁵⁶ F. Kaganas, *Child Protection, Gender and Rights*, у J.Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender and Family Law*, New York, 2010, стр. 52.

право на контакт родитеља.⁶⁵⁷ Уколико се од стране социјалних служби утврди да постоји стална и значајна опасност по дете, доноси се план према коме се прецизира које особе могу, а које не могу да виђају дете. Једино судска одлука може ограничити или одузети право на поштовање породичног живота родитеља у односу на дете.

2.2.1. Сексуално злостављање, смештај детета у установу и контакт детета и родитеља

Постојеће тенденције у пресудама ЕСЉП указују да се више пажње усмерава на питање контакта родитеља и детета које се налази у установи, него на оправданост саме мере измештања детета из породице.⁶⁵⁸

2.2.1.1. Одговорност родитеља за надзор над децом

Родитељи имају дужност да се старају о детету, о његовом развоју и васпитању. Обавеза надзора деце и поверавања трећим особама на чување, показује се као значајна у савременим условима када родитељи проводе мање времена са децом, а од најмлађег доба велики број блиских особа има значајну улогу у свакодневном васпитању детета. Родитељи одговарају не само за случајеве кад сексуално злостављају дете, већ и кад пропусте да врше надзор над дететом и услед тога дође до сексуалног злостављања детета од стране трећих особа.⁶⁵⁹

Пропуст родитеља да врше надзор над децом која су поверена особама које су их сексуално злостављале, повлачи да одузимање деце и спречавање контакта родитеља и деце није повредило право на поштовање породичног живота.

⁶⁵⁷ J. Miiles, B. Lindley, Contact for Children Subject to State Intervention, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 227.

⁶⁵⁸ S. Choudhry, J. Herring, European Human Rights and Family Law, Oxford, 2010, стр. 300.

⁶⁵⁹ Посебно суптилан и уједно опасан облик сексуалног злостављања деце представља злостављање преко *Интернета* и савремених друштвених мрежа. Према члану 34. Конвенције о правима детета, државе имају обавезу да заштите дете од свих облика експлоатације и сексуалног злостављања. Видети, J. Carr, Z. Hilton, Combating Child Abuse Images on the Internet, у J. Davidson, P. Gottschalk, Internet Child Abuse, New York, 2011, стр. 55. и даље, о заштити детета од виртуалног сексуалног злостављања на нивоу ЕУ.

У случају *Covezzi u Morselli protiv Италије*,⁶⁶⁰ ЕСЉП је навео да, иако је утврђено да родитељи нису непосредно учествовали у злостављању деце, они су пропустили да врше надзор над децом. Озбиљност угрожавања деце, оличена и у покретању кривичног поступка, налагала је хитност измештања деце из породице. Стога је мера домаћих власти била неопходна и оправдана. Несаслушање родитеља није представљало пропуст домаћих власти с обзиром на то да су друга деца била злостављана и да је постојала блиска веза између родитеља и особа које су биле оптужене за злостављање. Дуготрајан прекид личних односа деце и родитеља утемељен је у озбиљности оптужби за злостављање, исказаној жељи деце да се не врате код родитеља, као и постојању страха деце од родитеља. Смештај деце у одвојене институције био је заснован на психолошкој процени сваког детета и процени њиховог интереса у контексту постојећег стања угрожености. Ни под једном од наведених основа није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.⁶⁶¹ Поводом учешћа родитеља у поступку одузимања деце, ЕСЉП је утврдио да је било периода у којима родитељи нису могли да утичу на поступак у погледу вршења родитељског права. Утврђени су периоди од четири и два месеца када су родитељи били онемогућени да учествују у поступку. Такође, ЕСЉП сматра да је период од две године од тренутка одузимања деце до доношења коначне одлуке о лишењу родитељског права трајао претерано дуго. Родитељи током тог периода нису имали могућност улагања ефикасног правног лека. Иако су подносиоци уложили више од седам жалби, судске власти су одбиле да одлуче о њима све док се није завршио кривични поступак против родитеља. Родитељи из предочених разлога нису у довољној мери били укључени у процес одлучивања - утврђено је да постоји повреда права

⁶⁶⁰ *Covezzi and Morselli v. Italy*, пред. бр. 52763/99, пресуда од 9. маја 2003. године. Подносиоци представке су италијански држављани, брачни пар који има четворо деце. Њихов рођак је пријавио да су он и деца били жртве сексуалног злостављања од стране родитеља подносилаца (бабе и деде деце). Суд је без саслушања подносилаца у новембру 1998. године донео привремену одлуку о одузимању деце од родитеља и смештају деце у различите социјалне установе услед тога што су родитељи поверавали децу блиским рођацима и пропустили да врше надзор над њима. Родитељима је забрањен контакт и није им речено где су деца смештена. Накнадно је утврђено да је сво четворо деце смештено у различите породице. Почетком 1999. године дошло је до првог надзираног сусрета родитеља и деце. У марту 1999. године психолог је утврдио да су деца била сексуално злостављана. Жалба родитеља на одлуку о одузимању деце је одбијена. Родитељи су у септембру 2002. године осуђени на казну затвора у трајању од 12 година. Подносиоци су се жалили да је одузимање деце и забрана контакта повредила њихово право на поштовање породичног живота.

⁶⁶¹ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 141.

на поштовање породичног живота. Одлука у овом случају супротна је одлуци у случају *Olsson против Шведске*, где је утврђено да држава има обавезу да приликом смештаја деце у другу породицу или социјалну службу, не дође до раздвајања деце, браће и сестара. Стога, сматрамо да је и у овом случају сву децу требало сместити у исту институцију.

Пресуда *Covezzi и Morselli* утврђује правило да су родитељи дужни да врше надзор над својом децом и да одузимање деце и лишење родитељског права у случају сексуалног злостављања деце од стране других, блиских особа не представља повреду права на поштовање породичног живота, са чиме смо сагласни. У случају постојања сумње у сексуално злостављање детета, обавеза је државних служби да делују хитно у циљу измештања детета из средине (породице) у којој је дошло до злостављања.⁶⁶² Хитно измештање деце услед постојања сумње ослобађа одговорности државу, иако се накнадно покаже да родитељи нису сексуално злостављали дете. Потенцијална опасност од тако грубе повреде права детета оправдава хитност измештања детета чак и одсуству саслушања детета и родитеља.

2.2.1.2. Обавеза саслушања детета о постојању сексуалног злостављања

Несаслушање детета у случају постојања сумње у сексуално злостављање и предузимање медицинских прегледа без сагласности родитеља, повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *М. А. К. и Р. К. против Уједињеног Краљевства*,⁶⁶³ ЕСЉП је навео да у одсуству правног основа за спречавање оца да посети дете дана кад је оно

⁶⁶² О хитном измештању детета из породице у случају злостављања и несаслушању родитеља, И. Крстић, *Право на поштовање приватног и породичног живота* члан 8. Европске конвенције о људским правима, Београд, 2006, стр. 54.

⁶⁶³ *М. А. К. and R. K. v United Kingdom*, пред. бр. 45901/05 и 40146/06, пресуда од 23. марта 2010. године. Подносиоци су отац и дете, британски држављани. Отац је одвео деветогодишње дете код лекара услед постојања модрица на бутинама након чега је лекар послао дете у болницу на даље испитивање. Отац је тог дана отишао на посао и изјавио да док не дође његова супруга и да сагласност, никаква даља испитивања не могу бити обављана на детету. Болница је, ипак, и поред изричитог захтева оца вршила медицинска испитивања детета пре доласка мајке. Након што је мајка дошла и дала сагласност, предочено јој је да је дете било сексуално злостављано. Од детета није тражено да искаже мишљење поводом наведеног злостављања. Оцу тог дана није дозвољено да види дете, а накнадно му је омогућен контакт са дететом под надзором. Иако је мајка потврдила да јој је дете изјавило да се повредило док је возило бицикл, лекар је остао при тврдњи да је дете сексуално злостављано. Након неколико дана утврђено је да дете пати од ретке кожне болести и

примљено у болницу, постоји повреда права на поштовање породичног живота. Повреде узроковане бициклом биле су само један део повреда, те су сумње лекара у остале повреде биле оправдане.

У светлу немогућности давања прецизне дијагнозе повреда, несаслушање самог детета о пореклу повреда представља озбиљан пропуст.⁶⁶⁴ Саслушање детета је могло довести до ранијег утврђивања порекла повреда.⁶⁶⁵ Даље, дијагноза дерматолога била је ствар хитности, што је учињено тек четвртог дана од пријема детета у болницу. Док је иницијална мера сумње и спровођења поступка против родитеља била оправдана, накнадно поступање у погледу пролонгирања извештаја дерматолога представља повреду права на поштовање породичног живота. Домаће право изричито захтева да се родитељи или особе које врше родитељско право сагласе пре предузимања медицинске интервенције. Отац је изричито изјавио да се пре доласка мајке не предузимају никаква даља испитивања детета. Једино оправдање непоступања по налогу оца било би у случају хитности. Међутим, нема доказа да је дете било угрожено, да му је стање било критично, да би дошло до погоршања здравственог стања, да је трпело бол. Додатно, није било знакова да би мајка ускратила сагласност, а чак и у случају ускраћивања, болница би могла захтевати од суда добијање сагласности за даље испитивање. У таквом стању ствари, није било оправдања да се узима крв и фотографише деветогодишње дете на интимним деловима тела док је било само у болници, без сагласности родитеља. ЕСЉП је констатовао повреду права на поштовање породичног живота.

Члан 8. Конвенције обухвата и случајеве где се мешање у породични живот врши на основу споразума. Сагласност родитеља не оправдава, по правилу,

пуштено је из болнице. Лекар је саставио извештај да нема довољно доказа да је дете злостављано. Поступак родитеља против болнице и лекара није био успешан. Подносиоци су се жалили да је спречавање посета детету и обављање теста без сагласности родитеља довело до повреде права на поштовање породичног живота.

⁶⁶⁴ Иако саслушање детета пред државним органима и судом може довести до сазнања о (не)постојању злостављања, постоји и друга страна медаље саслушања деце пред судом - студије су утврдиле да 70% деце брине пре одласка у суд, док њих 50% показује знаке стреса пре него што треба да сведоче. О томе, J. A. Quas, M. Sumaroka, Consequences of Legal Involvement on Child Victims of Maltreatment, у M. Lamb, D. La Rooy, L. Malloy, C. Katz, Children's Testimony, Oxford, 2011, стр. 331.

⁶⁶⁵ М. Јањић-Комар, М. Обретковић, Права детета права човека, Београд, 1996, стр. 116, износе концепт права детета на слободу мишљења у контексту права човека и права детета на самоодређење.

мешање државе и других особа у породични живот.⁶⁶⁶ Сматрамо да у свим случајевима када није испуњен услов хитности предузимања медицинске интервенције, поступање лекара без сагласности родитеља треба да доведе до утврђивања повреде права на поштовање породичног живота.

2.2.1.3. Временска ограниченост мере забране контакта родитеља са дететом смештеним у социјалну установу

Пропуст прописивања временског трајања мере смештаја детета у социјалну установу представља повреду права на поштовање породичног живота. Спречавање одржавања контакта између мајке и деце смештене у социјалну установу и сексуално злостављане од стране радника који су претходно осуђени за сексуално злостављање других корисника установе, представља повреду члана 8. Конвенције.

У случају *Scozzari u Guinta protiv Италије*,⁶⁶⁷ ЕСЉП је навео да је насиље изазвано понашањем бившег супруга подносиољке довело до проблематичних породичних околности. Чак и након развода, мајка је патила од психосоматског поремећаја дијагностификованог медицинским извештајем и није могла да се стара о деци на адекватан начин. Ова чињеница, уз утврђивање вршења сексуалног злостављања старијег детета од стране социјалног радника укљученог у случај, довели су до оправданог измештања деце из породице и лишења родитељског права мајке. Када је реч о праву на контакт, ЕСЉП је истакао да одлука суда којом се забрањује контакт мајке са децом, као изузетно озбиљна

⁶⁶⁶ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 313.

⁶⁶⁷ *Scozzari and Guinta v Italy*, пред. бр. 39221/98 и 41963/98, пресуда од 13. јула 2000. године. Прва подносиољка представке је италијанско-белгијска држављанка, рођена 1960. године, мајка двоје деце. Друга подносиољка представке је италијанска држављанка са пребивалиштем у Белгији, рођена 1939. године, мајка прве подносиољке (баба деце). С обзиром на то да је 1997. године отац деце константно вршио насиље у породици према мајци и деци, као и да је старије дете било жртва сексуалног злостављања од стране социјалног радника укљученог у њихов случај, мајка је лишена родитељског права и деца су смештена у социјалну установу. Два радника те социјалне установе су, претходно, 1985. године, били осуђени за сексуално злостављање штићеника те установе. Суд је у одлуци о смештају деце прво досудио да мајка нема право на контакт са децом. Накнадно је суд одредио право мајке на контакт, али је социјална установа спречила мајку у остваривању контакта у неколико наврата, тако да је мајка први пут видела децу у априлу 1999. године. Прва подносиољка се жалила да је одлука о лишењу родитељског права, одлагању извршења контакта и смештају деце у наведену социјалну установу довела до повреде права на поштовање породичног живота. Друга подносиољка се жалила да власти нису разматрале могућност да се она, као баба деце, стара о деци.

мера, није била заснована на ваљаним разлозима иако су деца претрпела трауматична искуства. Таква мера оправдана је само у драстичним околностима. Одлука о ускраћивању контакта не може довести до поновног успостављања породичних односа који су одлуком о смештају деце у установу доведени на најмању могућу меру. Негативан став социјалне установе, која је према виђењу ЕСЉП, имала превише важну улогу у погледу одржавања контакта деце и мајке, не само да није довео до поновног успостављања породичних односа, већ је могао да доведе до трајног престанка породичног живота између мајке и деце. Утврђено је да је мајка само два пута посетила децу. На основу наведених чињеница ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.⁶⁶⁸ ЕСЉП је утврдио, прихватајући чињеницу да су два радника социјалне установе осуђена за сексуално злостављање корисника још 1985. године и даље радила у тој установи и имала важну улогу у неговању деце, да је то негативно утицало на сигурност и развој деце. Додатно отежавајућу околност представља податак да је старије дете било жртва сексуалног злостављања и да је то један од разлога смештања у установу, у којој су, парадоксално, радиле особе које су већ вршиле сексуално злостављање. Забринутост родитеља је оправдана и они не би требало да се понашају пасивно у ситуацији када се њихова деца поверавају установи чији запослени врше или су вршили сексуално злостављање. Домаћи суд је морао имати у виду и спречити чињеницу да су баш особе осуђене за сексуално злостављање спречавале одржавање контакта између деце и мајке. ЕСЉП је, даље, приметио да нема оправдања за непрописивање временског ограничења мере смештаја деце у установу, посебно имајући у виду да одредбе италијанског права то предвиђају. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

ЕСЉП је утврдио да иако се баба деце преселила у Италију, постојале су извесне тешкоће у погледу поверавања деце баби на старање. Друга подносиатељка није пружила објашњење зашто није наставила да захтева контакт са децом и након истека рока у коме јој је досуђено право на контакт са децом. ЕСЉП у овом делу није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

⁶⁶⁸ Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 316.

Сматрамо да у свим случајевима када је дете одузето од родитеља и смештено у социјалну установу, држава у складу са преузимањем вршења (дела или целине) родитељског права, има одговорност за надзор над децом. Прописивање временског рока смешаја детета у установи, налазимо као целисходно решење. Међутим, наше право нема одредби о томе, те би у некој будућој законодавној активности, требало предвидети рок у коме се дете смешта у институцију. Мишљења смо да треба предвидети максималан, не и минималан временски период раздвајања детета од родитеља, с обзиром на то да је могуће да и пре истека рока престану разлози који су довели до одвајања детета од родитеља, а све у складу са врховним начелом ЕСЈП у области одузимања детета од родитеља - начела поновног спајања родитеља и детета.

2.2.1.4. Обавеза увида у сведочење детета о постојању сексуалног злостављања

Онемогућавање увида родитеља у сведочење детета да је сексуално злостављано представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *T. P. и K. M. против Уједињеног Краљевства*,⁶⁶⁹ ЕСЈП је навео да је одузимање детета довело до мешања у породични живот. Домаће власти имају

⁶⁶⁹ *T. P. and K. M. v United Kingdom*, пред. бр. 28945/95, пресуда од 10. маја 2001. године. Подносиоци представке су мајка и дете, држављани Уједињеног краљевства. Мајка је 1983. године, када је имала 17 година, родила дете (ћерку). У јуну 1987. године постојала је сумња да је дете сексуално злостављано услед постојања уринарне инфекције која нема медицинско порекло. Након посете социјалног радника породичном дому, дете је уписано у регистар злостављане деце. Дете је у новембру 1987. године у сведочењу снимљеном на видео камери изјавило да је било злостављано од човека који има исто име као и партнер њене мајке. На основу тога, локалне власти су сматрале да мајка, која је оспаравала наводе свог детета, није способна да заштити дете и сместиле су дете, најпре, у социјалну установу а затим у хранитељску породицу. Мајци није дозвољено да види снимак са образложењем да би могла извршити притисак на дете да промени свој исказ. Током наредних година дана мајци је дозвољено да има ограничен контакт са дететом у хранитељској породици у трајању од два сата. Међутим, дете је и током боравка у хранитељској породици имало проблема са уринарном инфекцијом. Мајка је 1988. године родила друго дете у вези са мушкарцем за кога се сумњало да је злостављао старије дете. Новорођено дете није одузето од родитеља. Накнадно је увидом у видео сведочење закључено да мушкарац кога је дете навело није партнер мајке, на основу чега је дете враћено мајци уз задржавање мере надзора. У новембру 1989. године суд је донео одлуку да дете више није под заштитом социјалних служби. У новембру 1990. године мајка је поднела тужбу за немар против домаћих власти и навела да је одузимање детета условило психичке последице за чланове породице. Психички поремећај утврђен је извештајем психијатра. Ипак, домаћи судови нису нашли одговорност социјалних служби за неосновано одузимање детета. Подносиатељка се жалила да је одузимање детета и смештај детета у социјалну службу довео до повреде њеног права на поштовање породичног живота.

надлежност да одреде мере за заштиту детета уколико је угрожен или занемарен правилан развој детета.⁶⁷⁰ У погледу процене потребе смештаја детета у социјалну установу, домаће власти имају широко поље слободне процене. Ипак, даље ограничавање породичног живота детета и родитеља оличеног у одржавању контакта захтева додатно испитивање. С обзиром на то да је постојао чврст доказ да је дете злостављано, ЕСЉП не сматра да је грешка у утврђивању идентитета злостављача таква да онемогућава суд да донесе меру заштите детета. Ипак, ЕСЉП сматра да је од суштинске важности да родитељ буде у позицији приступа информацијама на основу којих власти доносе мере заштите детета услед злостављања.⁶⁷¹ ЕСЉП је закључио да у оваквим осетљивим питањима материјал сведочења треба да буде на располагању родитељима. Чак и ако родитељи не захтевају добијање доказа, јавне власти су дужне да обезбеде доказе доступним. Омогућавање увида у доказе смањује могућност да у почетној фази дође до грешака, што иде у корист свих страна у поступку.⁶⁷² У том погледу, изведени докази су требало да буду хитно доступни подносиоцима да би могла да одговори на оптужбе да дете не може бити враћено под њену заштиту.⁶⁷³ ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.⁶⁷⁴

2.2.2. Вођење кривичног поступка против родитеља

Лишење родитељског права услед осуде на дугогодишњу затворску казну не представља повреду права на поштовање породичног живота.

⁶⁷⁰ О односу између британских судова и ЕСЉП поводом заштите права детета, F. Kaganas, A. Diduck, *Incomplete Citizens: Changing Images of Post-Separation Children*, у S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 505.

⁶⁷¹ Видети и G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 142.

⁶⁷² A. W. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, стр. 158.

⁶⁷³ U. Kilkelly, *Child Protection and the European Convention on Human Rights*, *Irish Journal of Family Law*, 2/2000, Dublin, стр. 17.

⁶⁷⁴ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 98; A. W. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, стр. 158. U. Kilkelly, *Child Protection and the European Convention on Human Rights*, *Irish Journal of Family Law*, 2/2000, Dublin, стр. 17.

У случају *М. С. против Финске*,⁶⁷⁵ реч је о лишењу родитељског права услед вођења кривичног поступка против јединог родитеља детета - оца. ЕСЉП је нашао да је мера смештаја детета у установу представљала мешање у породични живот подносиоца, али да је та мера била у складу са законом и пропорционална циљу који се желео постићи. ЕСЉП је приметио да подносилац није саслушан у поступку о смештају детета у новембру 1993. године и да је то пропуст финских власти, али му је саслушање омогућено у каснијем поступку, како усмено, тако и писмено. На основу тога, не може се закључити да је подносилац био искључен из поступка одлучивања о лишењу родитељског права. ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Осуда родитеља на блаже кривично дело које није у вези са вршењем родитељског права, услед чега је лишен родитељског права, повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Sabou и Pircalab против Румуније*,⁶⁷⁶ ЕСЉП је навео да у оваквим случајевима, када се родитељи услед извршења кривичног дела лишавају родитељског права, акценат ставља на процену шта је у најбољем интересу детета. ЕСЉП примећује да дело за које је родитељ кривично осуђен ничим није повезано са вршењем родитељског права и да подносилац ниједним својим поступком није показао мањак капацитета за вршењем родитељског права, или је, пак, злоупотребљавао родитељско право. Одредба румунског права да се аутоматски са осудом неког лица на затворску казну оно лишава родитељског права, пре има карактер моралне казне за родитеља, него што има за циљ заштиту

⁶⁷⁵ *M.C. v Finland*, пред. бр. 28460/95, пресуда од 25. јануара 2001. године. Подносилац је пакистански држављанин који је у новембру 1993. године ухапшен под сумњом да је убио своју жену, мајку детета. Дете је, најпре, смештено у социјалну установу, а затим је оцу забрањен контакт и није му речено где је дете смештено. Накнадно, дете је премештено у хранитељску породицу. У међувремену подносилац је осуђен на девет година затвора и лишен је родитељског права. Ускраћено му је право на контакт са дететом. Он је поднео жалбу на меру ускраћивања контакта али је жалба одбијена. Подносилац је уложио нову жалбу, овога пута да није саслушан у поступку лишења родитељског права. Суд је усвојио његову жалбу. Накнадно је подносилац био присутан на усменој расправи и било му је омогућено да поднесе писмене поднеске. У септембру 1995. године суд је донео одлуку о забрани контакта са дететом до 2004. године. Након што је условно пуштен из затвора, финске власти му нису обновили дозволу боравка, депортовале га и трајно забраниле улазак у земљу. Подносилац се жалио да је мера лишења родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

⁶⁷⁶ *Sabou and Pircalab v Romania*, пред. бр. 46572/99, пресуда од 28. септембра 2004. године. Подносилац је румунски држављанин, рођен 1971. године, који је у децембру 1997. године осуђен за кривично дело клевете на десет месеци затвора. Као споредна казна донета је мера лишења родитељског права током трајања затворске казне. Он се жалио да је лишење родитељског права довело до повреде права на поштовање породичног живота.

интереса детета, као *ratio legis* института лишења родитељског права. Коначно, ЕСЉП је утврдио да није показано да је лишење родитељског права подносиоца везано са заштитом најбољег интереса детета. Последице, ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Наш став поводом лишења родитељског права услед осуде родитеља на затворску казну заснива се на критеријуму тежине и природе кривичног дела. Са једне стране, ако је у питању осуда на дугогодишњу затворску казну која није повезана са кривичним делима против брака и породице, објективна немогућност вршења родитељског права повлачи да лишење родитељског права не треба да повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Такође, ако је у питању затворска казна на краћи временски период, али која је повезана са озбиљним угрожавањем детета (физичко, сексуално злостављање, недавање издржавања у дужем периоду) лишење родитељског права сматрамо оправданим.

Лишење родитељског права без спровођења судског поступка представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Iordache против Румуније*,⁶⁷⁷ ЕСЉП је приметио да потпуно лишење родитељског права без судског поступка, процене интереса детета и разматрања облика прекршаја, није у складу са циљем овог института којим се штити дете. Одлука о лишењу родитељског права није ценила интерес детета и (не)подобност подносиоца да доноси одлуке о вршењу родитељског права. ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

⁶⁷⁷ *Iordache v Romania*, пред. бр. 6817/02, пресуда од 14. октобра 2008. године. Подносилац је румунски држављанин, отац детета рођеног 1993. године, који је 1999. године осуђен на 20 година затвора. Последица затворске казне била је аутоматско лишење родитељског права. Подносилац је 2000. године покренуо поступак против бивше супруге да му се омогући контакт са дететом, с обзиром на то да мајка није имала обавезу да дете доводи у затвор. Подносилац се жалио да је одлука о лишењу родитељског права и забрани контакта повредила право на поштовање породичног живота.

2.2.3. Физичко злостављање

2.2.3.1. Право родитеља на васпитање деце и примена телесног кажњавања

Забрана телесног кажњавања деце превасходно је предмет разматрања у оквиру члана 3. Конвенције.⁶⁷⁸ У светлу члана 8. и права на поштовање породичног живота, телесно кажњавање и злостављање деце разматра се у оквиру дела о одузимању детета од стране социјалних служби, смештаја у институцију и лишења родитељског права. За разлику од члана 3. Конвенције који апсолутно забрањује примену телесних казни, у оквиру члана 8. цени се право родитеља на поштовање породичног живота и забрану мешања јавних власти у мере васпитања деце.⁶⁷⁹ Са друге стране, поставља се обавеза државе да у складу са међународним документима о заштити права детета, пре свега Конвенцијом о правима детета, (за)штити дете од примене телесног кажњавања.

Један од првих случајева када се одлучивало о примени телесних казни и праву родитеља на телесно васпитање деце био је пред Европском комисијом у случају *Seven Individuals против Шведске*.⁶⁸⁰ Комисија је стала на становиште да забрана извршавања уобичајених телесних казни над децом не крши право родитеља на поштовање породичног живота и примену васпитних мера на децу. Оваква мера шведских власти предузета је ради спречавања насиља и има за циљ заштиту угрожених и слабијих чланова друштва.

Посебан значај примена телесног кажњавања током васпитања деце има у Уједињеном Краљевству имајући у виду традицију примене телесних казни у овој држави. Власти Уједињеног Краљевства дуго су сматрале да право родитеља да ограничено кажњавају децу не треба забранити. У Енглеској и Велсу било је нормално да родитељи, или учитељи у школама,⁶⁸¹ примењују телесне казне над

⁶⁷⁸ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 93, о ставу ЕСЈП поводом телесног кажњавања деце.

⁶⁷⁹ R. Arthur, *Ending Corporal Punishment of Irish Children: Complying with Ireland's International Obligations*, *Irish Journal of Family Law*, 4/2005, Dublin, стр. 10.

⁶⁸⁰ *Seven Individuals v Sweden*, пред. бр. 8811/79, пресуда од 13. маја 1982. године.

⁶⁸¹ У случају *Williamson v Secretary of State Education and Employment and Others* (2005) UKHL 15, група енглеских родитеља хтела је да оспори право забране примене телесног кажњавања у школама из 1986. године. Ипак, домаћи судови, позивајући се на праксу ЕСЈП нашли су да је забрана телесног кажњавања деце оправдана.

децом све до 1998. године кад је телесно кажњавање деце коначно забрањено.⁶⁸² Право родитеља на поштовање породичног живота у погледу васпитања детета и примене мера ограниченог физичког кажњавања треба посматрати у односу на право детета на поштовање телесног интегритета. Оцена подобности примене телесних казни односи се на врсту и интензитет казне.⁶⁸³

Право на телесно васпитање детета у уској је вези са физичким злостављањем детета. Поставља се питање шта представља редовно, уобичајено, телесно васпитање детета, а шта физичко злостављање.⁶⁸⁴ Сматрамо да тип, врста и место повреде детета, као и узраст детета индикује (не)постојање физичког злостављања. Манифестација повреде служи као индикатор да се ради о физичком злостављању, не и телесном васпитању. Извесне критеријуме који могу бити од користи за дефинисање телесног кажњавања пружа случај *A. против Уједињеног Краљевства*,⁶⁸⁵ где је ЕСЉП истакао да се узимају у обзир следеће околности: природа и контекст телесне казне, дужина трајања казне, физички и психички ефекти казне, пол, узраст и здравствено стање детета.

Посебан значај демаркације телесног васпитања и телесног злостављања намеће се у случају различитих културолошких норми у државама по питању телесног васпитања детета. Прави се разлика између уобичајеног телесног

⁶⁸² S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 209. Забрана телесног кажњавања деце резултат је донетих пресуда ЕСЉП против Уједињеног Краљевства: *Tyrer v United Kingdom*, пред. бр. 5856/72, пресуда од 25. априла 1978. године; *Campbell and Cossans v United Kingdom*, пред. бр. 7511/76, 7743/76, пресуда од 25. фебруара 1982. године; *Maxine and Karen Warwick v United Kingdom*, пред. бр. 9471/81, пресуда од 18. јула 1986 године; За *Costello-Roberts v United Kingdom*, 13134/87, пресуда од 25. марта 1993. године видети, Н. Swindells, A. Neaves, M. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 121. и L. Clements, N. Mole, A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, London, 1999, стр. 180.

⁶⁸³ S. Choudhry, *Parental Responsibility and Corporal Punishment*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 180; R. K. M. Smith, "Hands-off parenting?" - towards a reform of the defence of reasonable chastisement in the UK, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 16, No. 1, 2004, Bristol, стр. 263.

⁶⁸⁴ Пропуст државе да адекватно реагује на физичко злостављање детета може имати катастрофалне последице на дете. Неадекватан надзор и примена правовремених мера против родитеља довели су до озбиљних оштећења мозга детета и његовог доживотног смештаја у установу за особе ометене у развоју, R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008, стр. 99; Са друге стране, у једном случају дете старо два месеца одвојено је од родитеља и дато на старање тетке јер је утврђено да је детету поломљена нога. Након боравка код тетке, детету су утврђене додатне фрактуре костију, да би се накнадно утврдило да дете болује од синдрома лаког ломљења костију. Дете је враћено родитељима. О томе, J. Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, стр. 219. Као што се може закључити из ових примера, деца могу бити угрожена у оба случаја: пропустом да се испита сумња у злостављање, али и неоправданим одвајањем од родитеља.

⁶⁸⁵ *A v United Kingdom*, пред. бр. 25599/94, пресуда од 23. септембра 1998. године.

васпитања (кажњавања) и окрутних и претераних телесних казни. Приступ је афирмативан или искључујући. На основу предочене дистинкције многе државе САД прописале су забрану окрутног и прекомерног телесног кажњавања (Калифорнија, Конектикат, Флорида, Илиноис, Невада, Небраска, Нови, Мексико, Род Ајленд, Њу Џерси, Северна Дакота, Северна Каролина), док су друге дозволиле разумне мере телесног васпитања (Арканзас, Минесота, Мисисипи, Мисури).⁶⁸⁶ У Европи се наводи да постоји нарастајући европски консензус по питању забране телесног кажњавања деце. Тренутно око трећина држава чланица пружа деци законску заштиту од телесног кажњавања.⁶⁸⁷ У Јапану је 2000. године усвојен Закон о превенцији злостављања детета, док је са друге стране, у Шкотској право родитеља да користе разумне телесне казне над дететом законско право.⁶⁸⁸

Посебан значај културе телесног кажњавања показује се у случају имигрантских породица које су се доселиле у домаћу државу. Сукоб културних породичних образаца може резултирати одузимањем детета од родитеља. Оно што се сматра нормалним у држави порекла - лагано ударање, клечање на кукурузу, вучење за уши, може бити у супротности са породичним нормама домаће државе и довести до реакције социјалних служби.⁶⁸⁹

2.2.3.2. Забрана контакта и измештање детета из породице у случају сумње у постојање физичког насиља

Измештање детета и забрана контакта у случају кад постоји сумња да је родитељ телесно злостављао дете не доводи до повреде права на поштовање породичног живота иако се накнадно утврди да родитељ није био одговоран.

⁶⁸⁶ R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 71.

⁶⁸⁷ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 219. Државе које предвиђају заштиту су: Шведска (1979. године), Финска (1983.), Норвешка (1987.), Аустрија (1989.), Кипар (1994.), Данска (1997), Летонија (1998.), Хрватска (1999.), Бугарска и Немачка (2000.), Исланд (2003.), Мађарска (2004.), Румунија и Украјина (2004.), Португал и Италија (2005). О забрани телесног кажњавања деце у Немачкој након 2000. године, A. Göbel, *Vom elterlichen Züchtigungsrecht zum Gewaltverbot, Verfassungs - straf - und familienrechtliche Untersuchung zum § 1631 Abs. 2 BGB.*, Hamburg, 2005, стр. 55.

⁶⁸⁸ B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 257.

⁶⁸⁹ C. Suarez-Orosco, M. Suarez-Orosco, *Familyhood across Borders*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 293.

Несарадња родитеља са социјалним службама доводи до тога да продужење смештаја детета и забрана контакта нису у супротности са Конвенцијом.

У случају *Gnahore против Француске*,⁶⁹⁰ ЕСЉП је утврдио да је мера смештаја детета у социјалну установу, као и забрана контакта довела до мешања у породични живот подносиоца. Одузимање детета од родитеља, смештај у институцију и покретање поступка усвојења детета предузима се само у изузетним околностима ако је то у најбољем интересу детета.⁶⁹¹ Суд је даље истакао да се смештај детета поклапа са оптужбом оца за физичко злостављање детета, тако да обе мере (смештај и забрана контакта), иако драстичне, имају оправдање у поступку који се одвијао против оца. Када је у питању наставак смештаја након одбацивања оптужбе, ЕСЉП сматра да је таква одлука домаћег суда оправдана имајући у виду немогућност оца да одгаја дете на основу извештаја експерта. Ни по једном основу није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Са друге стране, наставак забране контакта, према виђењу ЕСЉП, није имао оправдање. Дете и отац су били раздвојени више од осам година и током тог периода контакти су били спорадични. Штавише, протеклом времена уместо да дође до повећања контакта, дошло је до његовог умањења до тачке када би поновно успостављање породичних односа било у супротности са стабилношћу и интересима детета. Ситуација која је требало да буде привремена прерасла је у трајну, конституишући тако препреку у обнављању контакта детета и оца. У таквој ситуацији домаће власти су предузеле низ мера да обнове контакт детета и оца, а немогућност поновног успостављања контакта долази као последица несарадње оца са социјалним службама. Домаће власти предузеле су све неопходне мере да обнове породични живот детета и оца. На

⁶⁹⁰ *Gnahore v France*, пред. бр. 40031/98, пресуда од 19. септембра 2000. године. Подносилац је отац троје деце. Након што је најмлађе дете примљено у болницу услед задобијених телесних повреда, оно је смештено јануара 1992. године у социјалну установу и забрањен је сваки контакт између детета и оца због претпоставке да је он физички злостављао дете. У мају 1993. године суд за малолетнике предложио је да се успостави контакт између детета и оца. Поступак против оца обустављен је услед недостатка доказа и он је захтевао да се укине одредба о смештају детета и забрани контакта. У октобру 1994. године суд је донео одлуку да се продужи смештај детета и забрани контакт, с обзиром на то да отац није поштовао обавезу да иде на терапију код психолога. Виши суд је накнадно, по жалби, одобрио оцу надзирани контакт у трајању од сат и по времена на сваких петнаест дана. Суд је у мају 1998. године поново донео одлуку о наставку смештаја детета и суспензији даљег контакта између детета и оца. Подносилац се жалио да су мере француских власти о смештају детета, забрани контакта и продужењу смештаја након одбацивања оптужби, довеле до повреде права на поштовање породичног живота.

⁶⁹¹ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 608.

основу предоченог, ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Одузимање детета у случају сумње да повреде нису настале као резултат остеопорозе, не повлачи повреду права на поштовање породичног живота, чак и кад се утврди да су повреде резултат овог ретког обољења. Задржавање детета у социјалној установи или хранитељском смештају и након што је утврђено да родитељи нису узрочници физичким повредама детета доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *A. D. и O. D. против Уједињеног Краљевства*,⁶⁹² ЕСЉП је истакао да погрешне процене и одлуке експерата нису саме по себи у супротности са чланом 8. ЕКЉП. Домаће власти имају обавезу да заштите дете и не могу бити одговорне сваки пут када оправдано, али погрешно, сматрају да је дете угрожено од стране чланова породице. Остеопороза је веома ретка болест која се тешко дијагностификује код мале деце.⁶⁹³ Велики број стручњака је био ангажован око процене повреда и ниједан није нашао да је повреда последица овог обољења. Стога, ЕСЉП сматра да домаће власти не могу бити одговорне што нису раније установиле порекло повреда и што су у одсуству дијагнозе сматрале да су повреде узроковали родитељи детета. Са друге стране, ЕСЉП не сматра да је породицу требало пресељавати ради процене ризика. То је само један у низу пропуста локалних власти. Њихова погрешна процена током боравка породице у центру за

⁶⁹² *A. D. and O. D. v United Kingdom*, пред. бр. 28680/06, пресуда од 16. марта 2010. године. Подносиоци су мајка и дете, држављани Уједињеног Краљевства. Приликом лекарског прегледа неколико месеци након рођења детета, утврђено је да дете има поломљена ребра за које је лекар утврдио да не потичу од случајних повреда и искључио могућност да дете пати од остеопорозе (болести меких костију). Дете је уписано у регистар деце под заштитом и у мају 1997. године одређена је привремена мера заштите на основу које су мајка, њен партнер и дете, били обавезни да се преселе 240км од места пребивалишта у породични центар да би се проценио ризик за дете. Након 12 недеља процене, социјална служба је нашла да дете не може боравити код родитеља и у августу 1997. године донела меру да дете буде смештено у хранитељску породицу. Мајци и њеном партнеру дозвољен је контакт са дететом пет пута недељно. У октобру 1997. године Национална организација за заштиту деце обавестила је локалну власт да дете без одлагања треба да буде враћено родитељима. У новембру 1997. године, док је још било у хранитељској породици, дете је пало и након рентгенског снимка утврђено је да болује од остеопорозе. У децембру 1997. године дете је враћено у породицу, а у јулу 1998. године привремене мере су укинуте. Мајка је накнадно покренула поступак против домаћих власти за нестручно вођење поступка и накнаду штете, али је њен захтев, као и жалба одбијен. Наведено је да дете није претрпело последице услед погрешног поступања социјалних и локалних власти. Подносиоци су се жалили да је одлука о одузимању детета, смештају детета у социјалну установу и касније хранитељску породицу, довела до повреде права на поштовање породичног живота.

⁶⁹³ За утицај медицинске професије у случајевима физичких повреда деце и болести "меких костију", видети J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 15.

процену ризика довела је до одређивања мере смештаја детета у хранитељску породицу. Чим је утврђена истина о повреди дете је враћено у породицу. Да је процена утврђена адекватно, мера смештаја детета у хранитељску породицу не би ни била донета и последично не би дошло до прекида породичног живота. Нису разматране друге, мање строге мере, попут смештаја детета код сродника. Такву меру домаће власти су одбациле исувише брзо. Такође, задржавање детета још месец и по дана након што је Национална организација за заштиту деце препоручила повратак детета код родитеља представља озбиљан пропуст. Док је иницијална мера заштите детета била оправдана, накнадне додатне мере довеле су до проширења мешања у породични живот родитеља, што је довело до закључка ЕСЉП да је постојала повреда права на поштовање породичног живота.

Одузимање детета у случају сумње да повреде нису настале као резултат остеопорозе, не повлачи повреду права на поштовање породичног живота, чак и када се утврди да су повреде резултат овог ретког обољења. Смештај детета у сродничку породицу, омогућавање контакта са родитељима и враћање у породицу непосредно након што се утврдило порекло повреда не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *R. K. и A. K. против Уједињеног Краљевства*,⁶⁹⁴ Суд је утврдио да одлука о смештају детета представља мешање у породични живот. Домаће власти, социјалне и медицинске службе имају дужност да заштите дете и не могу бити одговорне сваки пут када, погрешно, али оправдано и разумно, процене да је дете угрожено у својој породици. Утврђено је да је дете доживело озбиљну фрактуру бутне кости непознатог порекла и да медицинске власти не могу бити одговорне

⁶⁹⁴ *R.K. and A. K. v United Kingdom*, пред. бр. 38000(1)/05, пресуда од 30. септембра 2008. године. Подносиоци су имигранти са slabим знањем енглеског језика. Њихово дете рођено је у јулу 1998. године. Тада, двомесечном детету, установљена је у септембру 1998. године фрактура бутне кости. Мајка и баба детета су саслушане и закључено је, с обзиром на то да нису могле да објасне порекло повреде, да је детету нанета телесна повреда. Након отпуштања детета из болнице донета је мера одузимања детета и његовог смештаја код тетке. Непостојање наводног злостављања детета утврђено је када је задобијена нова повреда костију детета, док је оно било под негом тетке. Тада је утврђено да дете болује од болести меких костију (остеопорозе). Одмах затим, девет месеци од задобијања прве повреде, укинута је мера смештаја и дете је у априлу 1999. године враћено у породицу. Међутим, тада је јавност већ била обавештена на различите начине да је породица осумњичена да је злостављала дете. Родитељи су се жалили на поступање лекара, али њихове жалбе суд је одбио са образложењем да се у случајевима сумње у злостављање детета, захтева од лекара да делују у доброј вери у складу са оним што је у најбољем интересу детета. Није утврђена лекарска одговорност за погрешну процену. Подносиоци су се жалили да је одузимање детета и смештај у институцију довео до повреде права на поштовање породичног живота.

за недијагностификовање болести меких костију, посебно с обзиром на то да се то обољење ретко и тешко утврђује. Дете је смештено у оквиру шире породице и на тај начин задржано у ближој околини родитеља.⁶⁹⁵ Тако је омогућено учестало одржавање контакта детета са члановима породице. Непосредно након друге повреде и утврђивања њеног порекла, дете је у року од неколико недеља враћено у породицу. Домаће власти имале су довољно основа за предузимање мера и њихова процена била је адекватна. ЕСЉП, на крају, није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

ЕСЉП је стао на становиште да одузимање детета од родитеља у случају сумње у постојање физичког злостављања и смештај у сродничку, хранитељску породицу или социјалну установу не доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Власти имају дужност да заштите дете и не могу бити одговорне сваки пут када оправдано имају сумњу о злостављању детета од стране чланова породице.⁶⁹⁶ Повреду овог права проузрокује накнадно погрешно утврђивање чињеница и одбијање враћања детета. Задржавање детета и након утврђивања порекла повреда повлачи повреду права. Имајући у виду добробит детета, државе показују нулту толеранцију на постојање индиција да је дете физички злостављано. Након одузимања детета, временски фактор има одлучујући значај за утврђивање постојања повреде права на поштовање породичног живота. Наиме, потребно је у најкраћем року утврдити да ли је физичка повреда настала од стране родитеља или као резултат њиховог пропуста у надзору. Уколико се утврди да порекло повреде није од стране родитеља, потребно је дете одмах вратити родитељима. Пропуст да се изврши хитна дијагноза повреде, као и да се дете одмах по утврђивању непостојања одговорности родитеља, врати њима, повлачи повреду права родитеља на поштовање породичног живота.

Измештање детета захтева да буде испуњен још један услов - критеријум пропорционалности, односно да није било могуће изрећи неку другу меру која је блажег карактера. Измештање детета предузима се када се утврди да је ова мера

⁶⁹⁵ Европска конвенција о људским правима намеће јасну обавезу локалним органима власти да предузму позитивне кораке да би се очувале породичне везе, S. Harris-Short, *Family Law and the Human Rights Act 1998: Judicial Restraint or Revolution?*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 17, No. 2, 2005, Bristol, стр. 344.

⁶⁹⁶ R. Probert, *Cretney and Probert's Family Law*, London, 2009, стр. 348.

кумулятивно: неопходна, пропорционална и да није било могуће постићи циљ заштите добробити детета неком мање радикалном мером.⁶⁹⁷

Код измештања детета поставља се питање да ли је за такву меру довољно постојање сумње или је потребно наступање последице. У случају *L. против Финске* потврђено је да је довољно постојање сумње, а не и доказа о злостављању детета да би оно било смештено у установу. Оптужени су били отац и деда детета.⁶⁹⁸ Слично, у случају *H. K. против Финске*,⁶⁹⁹ довољно је било постојање сумње у сексуално злостављање детета да би оно било одузето. У поступцима одвајања детета од родитеља доминира превентивни приступ, па тако одузимање детета у случају постојања сумње у злостављање родитеља и забрана контакта, не доводе до повреде чак ни када се утврди да родитељ није био одговоран за злостављање детета.

Поштујући став ЕСЈП да у случају сумње у физичко злостављање детета делује превентивно, супротно одлукама, сматрамо да одузимање детета у случају када се накнадно утврди да родитељи нису одговорни за физичке повреде, повлачи повреду права на поштовање родитеља. Одузимање детета само на основу сумње, без постојања додатних чињеница попут неадекватног вршења родитељског права, историје злостављања детета, сведочења детета, сведочења сродника, доводи до неоправданог проширења мешања државе у родитељско право. У случају утврђивања непостојања одговорности родитеља без одлагања је потребно вратити дете, чак и случају да је оно створило емотивне везе у сродничкој или хранитељској породици.

⁶⁹⁷ У прилог неодређености појма добробити детета у немачком праву А. Göbel, *Vom elterlichen Züchtigungsrecht zum Gewaltverbot, Verfassungs-, straf- und familienrechtliche Untersuchung zum § 1631 Abs. 2 BGB.*, Hamburg, 2005, стр. 268.

⁶⁹⁸ А. Egan, R. Mc Namara, *Grandparents and the Law in Ireland*, Irish Journal of Family Law, Vol. 13, Num. 1, Spring 2010, Dublin, стр. 28.

⁶⁹⁹ *H. K. v Finland*, пред. бр. 36065/97, пресуда од 26. септембра 2006. године. Супротно у случају из енглеске судске праксе *Re H and R* (1996) 1 All ER 1, суд је сматрао да је одузимање детета само у случају постојања сумње неоправдано.

2.2.3.3. Одузимање детета на порођају и учествовање родитеља у поступку лишења родитељског права

Лишење родитељског права без саслушања родитеља и одузимање детета након рођења по хитном поступку без постојања непосредне опасности по децу, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Haase против Немачке*,⁷⁰⁰ ЕСЈП је нашао да првобитна одлука домаћег суда да се родитељи лише родитељског права није заснована на довољним и адекватним разлозима, као и да родитељи нису саслушани и тако нису били укључени у поступак одлучивања о њиховим родитељским правима.⁷⁰¹ Није установљено постојање хитности с обзиром на то да деца нису била у непосредној опасности. Штавише, околности случаја не оправдавају начин одузимања деце из школе и породичног дома. ЕСЈП није убеђен да су постојали нарочито оправдани разлози да се дете одузме од мајке у породицишту и да се тиме мајка стави у стање емотивног и менталног стреса. ЕСЈП је навео да је одузимање новорођене бебе изузетно озбиљна мера. Треба да постоје изузетно чврсти разлози да би новорођено дете могло бити одвојено од мајке. У таквим случајевима неопходно је испитати да ли је могуће остварити сврху заштите детета путем друге, блаже мере. Захтева се и да је родитељима пружена прилика да учествују у поступку и оспоре разлоге за одузимање детета. Мера одузимања детета од мајке на порођају може довести само до отуђења детета од родитеља и немогућности поновног успостављања породичног живота. Донете мере, иако

⁷⁰⁰ *Haase v Germany*, пред. бр. 11057/02, пресуда од 8. априла 2004. године. Подносиоци су брачни пар, немачки држављани. Родитељи имају четворо заједничке деце рођене у њиховом браку, док мајка има још седморо деце из претходног брака. У децембру 2001. године родитељи су без претходног саслушања лишени родитељског права и деца су им одузета на основу извештаја експерта, са налазом да не могу пружити деци адекватну негу и образовање. Породични услови и недостаци у одгајању деце условили су такву одлуку суда. Утврђено је да су родитељи често без разлога тукли децу и били груби према њима. Сва деца одузета су истог дана, а њихово најмлађе дете, старо неколико недеља, одузето је од мајке у породицишту. Деца су смештена у социјалне установе и родитељима је забрањен сваки контакт. Родитељи су се жалили да, нити деца, нити сведок кога су они предложили, нису саслушани у поступку лишења родитељског права. Суд је 2002. године, на основу жалбе родитеља, наредио поновно подношење извештаја експерта, али је истом приликом одбио захтев да се деца врате родитељима уз образложење да постоји могућност да се недуго након повратка, деца поново одвоје од родитеља. Извештај експерта утврдио је да нема могућности да се деца врате родитељима. Суд је 2003. године поново донео одлуку да се родитељи лише родитељског права и да им се забрани контакт са децом. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила њихово право на поштовање породичног живота.

⁷⁰¹ О овом случају, J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009, стр. 573.

касније укинуге од стране вишег суда, створиле су основ за трајно одвајање деце од родитеља и тешкоћу поновног успостављања породичног живота. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.⁷⁰²

Неучествовање родитеља у поступку лишења родитељског права повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Hunt против Украјине*,⁷⁰³ ЕСЉП је истакао неопходност да у поступцима лишења родитељског права буде спроведена процена личности родитеља и његовог понашања. Таква процена не може бити направљена ако се родитељ лично не саслуша, или ако то није могуће лично, као што је то у случају подносиоца, онда путем сарадње са властима других држава. Домаћи судови нису узели у обзир захтев подносиоца да види своје дете, нити да саслуша сведоке. Противљење подносиоца предлогу за лишење родитељског права требало је ценити као показивање интересовања за дете. Подносилац није укључен у процес одлучивања о свом родитељском праву, што је навело ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.

2.2.3.4. Адекватност мере лишења родитељског права

Пропуст разматрања мање озбиљних мера у односу на меру лишења родитељског права доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

⁷⁰² За одузимање детета на порођају од мајке која је зависник од опојних супстанци, видети случај *Re D* (1987) 1 ALL ER 20. Такође, одузимање детета од мајке након порођаја услед тога што је мајка вршила насиље према својој другој деци имамо у случају *Bury Metropolitan Borough Council v D* (2009) EWHC 446.

⁷⁰³ *Hunt v Ukraine*, пред. бр. 31111/04, пресуда од 7. децембра 2006. године. Подносилац је амерички држављанин који је закључио брак и живео у Украјини са украјинском држављанком. Супружници су добили дете. Родитељи су се развели када је дете имало три године и том приликом подносилац је напустио земљу. Подносиоцу је забрањен улазак у Украјину, а његова бивша супруга поднела је захтев за лишењем родитељског права подносиоца. Будући да подносилац није могао да допутује у Украјину, он није учествовао у поступку који је на крају резултирао његовим лишењем родитељског права. Адвокат подносиоца је уложио жалбу али је жалба одбијена. Подносилац се жалио да је неучествовање у поступку лишења родитељског права резултирало повредом права на поштовање породичног живота.

У случају *M. D. и други против Малте*,⁷⁰⁴ ЕСЈП је навео да је мера лишења родитељског права далекосежна мера која треба да буде примењена само у изузетним околностима, посебно када то захтева најбољи интерес детета. Додатно, лишење родитељског права је трајна мера која производи последице до стицања пунолетства детета. Аутоматска примена мере лишења родитељског права у поређењу са најбољим интересом детета довела је до неадекватности примене ове мере и повреде права на поштовање породичног живота.

2.2.3.5. Одузимање деце на основу сведочења деце

Лишење родитељског права само на основу сведочења деце о постојању физичког злостављања без постојања додатних, објективних околности, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *B. B. и F. B. против Немачке*,⁷⁰⁵ ЕСЈП је навео да је једини основ за лишење родитељског права била изјава старијег детета. Није било објективних доказа о наводном злостављању. Другостепени суд је донео одлуку без саслушања деце. Деца су саслушавана неколико пута, али није пронађен ниједан знак злостављања на телу. Са друге стране, деца су имала нормалан развој, редовно похађала школу и спортске активности што је указивало да су њихове тврдње истините.⁷⁰⁶ Домаће власти нису биле под временским притиском да донесу

⁷⁰⁴ *M. D. and others v Malta*, пред. бр. 64791/10, пресуда од 17. јула 2012. године. Подносиоци су мајка и деца, малтешки држављани. Против родитеља је покренута процена подобности вршења родитељског права услед занемаривања и физичког злостављања, која је 2005. године резултирала донешењем мере о лишењу родитељског права и смештају деце у институцију. Родитељи су у кривичном поступку осуђени за занемаривање и окрутност поступање. Родитељи су се накнадно растали, а мајци је омогућен контакт са децом преко викенда и државних празника. Подносиатељка се жалила да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

⁷⁰⁵ *B. B. and F. B. v Germany*, пред. бр. 18734/09 и 9424/11, пресуда од 14. марта 2013. године. Подносиоци су родитељи двоје малолетне деце рођене, 1996. и 2000. године. У мају 2008. године, социјална служба је на основу сведочења старијег детета, да је њега и млађе дете отац неколико пута претукао, одузела децу од родитеља. У августу исте године родитељи су лишени родитељског права. Жалба родитеља је одбијена у новембру 2008. године. Деца су смештена у институцију у којој су била годину дана без одвијања контакта са родитељима. У новембру 2009. године током првог сусрета деце и родитеља, старије дете је признало да је измислило причу о томе да је отац физички злостављао децу. Деца су одмах враћена родитељима. Подносиоци су се жалили да је одузимање деце и лишење родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

⁷⁰⁶ О ставу психолога поводом степена веродостојности који се *a priori* може придати сведочењу детета, T. D. Lyon, *Assesing the Competency of Child Witnesses: Best Practice Informed by Psychology and Law*, у M. Lamb, D. La Rooy, L. Malloy, C. Katz, *Children's Testimony*, Oxford, 2011, стр. 71.

одлуку о лишењу родитељског права, с обзиром на то да су се деца већ налазила у социјалној установи. Стога је одлука о лишењу родитељског права требало да буде донета тек након детаљног разматрања свих околности. Домаће власти нису указале на постојање разлога зашто одлука о лишењу родитељског права није донета након спровођења додатне истраге о наводном физичком злостављању деце. Имајући у виду озбиљност одлуке о лишењу родитељског права, Суд налази да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

У потпуности се слажемо са одлуком Суда и подвлачимо да у свим случајевима лишења родитељског права, као најтеже санкције поводом вршења родитељског права, сведочење деце не сме бити једини разлог за лишење. Сведочење може бити само један од основа лишења, поред утврђивања повреде, извештаја психолога, извештаја лекара, суочења деце и родитеља.

2.2.4. Физички недостатак родитеља

Лишење родитељског права услед физичког недостатка родитеља, без постојања опасности по интересе деце или угрожавања деце од стране родитеља, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Saviny против Украјине*,⁷⁰⁷ ЕСЉП је изразио сумњу у то да су животни услови деце угрожавали њихово здравље. Наиме, поступак процене породичних услова започет је у јануару 2004. године, а завршен смештајем деце у институцију тек у јуну 2006. године. Ниједна привремена мера није предузета током овог периода, нити је утврђено да постоји одређена опасност по децу. Даље, нису разматрани други докази попут извештаја лекара, увида у здравствене картоне деце, није извршено саслушање нити уважено мишљење деце. Нити у једној фази поступка деца нису саслушана пред судом. Домаће власти нису показале колико су животни услови могли бити приписани у одговорност

⁷⁰⁷ *Saviny v Ukraine*, пред. бр. 39948/06, пресуда од 18. децембра 2008. године. Подносиоци су украјински држављани, супружници који од рођења немају чуло вида и имају седморо деце. Четворо деце је 1998. године смештено у социјалне установе. Судском одлуком из 2006. године, родитељи су лишени родитељског права а преостало троје деце смештено је у институције. Разлог смештаја деце је недостатак финансијских средстава и мањак личних својстава подносилаца који је угрозио здравље и морално одгајање деце. Деци, према извештају социјалне службе, нису обезбеђени адекватна исхрана, одећа, хигијена, здравствена заштита и образовање. Жалбе подносиоца на одлуке о смештају деце су одбијене. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

родитеља, а колико је било могуће саветовањем и финансијском подршком отклонити ове тешкоће. У погледу наведеног мањка капацитета родитеља за вршењем родитељског права, није поднет нити један посебан доказ о процени емотивне и менталне зрелости родитеља или мотивацији да реше своје животне услове. У том правцу било је неопходно прибавити извештај психолога. Додатни пропуст домаћих власти представља смештај деце у различите институције. Двоје деце смештено је у други град, чиме је онемогућен редован контакт са родитељима и другом браћом и сестрама. ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.⁷⁰⁸

2.2.5. Ментална болест родитеља

2.2.5.1. Хитност мере одузимања детета и учествовање родитеља у поступку

Одузимање детета од мајке на порођају без учествовања оба родитеља у поступку лишења родитељског права и без постојања хитности, неопходности и предвидивости, доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Савесност домаћих власти месецима унапред да ће мајка родити дете искључује постојање хитности, непредвидивости и неопходности. Деловање социјалних служби које нема за резултат повећавање одржавања контакта детета у институцији и родитеља доводи, такође, до повреде.

У случају *К. и Т. против Финске*,⁷⁰⁹ ЕСЉП је сматрао да када су у питању хитне мере измештања деце из породице, није увек могуће укључити у процес

⁷⁰⁸ Видети и Elaine O'Callaghan, Annual Review of International Family Law 2008, The International Survey of Family Law 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 18.

⁷⁰⁹ *K. and T. v Finland*, пред. бр., 25702/94, пресуда од 12. јула 2001. године. Подносиоци су мајка четворо деце и њен ванбрачни партнер, отац њихово двоје заједничке деце, обоје фински држављани. Подносиатељка је била лечена у више наврата од шизофреније. Када је мајка била трудна са трећим дететом, утврђено је да она не може да врши родитељско право у вези другог детета. Дете је уз сагласност оба родитеља смештено у социјалну установу. Чим се родило треће дете, у јуну 1993. године, и оно је хитном мером социјалне службе смештено у социјалну установу услед нестабилног менталног стања мајке. Родитељима је право на контакт са дететом забрањено у септембру 1993. године, а деца су смештена 1994. године у хранитељске породице у другом граду, 120км далеко од родитеља. У мају 1994. године, родитељима је дозвољено да виђају децу једном месечно уз надзор. Жалбе родитеља на укидање одредби о смештају деце су одбијене. Мајка је у априлу 1995. године родила четврто дете које није смештено у социјалну установу. Недуго затим, мајка је хоспитализована на шест недеља услед шизофреније. У априлу 1997. године, продужен је смештај деце. Власти су у децембру 1998. године констатовале да поновно спајање деце и

одлучивања оне особе које врше родитељско право над децом, посебно ако су те особе које врше родитељско право извор непосредне опасности по дете.

Финске власти нису могле да укључе у поступак само оца, с обзиром на лични однос са својом супругом, на то да није могао да се самостално носи са њеним психичким проблемима, те да је супруга очекивала рођење детета. ЕСЉП је истакао да је одузимање новорођеног детета изузетно драстична мера. У складу са тим, потребно је да постоје нарочито оправдани разлози да би се новорођена беба одузела од мајке, а да притом нити она, нити њен партнер, нису били укључени у поступак одузимања детета. Такви разлози нису постојали стога што су финске власти биле свесне чињенице рођења детета месецима уназад, као и менталне болести мајке. Стога, ситуација се не може схватити као угрентна и непредвидива. Када је у питању овако стога мера, финске власти су требале испитати да ли је циљ могао бити постигнут применом неке блаже мере. Разлози одузимања детета јесу били оправдани, али не и довољни да би оправдали тако строгу меру. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.⁷¹⁰ Кад је реч о смештају старијег детета, ЕСЉП је приметио да је оно већ било смештено у социјалну установу уз сагласност родитеља и да је ситуација у којој се оно налазило, показујући знаке сметњи у развоју узроковане менталним стањем мајке, оправдавала меру смештаја.⁷¹¹ ЕСЉП је истакао да у свим случајевима смештаја детета у институцију, привременост такве мере треба да буде императив чим то околности дозволе. Што дуже траје смештај деце, јачи је захтев за престанком такве мере. Обавеза домаћих власти је да у одређеним временским интервалима преиспитују породичну ситуацију у циљу процене да ли је дошло до напретка. Минимум обавезе јавних власти у случају дужег трајања мере смештаја представља повремено преиспитивање да ли је дошло до побољшања породичне ситуације. Могућност поновног спајања деце и родитеља знатно се умањује, или чак нестаје, ако се не дозвољавају сусрети (контакт) деце и родитеља, или су сусрети тако ретки да не омогућавају развијање породичних односа. Забране и

родитеља није у изгледу. У новембру 2000. године родитељима је дозвољено да виђају децу једном месечно али без надзора. Подносиоци су се жалили да су одлуке о смештају деце у установу повредиле њихово право на поштовање породичног живота.

⁷¹⁰ О томе U. Kilkelly, *Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 35. За одузимање детета видети и случај *R (G) v Nottingham CC* (2008) EWHC 152.

⁷¹¹ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 138.

ограничења посете родитеља деци, пре су водиле прекидању него поновном успостављању породичних односа. Суд је нашао да у случају одвајања детета од родитеља треба да постоји претпоставка о привремености такве мере. Дете треба током периода одвајања и смештаја у другу породицу или институцију да сачува везе са својом биолошком породицом.⁷¹² Посебно се претходни став односи на децу најмлађег узраста. Родитељи без јаког разлога не могу бити искључени из процеса доношења одлуке о смештају детета у социјалну установу.⁷¹³ Из свих наведених околности ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Пропуст да се родитељима доставе докази поводом одузимања детета и да им се пружи могућност улагања приговора на такву меру, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.⁷¹⁴

У случају *McMichael против Уједињеног Краљевства*,⁷¹⁵ ЕСЉП је установио да је ускраћивање давања целокупног садржаја извештаја родитељима онемогућило родитеље да имају увид у разлоге одређивања тако озбиљне мере као што је смештај детета у социјалну установу. Повреда члана 8. Конвенције постоји када се родитељима ускрати увид у извештаје социјалних служби о саслушању детета. У случају поступка стављања детета у институцију, укључивање родитеља подразумева да буду довољно консултовани да би донели одлуке везане за дете, као и да могу поднети жалбе против одлуке о смештају детета. Родитељи нису имали прилику да ставе приговор на извештај с обзиром на то да нису имали увид у исти. Тим поступком домаћих власти дошло је до

⁷¹² Истиче се да и у случајевима у којима је евидентно да ће дете дужи период времена провести на смештају у социјалној установи, треба омогућити контакт детета са родитељима, с обзиром на то да дете задржава сигурност да није напуштено и да га родитељи и даље воле. Тако, дете лакше може да се посвети успостављању везе са другим особама које ће се старати о њему и да задржи осећај породичног и личног идентитета. Ипак, ако се дете налази у социјалној установи дуже од три године, у 2/5 случајева контакт са породицом престаје након две године. О томе, J. Miiles, B. Lindley, *Contact for Children Subject to State Intervention*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 239.

⁷¹³ *Re M* (2001) 2 FLR 1300.

⁷¹⁴ Слично у случају *B. v Romania*, 1285/03, пресуда од 19. фебруара 2013. године.

⁷¹⁵ *McMichael v United Kingdom*, пред. бр. 16424/90, пресуда од 24. фебруара 1995. године. Жена која има менталне сметње родила је сина. Очинство мушкарца са којим је живела није утврђено услед тога што је мајка тврдила да он није отац детета. Након налаза њеног доктора да мајка има озбиљне менталне сметње, дете је требало да буде дато на старање у социјалну установу. На саслушању је утврђено да дете треба принудно да буде смештено у социјалну установу. Родитељима том приликом није дата копија извештаја у коме се препоручује смештај детета у социјалну установу. Пет година након смештаја детета у установу, шкотске власти дозволиле су усвојење детета од стране хранитељске породице.

повреде права на поштовање породичног живота.⁷¹⁶ Случај сведочи да иако члан 8. не садржи изричите процедуралне гаранције, поступак мешања државе у породични живот појединца мора да буде заштићен чланом 8. Конвенције.⁷¹⁷ Поред гарантовања материјалних права, члан 8. Конвенције односи се и на процедурална права - правичност у поступку одлучивања о родитељском праву.⁷¹⁸

Пресуде у овом делу пружају доказ да у случају одузимања детета од мајке одмах након порођаја треба да постоје нарочито оправдане околности за примену такве мере.⁷¹⁹ Објективна околност психичког поремећаја родитеља не оправдава примену те мере, те се захтева примена неке блаже мере. Такође, ЕСЉП примењује критеријум хитности и непредвидивости те мере, када цени да ли је мера могла бити предвидива. Не сматра се оправданом ако мера није хитна, неопходна и непредвидива, односно таква да захтева хитно одузимање детета од мајке на порођају. У светлу чињенице одузимања деце од родитеља, потребно је да лични односи детета у социјалној институцији и родитеља не воде умањењу, већ да се породични живот одржава и уколико је могуће успостави у потпуности. Ограничење, а посебно забрана контакта детета и родитеља, управо воде умањењу и прекидању породичног живота. Одлука у случају *К. и Т. против Финске* показује да обавеза власти на поновно успостављање породичног живота не настаје у тренутку престанка смештаја детета у социјалној установи, већ од момента смештаја деце у установу.⁷²⁰ Што је дуже трајање мере смештаја у установи, то је мања могућност да се поново успостави породични живот родитеља и детета. Са једне стране, држава треба да делује активно и одузме дете

⁷¹⁶ О овој пресуди, U. Kilkelly, *Child Protection and the European Convention on Human Rights*, Irish Journal of Family Law, 2/2000, Dublin, стр. 18; G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 98.

⁷¹⁷ L. Clements, N. Mole, A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, London, 1999, стр. 178.

⁷¹⁸ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 61.

⁷¹⁹ Када је у питању одузимање детета, истиче се да одузимање новорођеног детета представља изузетно грубу меру и да треба да постоје посебно уверљиви и прецизни разлози за то. Ако и постоји потреба за одузимањем деце младог узраста, посебно беба, треба водити рачуна да се то не чини непосредно по рођењу детета, и тек након што суд утврди да није било могуће предузети неку меру која мање задире у породични живот. Тако, неће бити редак случај да се донете мере о одузимању детета напосредно након порођаја поништавају, те утврђује повреда права родитеља на поштовање породичног живота. У том правцу, случај из енглеске судске праксе, *Re v Nottingham CC*, сведочи да је поништење одлуке социјалне службе о одузимању детета од мајке два сата након порођаја, доказ да се права и интереси детета не могу посматрати изоловано од права родитеља, A. Bainham, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 30.

⁷²⁰ A. W. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, стр. 164.

од родитеља када постоје оправдани разлози, а са друге стране, да помогне родитељима у отклањању разлога одузимања детета и, посебно, омогући родитељима да одрже или поново успоставе породични живот (лични однос) са својим дететом. Потребно је да се докаже да је мера смештаја детета у институцију *ultima ratio*, те да није постојала могућност за одређивање неке друге, блаже мере. Омогућавање родитељима да учествују у поступку одузимања детета и стављања у институцију спречава да дође до повреде права на поштовање породичног живота. Поводом одузимања детета од мајке непосредно након порођаја, сматрамо да треба ценити да ли постоји могућност угрожавања добробити детета и поред надзора у породицишту. Уколико не постоји адекватан надзор, уз претходну манифестацију повреде права другог детета или неподобности мајке да врши родитељско право, мера одузимања детета не треба да доведе до повреде.

2.2.5.2. Превентивно деловање у поступцима угрожавања детета

Одређивање надзора над вршењем родитељског права у случају постојања сумње у угрожавање интереса деце не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *К. Т. против Норвешке*,⁷²¹ Суд је навео да је друга истрага против подносиоца била у складу са домаћим правом. Суд се позвао и на чл. 19. Конвенције о правима детета према коме државе имају обавезу да превентивно

⁷²¹ *К. Т. v Norway*, пред. бр. 26664/03, пресуда од 25. септембра 2008. године. Подносилац је норвешки држављанин који болује од синдрома хиперактивности. Он је живео са супругом и двоје деце до 2001. године када је супруга напустила породицу и одселила се у Финску. Након одласка, она је поднела пријаву против супруга да је физички нападао, претио и да његова зависност од лекова које користи доводи децу у опасност. Домаће власти су отвориле истрагу током које су више пута без најаве долазиле у породични дом подносиоца и истраживале наводне оптужбе. Након спроведеног поступка наведено је да, иако постоји прекомерна употреба лекова, деца нису у опасности да би била смештена у социјалну установу. Оптужбе против подносиоца су одбачене. Међутим, након неколико месеци и пријава других особа да подносилац прекомерно употребљава лекове и недолично се понаша у јавности, социјалне службе су покренуле нову истрагу. Подносилац је одбио да сарађује у поступку. У јулу 2002. године социјална служба је саопштила да предлаже вршење надзора над родитељским правом у погледу кућне подршке подносиоцу, ради омогућавања подизања деце услед проблема са његовом болешћу. Подносилац је покренуо судске поступке поводом незаконитости друге истаге, али су судови у првом, другом и на крају, последњем степену, одбили његове захтеве. Подносилац се жалио да је одлука о покретању надзора над вршењем родитељског права довела до повреде права на поштовање породичног живота.

делују у случају занемаривања или злостављања детета. Прва истага закључила је да деца живе у несигурној и непредвидивој породичној средини. Друга истрага иницирана је наводима других особа о прекомерној употреби лекова од стране подносиоца на јавном месту. Обавеза државе је да спроведе истрагу таквих навода у циљу заштите благостања деце. Покретање истраге домаћих власти било је оправдано и ничим није показано да су власти изашле изван поља слободне процене у спровођењу поступка. Штавише, у одуству сарадње подносиоца, власти су прикупљале податке од његовог лекара, школе коју деца похађају и полиције, трудећи се да задрже поверљивост информација. ЕСЈП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Пресуда нам сведочи да у случају постојања сумње у занемаривање права детета, спровођење мере надзора над вршењем родитељског права није у супротности са ЕКЉП. Социјалне службе имају право да у светлу добијених података о угрожавању права детета врше надзор над родитељима који врше непосредан надзор над својом децом. У складу са нашим, претходно изнетим ставом, да у случају сумње у угрожавање права детета без постојања додатних доказа, не сматрамо оправданим измештање детета из породице, налазимо да је оправдано (и целисходније) одредити меру надзора над вршењем родитељског права. Пресуда у овом случају могла би да служи као камен темељац за све спорне ситуације када постоји сумња, али не и евидентни докази да је дошло до угрожавања благостања детета.

2.2.6. Сиромаштво родитеља

Један од спорних разлога за одузимање детета од родитеља или лишење родитељског права представља сиромаштво родитеља. У питању је објективни разлог, где се не цени субјективни критеријум подобности родитеља, већ немогућност да се дете развија на адекватан начин услед недостатка основних животних услова. Сиромаштво се наводи као основни пример за објективни појам занемаривања детета.⁷²² Мере надзора над вршењем родитељског права треба да

⁷²² Занемаривање подразумева континуирани пропуст да се детету обезбеде основне животне потребе за његов правилан развој, као што су: храна, одећа, обућа, стамбени простор, медицинска и стоматолошка нега и надзор. Немар обухвата ситуације када се дете вози аутомобилом а

претходе прекидању породичног живота детета и родитеља. Упозорење родитеља је једна од често примењиваних мера.⁷²³ Наводи се да упркос постојању обавезе државе да материјално помогне родитељима у вршењу родитељског права, не постоји право на основу члана 8. ЕКЉП да се "буде бољи родитељ на рачун државе."⁷²⁴

Лишење родитељског права услед сиромаштва родитеља представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Walova u Walla против Чешке*,⁷²⁵ ЕСЉП је навео да су домаћи судови лишили родитељског права подносиоце услед њиховог сиромаштва и неадекватних животних услова. Током поступка није доведена у питање посвећеност родитеља деци, нити њихова способност да одгајају децу. Штавише, домаће власти су признале да су подносиоци покушавали да отклоне материјалне тешкоће у одгајању деце. Имајући то у виду, основни разлог одузимања деце биле су материјалне тешкоће које су могле бити отклоњене на други начин осим лишењем родитељског права и одузимањем деце - мерама које се предузимају само у најтежим и озбиљним повредама родитељског права. Једна од мера могла је бити надзор над извршењем предложених поступака побољшања материјалних услова, као и помоћ у томе, што није учињено. Домаће власти нису дале

родитељ је под дејством алкохола или кад дете није везано. Говори се само о постојању потреба детета (исхрана, одећа, стамбени простор) не и о степену (нивоу) наведених потреба, Т. Brown, R. Alexander, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007, стр. 96.

⁷²³ Овај проблем није повезан само са сиромашним државама. У New Yorku је 1999. године Градски заштитник издао упозорење свим бескућницима да ће им деца бити одузета уколико не обезбеде својој деци адекватне животне услове, S. N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, 2011, стр. 128. Са друге стране, према сведочењима деце миграната која су остала са сродницима у држави порекла родитеља, никаква материјална добра не могу заменити свакодневну родитељску пажњу, бригу, љубав и негу, C. Suarez-Orosco, M. Suarez-Orosco, *Familyhood across Borders*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 285.

⁷²⁴ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 303.

⁷²⁵ *Walova and Walla v Czech Republic*, пред. бр. 23848/04, пресуда од 26. октобра 2006. године. Подносиоци су супружници, чешки држављани рођени 1949. и 1963. године, који имају петоро деце. У септембру 2000. године социјалне службе су одредиле меру надзора над вршењем родитељског права ради утврђивања стамбених услова родитеља који су процењени неадекватним. У новембру 2000. године социјална служба је сместила децу у социјалну установу, од тога троје старије деце у једну, а двоје млађе деце у другу установу. У априлу 2002. године донета је одлука о лишењу родитељског права, стога што родитељи нису у могућности да пруже деци адекватне животне услове и стога што нису показали интересовање за децу са којом нису били у контакту од децембра 2001. године. Најстарије дете је 2003. године постало пунолетно. У јануару 2004. године уставна жалба родитеља је одбијена. У априлу 2003. године два млађа детета дата су на хранитељство. У фебруару 2006. године два млађа детета су враћена родитељима, с обзиром на то да су они стекли адекватне стамбене услове. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права и одузимању деце повредила њихово право на поштовање породичног живота.

оправдане разлоге за предузимање тако драстичних мера, нити је показано да су социјалне службе уложиле напоре да помогну родитељима. ЕСЉП је констатовао повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *R. M. S. против Шпаније*,⁷²⁶ Суд је навео да није уверен у оправданост мере стављања детета под старатељство на основу сиромаштва мајке и тешких финансијских прилика, без разматрања накнадних промена на страни мајке. Улога социјалних служби састоји се у пружању помоћи особама које су у тешкој финансијској ситуацији ради превазилажења тешкоћа. Домаће власти нису приликом доношења одлуке да је дете напуштено узели у разматрање побољшање материјалне ситуације мајке. Одлука о давању детета на хранитељство из 2006. године, као и каснија одлука из 2009. године о давању детета на усвојење, искључиво су засноване на непостојању контакта мајке и детета у периоду од неколико година. Међутим, управо је непостојање контакта резултат одлуке о одузимању детета на основу сиромаштва. Суд налази да је одлука о смештају детета у социјалну установу привременог карактера са циљем престанка чим то околности дозволе. Коначни циљ огледа се у позитивној обавези домаћих власти да омогуће поновно спајање родитеља и детета. Мајка је била приморана да доказује да је подобан родитељ, а када је то доказала, домаћи судови су се 2011. године позвали на то да између ње и детета не постоји контакт већ шест година, да се дете добро уклопило у хранитељску породицу и створило емотивне везе. Суд је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Мишљења смо да у свим случајевима када не постоји угрожавање добробити детета од стране родитеља, већ је у питању недостатак родитеља који нема карактер активне или пасивне радње угрожавања детета и не доводи до угрожавања детета (сиромаштво, телесни недостатак) лишење родитељског права, посебно без претходног одређивања мере надзора над вршењем родитељског права, треба да доведе до повреду права на поштовање породичног живота.

⁷²⁶ *R. M. S. v Spain*, пред. бр. 28775/12, пресуда од 18. септембра 2013. године. Подносиатељка је шпанска држављанка, мајка детета рођеног 2001. године. У августу 2005. године дете је одузето од мајке на захтев социјалне службе која је утврдила да мајка има финансијских тешкоћа у одгајању детета. Два дана након тога, домаће власти су издале потврду да је дете напуштено. Мајка је обавештена да је дете стављено под старатељство и да је смештено у социјалну установу. Последњи контакт мајке са дететом догодио се у септембру 2005. године. У јуну 2006. године дете је дато у хранитељску породицу. Подносиатељка се жалила да је одлука о одузимању детета повредила њено право на поштовање породичног живота.

2.2.7. Минхаузен синдром

2.2.7.1. Одузимање детета на порођају

Одлука о одузимању детета од родитеља у случају постојања Минхаузен синдрома не представља повреду права на поштовање породичног живота. Међутим, одузимање детета од мајке одмах након порођаја из овог разлога повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Сматра се да у свим случајевима одузимања детета након порођаја, постојање надзора над мајком у породицишту спречава да дође до повреде права детета, те повлачи непостојање потребе да се дете одмах по рођењу одузме од мајке. Иначе, у свим случајевима одузимања детета непосредно након порођаја, реч је о превентивном деловању државе, с обзиром на то да породични живот, а самим тим и право на поштовање породичног живота између детета и родитеља настаје тек рођењем детета. Противправно деловање родитеља повлачи да држава предузме меру одузимања детета и тиме умањи или прекине породични живот између детета и родитеља.

Одузимање детета од мајке која болује од Минхаузен синдрома, одмах након порођаја и поред постојања надзора у породицишту, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *P. C. и S. против Уједињеног Краљевства*,⁷²⁷ ЕСЈП је утврдио да је мера одузимања детета услед постојања Минхаузен синдрома мајке била оправдана ради заштите интереса детета, тако да у погледу мере одвајања детета од родитеља није било повреде права на поштовање породичног живота. Одлука социјалних служби да одузму дете од мајке после порођаја била је позната родитељима, неопходна и постајали су оправдани и довољни разлози. Ипак, начин примене одлуке говори да није било нужно да се одмах након порођаја дете

⁷²⁷ *P. C. and S. v United Kingdom*, пред. бр. 56547/00, пресуда од 16. јула 2002. године. Подносиоци су брачни пар и њихово дете, рођено 1998. године. Током трудноће мајке, социјалне службе добиле су податак да је дете подносиоце из претходног брака у САД одузето, с обзиром на то да је било жртва Минхаузен синдрома од кога мајка болује. На основу тога, домаће власти су одлучиле да одузму дете од мајке чим се буде породила. Дете је одузето од мајке у мају 1998. године, а родитељима је дозвољен надзирани контакт неколико пута недељно. У новембру 1998. године поднет је захтев да дете буде дато на усвајање. Родитељи су поднели жалбу, али је суд дао дете на усвајање у септембру 1999. године. Даљи контакт детета и родитеља није утврђен судском одлуком и зависио је од воље усвојитеља. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права и одузимању детета повредила право на поштовање породичног живота.

одузме од мајке, већ да је требало дозволити да мајка проведе под надзором одређено време са дететом у породицишту. Није било индиција да ће мајка уз одређивање надзора моћи да нашкоди детету, тако да није било оправданих и довољних разлога да се дете одузме од мајке одмах након порођаја.⁷²⁸ Родитељима, с обзиром на озбиљност мере давања детета на усвојење, није пружена прилика да у довољној мери током поступка заштите своје интересе.⁷²⁹ ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.⁷³⁰

2.2.7.2. Постојање непосредне опасности по дете

Одузимање детета у случају опасности од постојања Минхаузен синдрома не повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Међутим, необавештавање родитеља о покретању поступка лишења родитељског права и немогућност да се они изјасне о повреди права детета повлачи повреду члана 8. ЕКЉП. То се посебно односи на случај када се дете већ налази у социјалној установи или хранитељској породици, а родитељима се не дозвољава да оспоре наводе о постојању Минхаузен синдрома.

У случају *Venema против Холандије*,⁷³¹ ЕСЉП је истакао да у случајевима када је неопходна хитна реакција ради заштите детета, није увек могуће укључити родитеље у процес одлучивања, посебно када се сумња да су родитељи узрок непосредног угрожавања интереса детета. Ипак, у овом случају није показано

⁷²⁸ Тако и R. Probert, Cretney and Probert's Family Law, London, 2009, стр. 348.

⁷²⁹ G. Van Bueren, Child Rights in Europe, Strasbourg, 2007, стр. 138.

⁷³⁰ S. Choudhry, The Adoption and Children Act 2002, the Welfare Principle and the Human Rights Act 1998 - A Missed Opportunity?, Child and Family Law Quarterly, Vol. 15, No. 1, 2003, Bristol, стр. 127.

⁷³¹ *Venema v Netherlands*, пред. бр. 35731/97, пресуда од 17. децембра 2002. године. Подносиоци су брачни пар и њихово дете, холандски држављани. У јулу и августу 1994. године дете је на захтев мајке примљено у болницу, али је утврђено да је оно физички потпуно здраво. Здравствени радници су том приликом посумњали да мајка болује од Минхаузен синдрома. Након што је дете поново примљено у болницу у децембру 1994. године, одлучено је да се обавести социјална служба да је дете у опасности. Родитељи нису обавештени о покретању поступка. У јануару 1995. године, домаћи суд је без саслушања родитеља одредио меру надзора над вршењем родитељског права, а само пар дана касније, када су родитељи дошли по дете у болницу, суд је одредио да дете буде смештено у хранитељску породицу. Након што је саслушао родитеље, суд је одредио подношење психијатријског извештаја, и у исто време, продужио смештај детета у хранитељској породици. Оба психијатријска извештаја, а посебно други, поднет у мају 1995. године, закључили су без резерви да дете треба да буде враћено код родитеља и да се укине хранитељска заштита. Подносиоци су се жалили да пре доношења одлуке о надзору они нису били саслушани и нису могли да оспоре мишљење на коме је заснована одлука. Њихове жалбе су одбијене од стране домаћих власти. Подносиоци су се жалили да је одлука о одузимању детета повредила право на поштовање породичног живота.

зашто здравствене власти нису обавестили родитеље о својој одлуци и пружиле им прилику да се изјасне о тврдњама лекара и евентуално их оспоре. Искључивање родитеља из процеса лишења родитељског права, одлуке од изузетне важности за њих, није било оправдано, посебно јер се дете већ налазило у болници и није било непосредне опасности наношења штете од стране родитеља. Родитељи су могли да се изјасне о мери тек када је она спроведена и када је дете већ било смештено у хранитељску породицу. Стога, било је неопходно да се родитељи изјасне о мери пре него што је она спроведена. ЕСЈП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.⁷³²

2.2.7.3. Стављање детета у регистар угрожене деце у случају сумње

Стављање детета у регистар угрожене деце услед сумње у постојање Минхаузен синдрома не повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Ово *argumentum a fortiori*, знајући да чак ни одузимање детета од родитеља у случају сумње не може, без додатних околности, довести до повреде.

У случају *D. и други против Уједињеног Краљевства*,⁷³³ ЕСЈП је приметио да није дошло до правног или фактичког раздвајања мајке и детета ни у једном тренутку, нити је дете лечено у супротности са њеним захтевима. Иако је мајка стављена под сумњу да болује од Минхаузен синдрома, није нађено да је то утицало на њено уживање породичног живота са дететом. Чињеница стављања детета у регистар представљала је административну меру упозоравања на могућност предузимања хитних мера. Иако је било угрожавања породичног живота подносиољке, такве мере биле су предузете у циљу заштите права њеног детета. ЕСЈП је нашао да су погрешне одлуке и процене лекара биле засноване на здравственом стању детета које је пружало основ за сумњу у постојање Минхаузен синдрома. Чим је мајка пристала на процену здравственог стања

⁷³² G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 98.

⁷³³ *D. and others v United Kingdom*, пред. бр. 38000/05, пресуде од 12. фебруара 2008. године и 30. септембра 2008. године. Подносиољка је држављанка Уједињеног Краљевства, мајка оптужена да има Минхаузен синдром заштитника. Доктори су утврдили да она преувеличава симптоме и ствара честе алергијске реакције свог детета услед постојања Минхаузен синдрома. У складу са таквом проценом лекара, дете је у јуну 1997. године уписано у регистар угрожене деце. Након што је утврђено да дете пати од алергијских проблема још од рођења, оно је избрисано из списка угрожене деце. Подносиољка се жалила да је стављање детета у регистар угрожене деце довело до повреде права на поштовање породичног живота.

детета, отклоњене сумње произвеле су брисање имена детета из предметног регистра у коме је било нешто мање од четири месеца. Није нађена повреда права на поштовање породичног живота.

2.2.8. Интелектуални капацитет родитеља

ЕСЈП стоји на становишту да лишење родитељског права и одвајање деце од родитеља у случају умањеног интелектуалног капацитета родитеља представља повреду ЕКЈП. Захтева се да је умањени капацитет родитеља довео до повреде права детета да би оправдао меру лишења родитељског права домаћих власти.

У случају *Kutzner против Немачке*,⁷³⁴ ЕСЈП је навео да лишење родитељског права, дуготрајан смештај деце у хранитељским породицама и забрана контакта родитеља и деце представља мешање у породични живот родитеља. Мере социјалне службе биле су у складу са законом, али нити једна мера није била одговарајућа.⁷³⁵ У вези одлуке о лишењу родитељског права, није утврђено да су деца била злостављана или занемаривана. Приватно ангажован психолог, као и низ других експерата изразили су став да деца треба да буду враћена у породицу и да родитељима треба пружити додатну образовну подршку. Домаће власти нису разматрале друге мере које су могле бити одређене а имају блажи карактер од мере лишења родитељског права и смештаја деце у социјалну институцију. Додатни пропуст представља несаслушање деце приликом одвајања од родитеља, као и током смештаја у раздвојене, удаљене хранитељске проодице. Захтев

⁷³⁴ *Kutzner v Germany*, пред. бр. 46544/99, пресуда од 10. јула 2001. године. Подносиоци су немачки држављани, родитељи двоје деце рођене 1991. и 1993. године. Социјална служба поднела је захтев суду да се родитељи лише родитељског права услед недостатка интелектуалног капацитета да одгајају децу. Суд је децу сместио у социјалну установу и обавезао психолога да поднесе стручни извештај. Психолог је подржао мишљење социјалне службе да родитељи не поседују капацитет да одгајају децу и на основу тог извештаја, суд је родитеље лишио родитељског права и сместио децу у раздвојене, родитељима непознате хранитељске породице. Насупрот става психолога, многе невладине организације и експерти у области права детета сведочили су да родитељи имају капацитет за вршење родитељског права. Подносиоци су поднели више жалби које су одбијене. Подносиоци нису видели децу првих шест месеци боравка у хранитељским породицама. Након тога, суд је одредио да родитељи имају право да виде децу један сат у току месец дана. Током посета, супротно судској одлуци, велики број особа присуствовао је сусретима деце и родитеља. Подносиоци су се жалили да је одлука о лишењу родитељског права повредила њихово право на поштовање породичног живота.

⁷³⁵ О сарадњи суда и социјалне службе видети, J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 4, Familienrecht §§ 1773-1895 (Vormundschaftsrecht)*, Berlin, 2014.

родитеља за контактом са децом константно је одбијан, а када је коначно дозвољен, био је прилично ограничен. Такво ограничење контакта, посебно када је реч о млађој деци, могло је само да доведе до још већег отуђења деце од родитеља, као и до отуђења између деце. ЕСЈП је у складу са наведеним чињеницама констатовао повреду права на поштовање породичног живота.⁷³⁶

2.2.9. Занемаривање детета

Пропуст да се родитељу омогући оспоравање доказа на основу којих се дете одузима од родитеља услед занемаривања, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

Случај *Buchberger против Аустрије*,⁷³⁷ говори о пропусту судских органа да родитељима обезбеди релевантне информације о смештају детета у социјалну службу. ЕСЈП је истакао да је аустријски суд имао обавезу да укључи мајку у другу одлуку о смештају деце у јавну установу и пружи јој прилику да реагује. Ускраћивање увида у документацију заједно са необавештавањем о предузимању мере одузимања детета и смештаја у социјалну установу, довело је до искључивања мајке из процеса одлучивања и повреде њеног права на поштовање породичног живота. Овај случај подсећа на обавезу домаћих власти да се родитељима омогући да оспоре меру смештаја детета у социјалну установу. За остваривање тог права неопходно је да родитељима буду дати на располагање сви потребни извештаји надлежних служби.

⁷³⁶ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 137.

⁷³⁷ *Buchberger v Austria*, пред. бр. 32899/96, пресуда од 20. марта 2002. године. Подносиатељка је мајка која има двоје деце. Мајка, запослена као достављач реклама, једног дана је закаснила 45 минута са посла у породични дом. Комшија је обавестио социјалну службу да је једно њено дете тога дана лутало у пицами по дворишту током хладног времена. Социјална служба одузела је оба сина од мајке и сместила их привремено у социјалну установу. На саслушању суд је одлучио да врати децу мајци. У поновљеном поступку суд је одлучио да на основу додатних доказа децу смести у социјалну установу, с обзиром на то да је утврдио да су животни услови деце хаотични. Мајка није била упозната са новим доказима на основу којих су деца одузета. Подносиатељка се жалила да је одлука о смештају детета повредила право на поштовање породичног живота.

3. Вршење родитељског права

3.1. Питање спора око начина вршења родитељског права након престанка брака

Право на одржавање личних односа између детета и родитеља активира се тек уколико дође до престанка заједничког живота родитеља. У таквом следу, поставља се питање који родитељ ће бити одговоран за васпитање и подизање детета, а који родитељ ће одржавати личне односе са дететом.

У Енглеској и Велсу питање проширења права на контакт између детета и родитеља који не врши родитељско право постало је главни циљ породичног законодавства.⁷³⁸ Неретко се између родитеља јављају спорови око свакодневних питања везаних за васпитање детета.⁷³⁹ У случају недостатка сагласности између родитеља, на суду је да уреди шта је допуштено у свакодневним активностима, како родитеља који врши родитељско право, тако и родитеља који одржава личне односе са дететом. Родитељ који врши родитељско право има обавезу да тражи сагласност о битним питањима која утичу на живот детета. То су питања која се тичу: промене имена детета,⁷⁴⁰ предузимања медицинског захвата, промене

⁷³⁸ M. Maclean, K. Mueller-Johnson, Supporting Cross-Household Parenting: Ideas about the "Family", Policy Formation, and Service Developments accros Jurisdictions, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 118.

⁷³⁹ У случају *Re W* (1998) 1 FLR 75, радило се о томе да се отац који не врши родитељско право обратио суду са захтевом да спречи нудистичку праксу мајке. Околности да мајка и њен нов партнер свакодневно шетају по кући наги, као припадници нудиста, према мишљењу оца, утичу негативно на васпитање детета. Апелациони суд је сматрао да нема јасних доказа да такво понашање негативно утиче на васпитање детета.

⁷⁴⁰ О промени имена детета, J. Herring, The Shaming of Naming: Parental Rights and Responsibilities in the Naming of Children, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, Responsible Parents and Parental Responsibility, Oxford, 2009, стр. 105-122. Промена имена детета јавља се најчешће када мајка поново закључи брак и жели да дете добије презиме очуха. Судови, посебно у случају када постоји контакт оца и детета, сматрају да дете не треба да изгуби везу са биолошким оцем оличену у презимену, L. Mendoza, Prohibited Steps Orders and the Protection of Children, у D. J. Lockton, Children and the Law, London, 2000, стр. 82. Случај *Dawson v Wearmouth* (1999) AC 308, сведочи да суд сматра да презиме детета дато на његовом рођењу није дошло ниоткуда, већ представља еманацију биолошке везе оца и детета. Презиме служи као веза детета са очевим културним и религијским наслеђем.

пребивалишта, уписа или промене школе⁷⁴¹, религијског образовања (избор или промена религије),⁷⁴² обрезивања детета.⁷⁴³

3.2. Значај мишљења детета при додели родитељског права

Додељивање родитељског права партнерки преминуле мајке само на основу мишљења деце представља повреду права на поштовање породичног живота оца.

У случају *С. против Финске*,⁷⁴⁴ при процени сукоба интереса више права на поштовање породичног живота, ЕСЉП посебан значај придаје најбољем интересу детета који у зависности од природе и озбиљности може надвладати интересе родитеља. Када се утврди да постоји породични живот, сваки од чланова породице има право на поштовање свог породичног живота.⁷⁴⁵ Родитељ, у складу са чланом 8. ЕКЉП, није овлашћен да штети развоју и здрављу детета. Ипак, домаћи судови ничим нису утврдили да је отац неподобан као родитељ или да није у могућности да врши родитељско право. Врховни суд је у складу са домаћим законодавством које предвиђа да дете са 12 година може исказати своје мишљење, пресудан значај дао жељама детета. ЕСЉП је јасно да домаћи судови

⁷⁴¹ D. Monk, *Parental Responsibility and Education: Taking a Long View*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 143-164.

⁷⁴² При усвајању Конвенције о правима детета, Мароко је предложио да буде усвојена норма по којој дете по рођењу добија религију оца, G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1999, стр. 157.

⁷⁴³ R. Taylor, *Parental Responsibility and Religion*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 130.

⁷⁴⁴ *C. v Finland*, пред. бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године. Подносилац је британски држављанин који је живео са својом супругом, финском држављанком, и двоје деце у Швајцарској. Након што је престала заједница живота супружника, мајка се са децом вратила у Финску и тамо започела заједнички живот са особом истог пола. Након дуготрајног спора родитеља око вршења родитељског права, суд у Финској је 1997. године доделио самостално вршење родитељског права мајци. Жалба оца на ову одлуку суда је одбијена. Након што је мајка преминула 1999. године, и отац и партнерка мајке поднели су захтев да врше родитељско право. Судови у Финској доделили су вршење родитељског права оцу, иако су деца изразила жељу да живе са партнерком мајке уз манифестован страх да се врате у Швајцарску. Суд је сматрао да је такав став деце производ напетих односа између оца и партнерке мајке. Са друге стране, исказано је да је однос између оца и деце важан за правилан развој деце. Међутим, Врховни суд донео је одлуку по којој се у складу са жељама и исказаним мишљењем деце, а обзиром на њихову старост (12 и 14 година), родитељско право додељује партнерки мајке. Врховни суд донео је такву одлуку без саслушања деце или подносиоца, разматрања доказа изнетих пред нижим судовима, одбијајући да добије мишљење психолога које је отац захтевао. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да њему не додели вршење родитељског права, као и неспровођење одлуке о контакту са децом, проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

⁷⁴⁵ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 313; S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 378.

треба да узму у обзир мишљење детета. Међутим, нижи судови су упркос исказаном мишљењу деце да желе да остану са партерком мајке, сматрали да је у најбољем интересу детета да живе са оцем. У том правцу, Апелациони суд је истакао да није везан мишљењем 12-годишњег или старијег детета. Супротно, Врховни суд је као најбољи интерес деце једино ценио њихово мишљење, без разматрања других услова, посебно права подносиоца као оца. Мишљење деце имало је карактер вета на одлуке нижих судова. Врховни суд није чак ни одржао усмено саслушање, на коме би саслушао странке или чуо мишљење експерта. Оваква одлука довела је до могућности да истополна партнерка мајке манипулацијом деце фактички лиши оца вршења родитељског права. На крају, ЕСЉП утврдио је повреду права на поштовање породичног живота.⁷⁴⁶

Током одлучивања виших судова контакти деце и оца наилазили су на значајне тешкоће. Из непознатих разлога, деца су одбијала да се виђају са оцем самостално, док је отац са своје стране одбијао да се виђа са децом у присуству партнерке мајке. У складу са таквим стањем, одлука суда да се одбије контакт заснована је на ваљаним разлозима. Након додељивања родитељског права партнерки мајке, није било доказа да је отац покренуо поступак за остваривање контакта. Противљење деце била је пресудна чињеница да се одбије одржавање контакта. ЕСЉП у овом делу није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Разматрајући пресуду видимо да је суд у оба дела пресуде био руковођен најбољим интересом детета. Најбољи интерес детета тумачен је тако да биолошки родитељ има право да одгаја и васпитава своје дете, пре свих других особа, без обзира на (мишљење) противљење деце. Давање пресудног значаја при додељивању родитељског права мишљењу детета, без разматрања других околности попут извешаја експерта или права биолошког оца да након што је мајка преминула, пре свих осталих особа, врши родитељско право над децом, представља повреду ЕКЉП. Пресуда нам пружа грађу да закључимо да ЕСЉП сматра да је у сукобу права детета на давање мишљења о томе са којом особом жели да живи и права родитеља на одгајање деце, првенство дато праву родитеља. Сасвим смо сагласни са ставом ЕСЉП да се одлука о вршењу родитељског права

⁷⁴⁶ О овом случају, К. Boele-Woelki, Т. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerpen, 2008, стр. 59.

не може донети само на основу мишљења детета. Ово посебно у случају када се ради о сукобу права на поштовање породичног живота биолошког родитеља и особе која се непосредно стара о детету. Могућност да се манипулацијом детета од стране трећих особа (очуха, маћехе), на основу мишљења детета, додели родитељско право, значило би давање првенства при вршењу родитељског права другим особама, а не биолошким родитељима детета. Супротно би значило отклон од начела да се у центру права на поштовање породичног живота налази однос детета и биолошких родитеља.

Додељивање родитељског права на основу извештаја експерта који је као пресудну околност узео мишљење детета, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Buscemi против Италије*,⁷⁴⁷ ЕСЉП је истакао да извештај експерата није био једини разлог доношења одлуке суда. Околности које су довеле до одлуке да се мајци повери вршење родитељског права биле су следеће: дете није изразило жељу да живи са оцем, подносилац је имао прилику да оспори извештај вештака, подносиоцу је пружена прилика да учествује у поступку одлучивања суда о вршењу родитељског права, подносилац је сам поставио једног од експерата. Кад је реч о навођењу идентитета подносиоца од стране представника суда, ЕСЉП је навео да је подносилац сам открио свој идентитет приликом претходног обраћања новинарима. На основу наведених чињеница ЕСЉП је закључио да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

⁷⁴⁷ *Buscemi v. Italy*, пред. бр. 29569/95, пресуда од 16. септембра 1999. године. Подносилац је италијански држављанин, отац детета који се развео од своје супруге. Суд у Торину доделио је вршење родитељског права мајци. Мајка је накнадно дала дете оцу, који је на основу тога затражио доношење измењене судске одлуке о вршењу родитељског права. У мају 1994. године суд је одлучио да смести дете у установу ради процене подобности родитеља да врше родитељско право, предвиђајући да оба родитеља могу виђати дете. Извештај стручњака закључио је да ниједан родитељ није подобан да врши родитељско право, са препоруком да се размотри повратак детета код мајке. Отац се жалио на овај извештај али је његова жалба одбијена. Током 1995. године отац је још једном поднео захтев да се њему или баби детета по мајци додели вршење родитељског права. Жалба је одбијена са образложењем да је дете стекло стабилност у установи и да је изразило жељу да се врати код мајке. Августа 1995. године суд је доделио вршење родитељског права мајци, а оцу право на надзирани контакт са дететом. Отац се жалио да су извештај вештака и одлука о одбијању додељивања вршења родитељског права довеле до повреде његовог права на породични живот.

3.3. Лична својства родитеља

3.3.1. Штетност религијских уверења родитеља на одгајање детета

Позивање домаћих судова на вероисповест родитеља у контексту доношења одлуке о поверавању деце и вршењу родитељског права, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Hoffman против Аустрије*,⁷⁴⁸ ЕСЉП је истакао да су домаћи судови ценили да ли је мајка подобна да врши родитељско право узимајући у обзир њену религију поводом забране трансфузије крви, изостанка прославе традиционалних празника (Божих, Ускрс) и начина живота припадника секте који се разликује од већине домаћих држављана. Врховни суд није ценио изјаву мајке да ће у случају потребе дозволити трансфузију крви, као и да је спремна да деца проводе верске празнике (Божих и Ускрс) код оца. Такође, није довољно разматран негативан ефекат који деца могу имати услед промене одлуке о вршењу родитељског права. На тај начин, домаћи суд је пропустио да уважи мишљење судских експерата и одлуку о додељивању родитељског права засновао искључиво на религији родитеља. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота у вези са правом на равноправност.⁷⁴⁹ Мишљења смо да религија родитеља може бити дискредитујућа околност само уколико одређено верско опредељење родитеља штетно делује на добробит детета. Непостојање потенцијалног угрожавања интереса детета не треба да повлачи додељивање родитељског права позивањем на религију родитеља.

⁷⁴⁸ *Hoffman v Austria*, пред. бр. 12875/87, пресуда од 23. јуна 1993. године. Подносиатељка је аустријска држављанка која 1980. године закључила брак и добила двоје деце, рођене 1980. и 1982. године. Оба супружника била су католичке вероисповести. Супруга је променила веру и постала припадник Јеховиних сведока. Она је 1983. године покренула поступак развода брака и одвела децу са собом. Брак је разведен 1986. године, а оба супружника су поднела захтев за вршењем родитељског права. Првостепени и другостепени судови су на основу мишљења експерта и везаности деце за мајку, њој доделили родитељско право. Међутим, Врховни суд је у септембру 1986. године одлучио да религија мајке штетно утиче на децу и доделио родитељско право оцу. Подносиатељска се жалила да је промена одлуке о вршењу родитељског права повредила право на поштовање породичног живота.

⁷⁴⁹ G. Van Bueren, *The International Rights on the Rights of the Child*, Hague, 1998, стр. 79.

У случају *Palau-Martinez против Француске*,⁷⁵⁰ ЕСЉП је навео да одлука суда да децу додели оцу након што су деца три године живела код мајке представља мешање у породични живот. Суд је при процени услова у којима деца живе код оба родитеља третирао родитеље различито у погледу исповедања религије мајке. Одлука суда не пружа никакве конкретне околности да религија мајке штетно утиче на свакодневно васпитање деце. Додатно, домаћи суд није тражио мишљење експерата - социјалних служби или психолога, да утврде утицај религије на одгајање деце.⁷⁵¹ Није утврђена веза између штетности интереса деце и њихових животних услова у дому мајке. ЕСЉП је утврдио да различит третман није имао оправдања и да је дошло до повреде члана 14. и члана 8. ЕКЉП.⁷⁵²

3.3.2. Хомосексуалност родитеља

Ускраћивање вршења родитељског права на основу хомосексуалности родитеља представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Salgueiro de Silva Mouta против Португала*,⁷⁵³ ЕСЉП је истакао да је домаћи суд засновао своју одлуку искључиво на једном критеријуму -

⁷⁵⁰ *Palau-Martinez v France*, пред. бр. 64927/01, пресуда од 16. децембра 2003. године. Подносиатељка је француска држављанка рођена 1963. године, мајка двоје деце рођене 1984. и 1989. године. Она је након одласка супруга из породичног дома, 1994. године, покренула бракоразводни поступак. Суд је у септембру 1996. године одредио заједничко вршење родитељског права. Деца су имала пребивалиште код мајке а оцу је признато право на контакт са децом. Током боравка деце за време школског распуста у лето 1997. године код оца, он је децу задржао и уписао их у локалну школу. Суд је у јануару 1998. године изменио првобитну одлуку и доделио вршење родитељског права оцу, док је мајка имала право на контакт. Образложење суда огледало се у томе да мајка делује супротно интересима деце, с обзиром на то да је она припадник секте Јеховини сведоци. Одлука је потврђена од стране Врховног суда у јулу 2000. године. Подносиатељка се жалила да је одлука да се додели оцу родитељско право на основу тога што је она припадник секте довела до повреде права на поштовање породичног живота.

⁷⁵¹ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 100.

⁷⁵² Видети случај, *Cosac v Romania*, пред. бр. 28129/05, пресуда од 14. јануара 2010. године.

⁷⁵³ *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal*, пред. бр. 33290/96, пресуда од 21. децембра 1999. године. Подносилац је португалски држављанин који из брака са својом супругом има дете рођено 1987. године. Супружници су престали да живе заједно 1990. године. Подносилац од тада живи у заједници са својим хомосексуалним партнером. Мајци је додељено вршење родитељског права а отац је имао право на контакт. С обзиром на то да је мајка забранила оцу да виђа дете, 1994. године је донета судска одлука којом се родитељско право додељује оцу. Дете је током 1995. године живело са оцем, али је крајем исте године мајка отела дете и покренула нов поступак за измену одлуке о вршењу родитељског права. Суд је 1996. године донео одлуку да мајка врши родитељско право, позивајући се да окружење у коме дете одраста - хомосексуална заједница, није ни налик традиционалној португалској породици као образцу у коме дете треба да буде одгајано. Иако је отац окарактерисан као брижан и утврђено је да има емотиван однос са дететом, сматрано је да није добро за дете да одраста у породици две особе хомосексуалне оријентације. Подносилац

хомосексуалности оца. Тиме је чињеница хомосексуалности родитеља уведена као критеријум одлучивања поводом вршења родитељског права. Међутим, утврђено је да између предузете мере и циља који се хтео постићи није постојала пропорционалност и да различито третирање подносиоца није имало оправдање.

Констатована је повреда права на равноправност у вези са правом на поштовање породичног живота.⁷⁵⁴

4. Право на поштовање породичног живота и најбољи интерес детета

Стварање принципа најбољег интереса детета резултат је истраживања групе америчких аутора презентованог у књизи *Beyond the Best Interest of the Child*.⁷⁵⁵ Закључак аутора био је да благостање детета зависи од тога која особа може пружити детету континуитет бриге и неге која је постојала током трајања брака. Начело најбољег интереса детета подразумева да суд примењује критеријуме емотивног и психолошког благостања детета испред правних начела при доношењу одлуке.

Критика принципа најбољег интереса детета говори да он доводи до атомизације права и усвајања претпоставке да сваки случај зависи од конкретних околности. Њиме се посредно уводи дискреција у одлучивање суда.⁷⁵⁶ Интерпретација принципа битно се разликује у случајевима лишења родитељског права, усвојења детета, отмице детета, поверавања детета једном родитељу у случају развода брака родитеља.

Примена принципа најбољег интереса детета у споровима пред ЕСЉП показује дубину сукоба између концепта „права“ и концепта „благостања“ на који смо указали у Глави I. Код права на поштовање породичног живота ради се о балансу између различитих интереса чланова породице, док се принцип најбољег

се жалио да је одлука о поверавању детета на основу његове хомосексуалне оријентације повредила право на поштовање породичног живота и право на равноправност.

⁷⁵⁴ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 133.

⁷⁵⁵ Сматра се да заједничко вршење родитељског права, као неретко, поистовећен начин вршења родитељског права са најбољим интересом детета, зависи од сваког појединачног случаја, J. Black, D. Cantor, *Child Custody*, New York, 1989, стр. 21.

⁷⁵⁶ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 342.

интереса детета руководи искључиво интересима детета. Европска конвенција не даје путоказ у ком правцу треба ићи у случају сукоба интереса детета и других (одраслих) чланова породице.⁷⁵⁷ Стога, посматрајући пресуде ЕСЉП, констатујемо да овај међународни суд води рачуна о интересима свих чланова породице, не само о (најбољим) интересима детета. Ако дође до сукоба интереса детета и одраслих чланова породице, ЕСЉП посебну пажњу обраћа на интерес детета, али узима у разматрање и интересе осталих чланова породице. Предочава се да је приликом примене права на поштовање породичног живота ограничена примена принципа најбољег интереса детета.⁷⁵⁸

Такође, имајући у виду праксу ЕСЉП, не можемо са сигурношћу тврдити да се искључиво примењује стандард најбољег интереса детета, већ се употребљава неколико различитих формулација - да су интереси деце од „одређеног значаја“ („*significante importance*“, *Hoppe против Немачке*), „суштинског значаја“ („*paramount*“, *Yousef против Холандије*),⁷⁵⁹ „крузијалног значаја“ („*crucial importance*“, *Scott против Уједињеног Краљевства*). Тиме се оставља простор ЕСЉП да интереси детета могу бити превазиђени интересима других чланова породице, пре свега родитеља.⁷⁶⁰ Европски суд за људска права захтева да интереси свих страна у поступку буду усклађени, али ипак претежно води рачуна о најбољем интересу детета.⁷⁶¹ Случај *Yousef против Холандије* сведочи да у случају сукоба интереса родитеља и интереса детета, најбољи интерес детета има одлучујућу важност.⁷⁶²

Држава има задатак да оствари равнотежу између поштовања аутономије породице као заједнице и њеног права да васпитава чланове породице кроз право на поштовање породичног живота, и обавезе да заштити децу у случају када се у породици интереси детета не штите на одговарајући начин или је добробит детета

⁷⁵⁷ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 233.

⁷⁵⁸ М. Јањић-Комар, *Право на породични живот - ка људским правима треће генерације*, Правни живот 9/2001, Београд, стр. 474.

⁷⁵⁹ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 13.

⁷⁶⁰ Када се разматра пракса судова у Енглеској, примењујемо да они не воде рачуна о томе да ли је угрожавање интереса родитеља пропорционално интересима детета, J. Fortin, *Childrens Rights and the Developing Law*, New York, 2003, стр. 59.

⁷⁶¹ S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, *Welfare, Rights, Care and Gender in Family Law*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010, стр. 3.

⁷⁶² О примени принципа најбољег интереса детета у Камеруну, видети А. Nji Akonumbo, *Excursion into the "Best Interest of the Child Principle" in Family Law and Child-Related Laws and Policies in Cameroon*, *The International Survey of Family Law 2010 edition*, Bristol, 2010, стр. 77.

угрожена.⁷⁶³ У претпоставци да дете и његово благостање ужива врховну заштиту, породична аутономија и приватност немају примат у случају сукоба са интересима детета.⁷⁶⁴

Одраз схватања да принцип најбољег интереса детета не мора увек да буде од суштинске важности, иако у зависности од природе и озбиљности може преовладати над интересима родитеља, видимо у пресудама ЕСЉП у случајевима *Buchberger против Аустрије* и *Sahin против Немачке*.

Није довољно да закони само прокламују принцип најбољег интереса детета. Потребно је дати критеријуме које ће суд узети у разматрање при процени најбољег интереса детета с обзиром на то да на европском правном подручју у законским текстовима нема дефиниције најбољег интереса детета.⁷⁶⁵ Најбољи интерес детета може бити: средина у којој дете одраста, однос детета и родитеља, однос детета са рођацима, пријатељима и другим особама, жеље детета, психичко и физичко здравље особа у дететовој средини одрастања.⁷⁶⁶ Одсуство дефинисања огледа се и код самог термина „дете“.⁷⁶⁷

Сумирајући целокупну Главу IV, без обзира на то о ком облику злостављања или занемаривања детета је реч, ЕСЉП подвлачи да је обавеза домаћих власти да омогуће непосредно саслушање и учешће родитеља у поступку лишења родитељског права. Пре доношења одлуке о лишењу родитељског права, обавеза је домаћих власти да размотре примену других, блажих мера. Родитељи треба да буду обавештени о покретању поступка лишења родитељског права, да им се

⁷⁶³ Према неким ауторима, родитељство никада раније, као у савремено доба, није било под таквим посматрањем а самим тим и притиском, М. Headley, *Family Life and Child Protection: Cleveland, Baby P et al*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 26, Num. 1, 2014, London, стр. 11.

⁷⁶⁴ F. Kaganas, *Child Protection, Gender and Rights*, у J.Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender and Family Law*, New York, 2010, стр. 43.

⁷⁶⁵ K. Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Cristina Gonzales Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen, 2007, стр. 36.

⁷⁶⁶ S. N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, 2011, стр. 3. Једнообразни Закон о браку и разводу брака САД из 1970. године предвиђа у члану 402. да суд при додељивању детета родитељу има дужност да узме у обзир следеће околности: жеље родитеља поводом вршења родитељског права, жеље детета са ким жели да живи, однос детета са родитељима, браћом и сестрама и другим особама које имају значајан утицај на интересе детета, дететову прилагођеност на породични дом, школу и заједницу, психичко и физичко здравље свих особа у дететовом окружењу. Савезна држава Мисури је у интерпретацију најбољег интереса детета уврстила и разматрање који родитељ ће моћи боље да омогући константан и садржајан однос детета и другог родитеља. О томе, R. J. Levy, *Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 73.

⁷⁶⁷ H. Stalford, *Children and the European Union*, Oxford, 2012, стр. 20.

пружи прилика да оспоре наводе за лишење, као и да уложе приговор против одређене мере лишења родитељског права или одузимања детета.

Родитељи су дужни да врше надзор над децом. У случају поверавања деце трећим особама, родитељи су одговорни за избор особе, те тако одузимање деце у случају вршења сексуалног злостављања деце од стране тих особа не доводи до повреде права на поштовање породичног живота родитеља.

Држава има позитивну обавезу да временски пропише трајање мере смештаја детета у социјалну установу. Позитивна обавеза састоји се и у обавези да се саслуша дете које је наводно сексуално злостављано. Међутим, одузимање детета само на основу сведочења да су га родитељи злостављали, без утврђивања објективних околности (повреда) доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Родитељи имају право да им буду пружени на увид сви докази, као и сведочење детета. Спречавање контакта родитеља и детета које се налази у социјалној установи доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

ЕСЉП сматра да, начелно, осуда родитеља на затворску казну не повлачи аутоматски лишење родитељског права. Противно Конвенцији је родитеља осуђеног на затворску казну лишити родитељског права (*Jordache, Sabou u Pircalab*). У обзир се узима природа учињеног кривичног дела и постојање другог родитеља који врши родитељско право. Односно, последица затворске казне у виду лишења родитељског права, уколико лишење није везано са злоупотребом или занемаривањем детета, сматра се повредом права на поштовање породичног живота. Само ако је кривична осуда повезана са понашањем родитеља према детету, последица тога може бити лишење родитељског права. Супротно је сматрано у случају *М. С. против Финске* када суд није сматрао да је лишење родитељског права повредило право на поштовање породичног живота. Озбиљност кривичног дела управљеног против мајке детета, самим тим и против детета, навела је ЕСЉП да оправда меру лишења родитељског права.

Обавеза је државе да превентивно и хитно делује у случају постојања сумње у физичко злостављање детета. Утолико пре, у случају постојања сумње у злостављање, одређивање мере надзора родитељског права на доводи до повреде, као ни стављање детета у регистар угрожене деце. Чак и када се накнадно покаже

да родитељи нису физички злостављали децу, одузимање деце и смештај у установу не повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Међутим, након што се утврди да родитељи нису нанели повреду детету, обавеза је државе да одмах врати децу родитељима. Пропуст да се то учини повлачи повреду. До повреде права на поштовање породичног живота неће доћи уколико родитељ одбија да сарађује са социјалном службом. У случају одузимања детета обавеза државе је да омогући одвијање контакта детета и родитеља.

Као посебно проблематични се показују случајеви одузимања детета на порођају или непосредно након порођаја. Наше мишљење је да је потребно да постоји непосредна опасност по дете да би таква мера била оправдана, било у случају физичког злостављања или постојања Минхаузен синдрома родитеља. ЕСЉП сматра да надзор родитеља и детета у породици осигурава довољан ниво заштите детета, са чиме смо сагласни.

У случају одузимања деце код физичког злостављања, ЕСЉП чврсто стоји на становишту постојања објективних околности (повреда). Са друге стране, став за превентивно деловање фаворизује субјективни критеријум где се државе ослобађају одговорности ако су одузеле децу без претходног утврђивања повреда, а накнадно се покаже да родитељи нису били одговорни.

Пресуде нам говоре да ЕСЉП стоји на становишту да објективни пропусти у вршењу родитељског права, попут сиромаштва родитеља, као ни личне карактеристике - интелектуални капацитет, који нису праћени субјективним елементом злоупотребе права детета, не представљају повреду ЕКЉП. Потребно је утврдити постојање угрожавања детета од стране родитеља. Наиме, сиромаштво родитеља не може довести до лишења родитељског права уколико домаћа држава није предузела адекватне мере да пружи родитељима материјалну помоћ у вршењу родитељског права. Сиромаштво родитеља у светлу лишења родитељског права, могуће је посматрати само ако се тиме доводи у питање способност родитеља да одгајају децу. ЕСЉП исто сматра и поводом физичког недостатка родитеља - лишење представља повреду права.

При одлучивању судова о вршењу родитељског права, позивање на личне карактеристике или својства родитеља (припадност религији или

хомосексуалност) представља повреду права.⁷⁶⁸ Мишљење деце о томе да ли желе да живе са родитељем или другом особом са којом су формирали породични живот (хомосексуални партнер родитеља), не може бити пресудан и једини разлог. Тиме је Суд стао у одбрану искључивог права биолошког родитеља на поштовање породичног живота у односу на све друге особе блиске детету (*C. против Финске*). Право родитеља у овом случају надјачало је право детета на изражавање мишљења и самостално доношење одлуке.

Код одвајања детета од родитеља основна обавеза састоји се у поновном спајању родитеља и деце. Држава има обавезу да омогући контакт између родитеља и детета које је одвојено од родитеља. Међутим, нема обавезе државе да омогући контакт родитеља и детета у социјалној институцији ако су родитељи пропустили да врше надзор над дететом и поверили дете особама које су га сексуално злостављале. Држава има обавезу да делује у правцу повећања контакта између родитеља и детета у институцији.

У случају сумње у сексуално злостављање детета од стране родитеља, постоји обавеза да се дете саслуша, уколико је могуће да искаже мишљење и ако поседује довољну зрелост. Позитивна обавеза државе састоји се у прописивању временског периода у коме се дете одузима од родитеља и смешта у институцију. Обавеза је државе да у случају сведочења детета у постојање сексуалног злостављања омогући родитељима увид у наведено сведочење. У области кривичног гоњења родитеља, држава нема обавезу да спречи лишење родитељског права уколико су родитељи осуђени на дугогодишњу затворску казну. Такође, не постоји обавеза да се родитељи лише родитељског права ако су осуђени на блажу затворску казну која није повезана са вршењем родитељског права. Код кривичне одговорности родитеља цени се дужина казне и природа извршеног кривичног дела. Непостојање везе кривичног дела са вршењем родитељског права и кратко временско трајање казне не доводе до стварања обавезе лишења родитељског права.

Постоје четири изричите процедуралне обавезе државе које се односе на све поступке лишења родитељског права. У свим случајевима лишења родитељског права, као најтеже санкције при вршењу родитељског права, изричита је обавеза

⁷⁶⁸ Тако и K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 313.

државе да се лишење родитељског права спроведе у судском поступку и да родитељи учествују у поступку. Повезано са тим, трећа обавеза је да родитељи буду обавештени о покретању поступка, а четврта да буду саслушани у поступку лишења родитељског права. Увид родитеља у све материјале који се тичу одвајања детета од родитеља намеће се, такође, као обавеза. Улагање приговора и могућност оспоравања мере одвајања детета од родитеља представља додатну обавезу. Обавеза је државе да пре изрицања мере лишења родитељског права размотри могућност изрицања мање блажих санкција.

Обавеза је државе да одузме дете од родитеља у случају постојања сумње да је дете физички злостављано. Ако је могуће више, тим пре је могуће и мање - *argumentum a maiori ad minus*, постоји обавеза државе да у случају сумње у злостављање детета одреди надзор над вршењем родитељског права. Исто тако, ако се утврди да родитељи нису злостављали дете, обавезе је државе да одмах укине смештај детета у институцији или хранитељској породици и врати дете родитељима. Не постоји обавеза државе да омогући контакт родитеља и детета у институцији ако се сумња да је родитељ физички злостављао дете. Уколико је једини разлог за лишење родитељског права сведочење деце, држава нема обавезу да лиши родитеље родитељског права. Захтева се постојање додатних, објективних чињеница. Нема обавезе државе да одузме дете од родитеља ако родитељи имају физички недостатак који не утиче на то да родитељи на адекватан начин врше родитељско право. Нема обавезе државе да у случају сиромаштва родитеља спроведе лишење родитељског права, већ постоји обавеза да се родитељима пружи помоћ.

Одузимање детета на порођају од родитеља (мајке) једна је од најтежих санкција која погађа родитеље. Нема обавезе државе да одузме дете од родитеља на порођају уколико не постоји непосредна опасност по дете. Надзор лекарских служби тумачи се као немогућност да родитељ нашкоди интересима детета.

У случају сумње у постојање Минхаузен синдрома, обавеза је државе да одузме дете. Стога, постоји и обавеза стављања детета у регистар угрожене деце у случају сумње у постојање Минхаузен синдрома. Међутим, с обзиром на надзор лекара у породилишту, нема обавезе да се одмах након порођаја дете одузме од родитеља уколико постоји овај синдром.

У поступцима одвајања детета од родитеља доминира превентивни приступ, па тако одузимање детета у случају постојања сумње у злостављање родитеља и забрана контакта, не доводе до повреде чак ни кад се утврди да родитељ није одговоран за физичко или сексуално злостављање детета. Тиме се признаје повећана улога државе у заштити права детета и сужава обим родитељског права. ЕСЉП се није изјашњавао засебно о емотивном злостављању детета.

ЕСЉП прихвата, најпре, критеријум извршења радњи које угрожавају права детета од стране родитеља или других особа уз наступање последице, али, посредно, и критеријум постојања опасности по интересе детета без наступања последице у случајевима одузимања детета и лишења родитељског права. Објективне чињенице (сиромаштво, интелектуални капацитет, физички недостаци, осуда услед кривичних дела која нису повезана са вршењем родитељског права) не доводе до обавезе лишења родитељског права и одузимања детета. Овде се захтева наступање последице, тачније, да је нека од чињеница довела до угрожавања детета. У складу са тиме, одузимање деце у овим случајевима повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Са друге стране, у случају сумње у злостављање не захтева се наступање последице, чиме је акценат стављен на превентивну заштиту. Довољно је постојање сумње да се предузме одузимање детета од родитеља. Чак ни накнадно утврђивање да родитељ није одговоран за злостављање детета не доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Код сведочења детета прихвата се другачији, објективни критеријум, те одузимање детета само на основу његовог сведочења, без постојања објективних чињеница, повлачи повреду.

Нема обавезе да се родитељско право додели другим особама (очух, маћеха) само на основу исказане жеље детета. Обавеза је државе да се при додељивању родитељског права не позива на верску припадност родитеља, као ни на хомосексуално опредељење родитеља.

Постоји начелна колизија између конкретне обавезе државе да омогући контакт родитеља и детета које се налази у социјалној институцији или породичном смештају, и опште обавезе државе да омогући поновно спајање родитеља и детета и контакт родитеља и детета у институцији. У овом случају сматрамо да *lex specialis derogat legi generali*, те тако, ако је противно интересима

детета да има контакт са родитељима који су га злостављали, нема обавезе државе да развија породични живот детета и родитеља и омогући поновно спајање родитеља и детета.

Норме нашег права не говоре ништа о временском периоду на који се дете одузима од родитеља и смешта у социјалну институцију. У том правцу, будућа реформа породичног законодавства требало би да уважи чињеницу да се пропише временски рок, како за најдуже трајање боравка детета у социјалној установи, тако и за период у коме ће се преиспитивати одлука о смештају детета у институцију. Имајући у виду да се у нашем праву родитељи могу лишити родитељског права ако немају адекватне услове за одгајање детета, такво решење није у складу са тумачењем Конвенције да сиромаштво родитеља не може бити основ за лишење родитељског права.

Глава V

Контакт детета са родитељима и другим особама

1. Контакт детета и родитеља

1.1. Правна природа права на контакт, право родитеља на контакт са дететом и *vice versa*

Право на контакт,⁷⁶⁹ садржи, као базни елемент, личне односе између чланова породице, те нам се чини корисним напомена да (породично) право има ограничен домет у регулисању личних односа чланова породице.⁷⁷⁰ Постоје опречна мишљења о томе да ли је право на контакт право детета или право родитеља.⁷⁷¹ Двостраност права на контакт основно је обележје његове правне природе. То је, најпре, право у интересу детета али и у интересу родитеља. Теорија да је право на контакт искључиво право детета губи на значају ако се покаже да родитељ који не врши родитељско право не жели одржавање контакта са дететом.⁷⁷² Тешко је замислити да се право на контакт може остваривати само и искључиво у интересу детета, ако се као конститутивни чиниоци контакта јављају (и) родитељи. То би значило да су родитељи извршиоци интереса детета, без сопствених вредности, ставова, жеља. Родитељ има право да васпитава дете и то право не може користити на штету детета, али исто тако га не може користити

⁷⁶⁹ Право на контакт није сасвим прикладан термин. Сугерише кратак, повремен, нежељен однос између одређених особа. Енглески Закон о деци (*Children Act*) у члану 8. каже да је контакт "мера којом се налаже да особа са којом дете живи дозволи да дете посети особа или да дете борави код особе која је наведена у мери, или да та особа и дете имају контакт на други начин." Термин који је адекватнији односу родитеља и детета, првенствено садржински, јесте право на одржавање личних односа. Контакт се може остварити са било којом особом у свакодневном опхођењу, док однос родитеља и детета подразумева емотивни, лични, однос - однос личне природе. Међутим, инострана породичноправна литература, као и ЕСЈП, претежно користе термин "право на контакт".

⁷⁷⁰ A. Bainham, *Contact as a Right Obligation*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 61.

⁷⁷¹ Док се на европском и америчком правном подручју дете сматра носиоцем права на контакт, у исламским земљама право на контакт могуће је само уз сагласност оца и под условима које он одреди. О правој природи права на контакт у исламском праву, R. Arshad, *Islamic Family Law*, London, 2010, стр. 152; B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 160.

⁷⁷² D. Smith, *Making Contact Work in International Cases: Promoting Contact Whilst Preventing International Parental Child Abduction*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 342.

само и искључиво у интересу детета, већ и у сопственом интересу, као сопствено право.⁷⁷³ Уместо дубљег разматрања да ли је право на контакт, право детета или право родитеља, приклањамо се ставу да је то питање заједничког интереса, право и детета и родитеља.⁷⁷⁴ Контакт између детета и родитеља обухвата и право детета и право родитеља. Претпоставља се да је у интересу детета контакт са родитељима, али је и у интересу родитеља контакт са својом децом.⁷⁷⁵ Овакав став је последица схватања да је породица боље (и природније) окружење за развој детета од социјалних служби, те да је, осим у случајевима озбиљног угрожавања благостања детета, у интересу детета да буде одгајано у својој породици и да има контакт са члановима породице.

Питање права на контакт родитеља и детета поставља се у случају прекида или престанка породичног живота родитеља и детета. Имајући у виду нашу тврдњу из Главе I о повећаној стопи развода брака, као једној од основних одлика савременог породичног живота, престанак или прекид породичног живота постао је реалност великог броја родитеља и деце. Проблем остваривања контакта код права на поштовање породичног живота тиче се, не само чланова породице, већ и државе. Тако, држава се у свим случајевима остваривања права на контакт пред ЕСЉП јавља као страна која треба да осигура остваривање права на контакт родитељу који не врши родитељско право. Право на контакт у складу са чланом 8. Конвенције подразумева да држава обезбеди право на контакт у случају да је, било родитељу, било детету, то право ускраћено. Потом, да у одређеним случајевима где постоји право на контакт, као део права на поштовање породичног живота детета и родитеља, омогући уживање тог права, да не дође до престанка контакта. И на крају, да у случају прекида породичног живота, обезбеди да се контакт између детета и родитеља поново успостави.

Међутим, поред питања да ли је право на контакт право родитеља или детета, исто тако се намеће питање да ли је право на контакт обавеза родитеља и детета. Неспорно је да у случају престанка породичног живота једног родитеља и детета, постоји обавеза другог родитеља да омогући одржавање контакта између детета и

⁷⁷³ A. Bainham, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, у R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, стр. 31.

⁷⁷⁴ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 254.

⁷⁷⁵ Тако и М. Алинчић, Д. Храбар, Д. Јаковац-Лозић, А. Кораћ-Граовац, *Обитељско право*, Загреб, 2007, стр. 246.

родитеља. Држава се, такође, јавља као „уговорна“ страна која има обавезу да обезбеди одржавање контакта између детета и родитеља у случају када је дошло до прекида породичног живота између њих.

Три сегмента контакта издвајају се као суштинска: настанак, одржавање и престанак. Питања уређења личних односа родитеља и детета показују се као знатно сложенија за регулисање, у односу на питања поделе заједничке имовине (супружника), издржавања чланова породице или имовинских односа чланова породице, с обзиром на то да је предмет регулисања лични однос чланова породице, а не материјална ствар (имовинско право).

Конвенција о правима детета предвиђа да дете које не живи са једним или оба родитеља, има право на одржавање личних односа са родитељем са којим не живи.⁷⁷⁶ Постоји претпоставка према којој судови сматрају да је одржавање контакта детета и родитеља који не врши родитељско право скоро увек у интересу детета.⁷⁷⁷ Уколико се прихвати став да је право на контакт ексклузивно право детета, родитељ који не врши родитељско право ће остварити контакт са дететом само ако је то у интересу детета.

Имајући у виду да је однос између детета и родитеља централни однос у појму права на поштовање породичног живота, одржавање личних односа детета и родитеља (контакт) условљава да је реч о односу који је у самом центру односа родитеља и детета. Према члану 8. ст. 1. ЕКЉП, родитељ има право на контакт са дететом као саставни део права на поштовање породичног живота. Иако некада неприкосновено, ово право родитеља није суверено. То је јасно већ на основу одредбе члана 8, став 2. који дозвољава, ако је то у интересу детета, да се јавне власти мешају у вршење овог права родитеља. Суд цени интерес свих учесника у поступку и даје процену да ли је мешање оправдано, с обзиром на интересе свих учесника. На тај начин добија на значају тврдња да право на контакт представља и право родитеља. Подразумева се да без одржавања личних односа између родитеља и детета нема ни породичног живота, а самим тим ни права на поштовање породичног живота. Постоје и супротна схватања (*Stephen Gilmore*), да право на поштовање породичног живота не подразумева право на контакт.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ Члан 9. ст. 3. Конвенције о правима детета.

⁷⁷⁷ J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, *Cretney's Family Law*, Oxford, 2008, стр. 590.

⁷⁷⁸ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 243.

Државе се обавезују, на само да законима регулишу право детета на одржавање личних односа са оба родитеља, већ и да усвоје конкретне судске и административне мере којима се осигурава да дете у случају одвојеног живота својих родитеља одржава личне односе са оба родитеља на равноправној основи.⁷⁷⁹ У случају одвојеног живота родитеља, одржавање контакта детета и родитеља који не врши родитељско право помаже да се дете лакше носи са стресним поступком развода брака родитеља.

Пракса ЕСЉП пружа нам одговор да интереси детета неће увек преовладати над интересима родитеља. Благостање детета тумачено у контексту одржавања контакта детета и родитеља који не врши родитељско право новијег је датума, и у супротности са преовлађујућим ставом 70-их година XX века када је сматрано да контакт детета и родитеља који не врши родитељско право није у интересу детета.⁷⁸⁰ Претпоставка да је одржавање личних односа детета и оба родитеља у најбољем интересу детета није увек исправна, посебно имајући у виду конкретне околности породичних односа.⁷⁸¹ Неретко се и ЕСЉП, позивањем на најбољи интерес детета, изјашњавао да услед поремећених односа родитеља, контакт детета и родитеља који не врши родитељско право није могуће остварити. Тако, Суд и тумачи да је одржавање личних односа детета и другог родитеља услед стављања детета у центар међусобног сукоба родитеља штетно по дете. Принцип аутономије субјеката породичних односа може довести до тога да интерес других особа, посебно родитеља, може да преовлада над интересом детета, док такав резултат није могућ применом принципа благостања који искључиво разматра интересе детета. Суд тумачећи принцип благостања узима у обзир само и једино интересе детета, док принцип аутономије води рачуна (и) о интересима других особа. Имајући у виду чињеницу да дете није изоловано од других особа, да живи у сплету односа са другима члановима породице, посебно са родитељима, да је зависно од њих, не сматрамо корисним, пре свега по интересе детета, да се не води рачуна и о интересима других особа. ЕСЉП примењује у већој мери

⁷⁷⁹ Комитет за права детета, Опште смернице за периодичне извештаје од 20. новембра 1996. године; Тако и Т. Brown, R. Alexander, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007, стр. 29.

⁷⁸⁰ S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, *Welfare, Rights, Care and Gender in Family law*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010, стр. 9.

⁷⁸¹ Тако, P. Parkinskon, *Family Law and the Indisolubility of Parenthood*, Cambridge, 2011, стр. 75. и S. Sclater, F. Kaganas, *Contact: Mothers, Welfare and Rights*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 165.

принцип аутономије него принцип благостања и кроз члан 8. Конвенције пружа заштиту праву на поштовање породичног живота који подразумева однос најмање две или више особа, а не самосталан интерес једног члана породице. Примена принципа најбољег интереса детета управо води ка томе да се узму у обзир интереси свих чланова породице, с обзиром на то да је породица окружење у коме се дете васпитава и одгаја. Породицу чине и други чланови поред детета, а неспорно је да благостање детета има примат у односу на све остале чланове породице. Заступамо став да се пред ЕСЈП примењује принцип благостања односа, у коме ће се водити рачуна о интересима свих чланова породице, а где ће благостање детета бити одлучујући, али не и једини елемент о коме ће се водити рачуна.

Иако је ЕСЈП у многим одлукама истицао да су интереси детета одлучујући, претежно су интереси детета сматрани „од суштинског значаја“.⁷⁸² С обзиром на то да је једно од водећих начела члана 8. Конвенције, аутономија чланова породице, поставља се питање да ли ЕСЈП у свим поступцима где се јавља дете (треба да) сматра интересе детета одлучујућим или треба да изврши баланс интереса свих учесника уз посебно признавање интереса детета. У извесној мери, можемо рећи да ЕСЈП у пракси поводом права на поштовање породичног живота, не ставља на пиједестал интерес детета, без разматрања интереса других чланова породице (пре свега родитеља), као што то прокламују међународни акти који регулишу област права детета, пре свега Конвенција о правима детета. Уколико би водећи принцип код права на контакт био благостање детета, то би обавезивало Суд да интересе детета сматра као одлучујуће. Принцип аутономије чланова породице имплицира ширење граница вршења родитељског права и самим тим мању могућност мешања државе, док примат принципа благостања⁷⁸³

⁷⁸² S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, Welfare, Rights, Care and Gender in Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 4.

⁷⁸³ Критика примене принципа благостања своди се на непостојање правне сигурности и чврстих критеријума који се примењују, уз зависност од процене судије. Посебно је тешко применити принцип благостања код контакта родитеља и детета након развода брака, с обзиром на то да се у том случају поклапају интереси родитеља који не врши родитељско право и детета. Интерес родитеља је да има контакт са дететом. Такође, у интересу детета је да има лични однос са оба родитеља. Супротно, родитељ који врши родитељско право, најчешће, нема позитиван однос према повећању контакта детета и другог родитеља.

доводи до сужења граница вршења родитељског права и уважавања искључиво интереса детета.⁷⁸⁴

Породичноправна теорија инсистира на квалитету контакта детета и родитеља, пре него на његовој учесталости. Само ако контакт доводи до остварења благостања детета учесталост се показује као оправдана.⁷⁸⁵ Природа и квалитет контакта, а не сама учесталост контакта, превасходно утиче на благостање детета.⁷⁸⁶ Контакт се првенствено посматра као однос родитеља и детета, али и као резултат односа и учешћа свих чланова породице у циљу очувања постојећих односа родитеља и детета.⁷⁸⁷ Осим код родитеља, питање права на поштовање породичног живота у светлу контакта поставља се и поводом детета и других чланова породице, крвних сродника, тазбинских сродника и особа блиских детету.

Основна проблематика права на поштовање породичног живота и контакта јавља се у вези са остваривањем и одржавањем права на контакт родитеља који не врши родитељско право. Међутим, и родитељ који врши родитељско право може сматрати да услед одржавања контакта другог родитеља и детета долази до повреде његовог права на поштовање породичног живота.⁷⁸⁸ Приликом досуђивања контакта родитеља и детета домаћи судови узимају у разматрање личне односе између родитеља и детета који су претходили разводу брака, као и обим вршења родитељског права који је претходио разводу. Поступак развода брака родитеља треба да прати одржавање контакта детета и родитеља који не живи са дететом.⁷⁸⁹ Уколико не постоји контакт детета и родитеља вршење родитељског права није могуће.

⁷⁸⁴ S. Choudhry, J. Herring, J. Wallbank, Welfare, Rights, Care and Gender in Family Law, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 5.

⁷⁸⁵ J. Dunn, Contact and Childrens Perspectives on Parental Relationships, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 16.

⁷⁸⁶ S. Choudhry, J. Herring, European Human Rights and Family Law, Oxford, 2010, стр. 256.

⁷⁸⁷ L. Trinder, Working and not Working Contact after Divorce, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 405.

⁷⁸⁸ S. Choudhry, J. Herring, European Human Rights and Family Law, Oxford, 2010, стр. 266.

⁷⁸⁹ J. Wallbank, (En)Gendering the Fusion of Rights and Responsibilities in the Law of Contact, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, Rights, Gender, and Family Law, New York, 2010, стр. 105.

1.2. Контакт детета и биолошког оца у случају када није утврђено очинство над дететом

Одбијање контакта биолошког оца и детета уколико није утврђено очинство, а постоји породични живот између оца и детета, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *L. против Холандије*,⁷⁹⁰ ЕСЈП је навео да проста биолошка веза у недостатку додатних правних и фактичких елемената који показују постојање блиске личне везе између родитеља и детета није довољна да би постојао породични живот. Како подносилац никада није покушао да призна очинство над дететом, никада није живео са мајком и дететом, никада није дошло до формирања породичне заједнице, поставља се питање основа за постојање породичног живота. Ипак, са друге стране, дете је рођено у природном, нормалном односу подносиоца и мајке детета, а подносилац је био постављен за старатеља детета,⁷⁹¹ редовно је посећивао дете и мајку, разговарао са мајком о здравственим проблемима детета. У таквом стању ствари, по окончању везе са мајком детета, уз признање чињенице биолошког сродства, постојале су додатне чињенице које су указивале на постојање породичног живота. Стога, ЕСЈП је ускраћивање права на контакт оца са својим дететом сматрао повредом права на поштовање породичног живота. Оправдано је Суд нашао постојање породичног живота, с обзиром на то да иако није постојао заједнички живот оца и детета, према нашем мишљењу, постојање контакта (посећивање детета) довољно је да се у свим сличним случајевима конституише породични живот. Сматрамо да је за настанак права на поштовање породичног живота и права на контакт ванбрачног оца, довољно да је постојао неки облик одржавања личних односа између оца и детета.

⁷⁹⁰ *L. v Netherlands*, пред. бр. 45582/99, пресуда од 1. јуна 2004. године. Подносилац је холандски држављанин чија је дете рођено у ванбрачној вези са мајком детета. Иако родитељи никада нису живели заједно, подносилац је редовно посећивао дете и мајку. Мајка се противила признању детета од стране оца, а отац са друге стране, никада није судским путем признао дете нити је покушао да то учини. Када је престала веза између подносиоца и мајке он је судским путем захтевао да му се призна право на контакт са дететом. Суд је одлучио да подносилац није доказао да постоји блиска лична веза између њега и детета, као и да се веза између њих не може сматрати породичним животом. Одлука је потврђена и од стране Врховног суда. Подносилац се жалио да је ускраћивање контакта између њега и детета довело до повреде права на поштовање породичног живота.

⁷⁹¹ Институт привременог старатеља детета накнадно је укинут у холандском праву.

Одбијање контакта биолошког оца и детета у случају када његово очинство није утврђено, без разматрања да ли би контакт био у интересу детета, али и биолошког оца, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Schneider против Немачке*,⁷⁹² ЕСЉП је навео да однос подносиоца и детета спада у домен породичног живота, иако подносилац није успоставио никакав породични однос са дететом услед противљења мајке детета.⁷⁹³ Он је имао стабилну везу са мајком детета више од годину дана, показао је интересовање за дете, како пре, тако и након његовог рођења, дете је било планирано, подносилац је водио мајку на прегледе поводом трудноће и признао да је отац детета пре дететовог рођења. Домаћи судови су донели одлуку о одбијању контаката између подносиоца и детета без разматрања да ли је контакт у најбољем интересу детета. Судови се нису осврнули на процену да ли интерес подносиоца за контактом може бити претежнији у односу на интересе родитеља детета. Нису разматрани ни разлози услед којих подносилац раније није могао да успостави социјалне и породичне односе са дететом. ЕСЉП није био уверен у тачност тврдње домаћих власти да увек треба дати предност постојању правног очинства у односу на биолошко очинство, позивањем на стабилност породичних односа, с обзиром на то да није увек у интересу детета да живи са правним оцем, а да има другог биолошког оца. Погрешно је сматрати да такав случај треба бити регулисан општом правном претпоставком. У оваквим случајевима процена најбољег интереса детета је од пресудног значаја, што су домаће власти

⁷⁹² *Schneider v Germany*, пред. бр. 17080/07, пресуда од 15. септембра 2011. године. Подносилац је немачки држављанин који је у периоду између маја 2002. године и септембра 2003. године био у вези са удатом женом. Он је тврдио да је биолошки отац детета рођеног марта 2004. године. Отац тог детета је, на основу претпоставке о брачном очинству, муж мајке. Иако су мајка и њен супруг претпостављали да је подносилац биолошки отац детета, они нису хтели да се утврди биолошка истина ради очувања стабилности породице. Након рођења детета подносилац је захтевао од суда да му се омогући контакт са дететом и да добија информације о његовом развоју. Суд је то одбио, наводећи да чак и да је подносилац биолошки отац детета, он не спада у круг особа, попут правног оца и особе која је развила социјалне и породичне везе са дететом, које према немачком закону могу имати право на контакт са дететом. Одлука је потврђена од стране вишег суда, а Уставни суд одбио је жалбу подносиоца. Подносилац се жалио да је одлука домаћих власти да му се ускрати контакт са дететом повредила право на поштовање породичног живота.

⁷⁹³ Извесна истраживања показују да велики број родитеља који не врши родитељско право одустаје од контакта услед опструкције споразума од стране другог родитеља код кога се дете налази, В. Simpson, J. Jessop, P. McCarthy, *Fathers after Divorce*, у А. Bainham, В. Lindley, М. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 204. Наводи се и да запослени очеви, посебно са вишим примањима, имају више контакта са децом него очеви који не раде и немају материјалних средстава.

пропустиле да утврде. На основу тога, ЕСЉП је пресудио да дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Из претходна два случаја можемо приметити да се породични живот код контакта проширује на односе у којима није утврђена биолошка веза оца и детета, већ се она само претпоставља. Заштита је пружена потенцијалном породичном животу, односно намери успостављања породичног живота и то сасвим оправдано, с обзиром на то да противљење мајке контакту оца и детета, онемогућава оца да успостави породични живот са дететом. Тражи се постојање субјективног елемента - посвећености оца детету, или објективног - постојање заједничког живота са мајком детета, било у периоду пре или после рођења детета. Укљученост ванбрачног оца у *de facto* породичне односе условљава постојање породичног живота. Одбијање мајке да дозволи оцу утврђивање правне везе са својим дететом онемогућава оца да оствари право на контакт, али не и право на поштовање породичног живота. ЕСЉП цени и намеру оца да утврди своје порекло у односу на дете. Ако изостане такво активно деловање оца, неће се сматрати да постоји породични живот, са чиме смо сагласни. Следећи критеријум је интерес детета. Суд посматра да ли би контакт био у најбољем интересу детета и стога се контакт посматра из перспективе детета. Одбијање утврђивања биолошког порекла детета, а самим тим и права на контакт детета и оца из разлога очувања стабилности породице, не треба да има превагу над интересима детета за контактом са биолошким оцем. Супротан став значио би да противљење мајке контакту детета и оца, уз закључивање новог брака или ванбрачне заједнице и признања детета од стране новог супружника мајке, онемогућава успостављање права на поштовање породичног живота оца, што сматрамо неправедним решењем.

За постојање породичног живота и признање повреде права на поштовање породичног живота тражи се алтернативно један од два услова: или покушај оца да утврди порекло у односу на дете (субјективни услов) или заједнички живот са дететом, мајком детета или брига о детету (објективни услов). Присуство једног од два услова повлачи постојање породичног живота и права на поштовање породичног живота. Одбијање домаћих власти да омогуће оцу право на контакт са

дететом доводи до повреде права на поштовање породичног живота. И обратно, одсуство оба услова подразумева непостојање породичног живота.

1.3. Противљење родитеља који врши родитељско право контакту детета и другог родитеља

Један од главних циљева савременог породичног права огледа се у настојању да се сачува одржавање личних односа између детета и родитеља који не врши родитељско право.⁷⁹⁴ Развод брака доводи до умањења контакта између родитеља и детета.⁷⁹⁵

Неспровођење права на контакт домаћих власти на адекватном месту и времену у случају противљења родитеља који врши родитељско право, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Gluhaković против Хрватске*,⁷⁹⁶ ЕСЉП је навео да је право на контакт подносиоца и детета утврђено одлуком домаћег суда и да њихов однос спада под породични живот. Члан 8. Конвенције подразумева право родитеља да предузму кораке да се поново споје са својом децом, као и обавезу домаћих

⁷⁹⁴ J. Dewar, Family Law and Its Discontents, International Journal of Law, Policy and Family, Vol. 14, Issue 1, April 2000, стр. 69.

⁷⁹⁵ Наводи се да је чак 35% очева током 90 их година XX века изгубило контакт са својом децом након развода брака, В. Simpson, J. Jessop, P. McCarthy, Fathers after Divorce, у А. Bainham, В. Lindley, М. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 202.

⁷⁹⁶ *Gluhaković v Croatia*, пред. бр. 21188/09, пресуда од 12. априла 2011. године. Подносилац је хрватски држављанин, рођен 1960. године. У јулу 1999. године његова супруга, у то време трудна, напустила је брачну заједницу. Она се породила у децембру 1999. године. У поступку развода брака и вршења родитељског права подносиоцу је досуђено право на контакт са дететом. Он је захтевао да му се омогући да има контакт са дететом сваки четврти или осми дан, будући да ради у Италији три дана у континуитету, а тек четврти дан му је слободан. Из тих разлога подносиоцу је отежано да путује назад у Хрватску тачно одређеног дана у недељи. Домаћи суд није уважио захтев подносиоца и одредио је да се контакт одржава у центру за социјални рад уз надзор трећег лица, с обзиром на то да је психијатар утврдио да подносилац има дијагнозу параноидне психозе. У јулу 2007. године, подносилац је обавештен да контакт са дететом више не може да се обавља у просторијама центра за социјални рад услед недостатка простора. У октобру 2008. године суд је донео одлуку да се контакт између оца и детета обавља једном недељно. У одлуци из марта 2010. године, досуђено је да подносилац може да виђа своје дете једном у току недеље када му то дозвољава пословни распоред на месту где се родитељи договоре. Ипак, обе одлуке суда нису спроведене, прва, из разлога недостатка адекватног простора, а друга, стога што мајка није дозвољавала да се отац и дете састају код подносиоца у стану. Подносилац се жалио да је пропуст домаћих власти да му омогуће уређење контакта са дететом проузроковао да он није видео дете од јула 2007. године, што је довело до повреде права на поштовање породичног живота.

власти да омогуће спајање родитеља и детета.⁷⁹⁷ Ипак, ова обавеза државе није апсолутна и може захтевати примену припремних мера за остваривање контакта родитеља и детета. Међутим, ЕСЈП налази да је обавезивање подносиоца да путује тачно одређеног дана из Италије у Хрватску чинило отежаним одржавање контакта оца и детета. Даље, ЕСЈП наводи да су домаћи судови у свим инстанцама игнорисали реалне околности случаја - запослење подносиоца и недостатак простора за одвијање контакта у центру за социјални рад. Одређено је одвијање контакта у центру за социјални рад без претходног испитивања просторних капацитета те институције. То је резултирало настанком тешкоћа у организацији контакта који се често одвијао у ходнику центра, што је довело до потпуног престанка контакта, почевши од јула 2007. године. Иако је одлуком из 2008. године одређен контакт једном недељно, домаће власти су пропустиле да обезбеде извршење те одлуке остављајући родитељима да се међусобно договоре.⁷⁹⁸ Ценећи наведене доказе, посебно да подносилац није имао контакт са својим дететом од јула 2007. године, ЕСЈП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Позитивне обавезе државе састоје се у томе да се узму у обзир околности родитеља који не врши родитељско право приликом досуђивања облика на који ће остваривати право на контакт са дететом. Објективне околности попут недостатка адекватног простора или удаљености радног места родитеља и његовог распореда рада треба да буду разматране када држава одређује начин и место одвијања личних односа детета и родитеља који не врши родитељско право.

Инсистирање родитеља на принудном довођењу детета ради остваривања права на контакт услед противљења другог родитеља, сматра се противним интересима детета. Ускраћивање права на контакт на основу таквог понашања родитеља није у супротности са Европском конвенцијом о људским правима.

⁷⁹⁷ Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 327.

⁷⁹⁸ О начину уређивања контакта између детета и родитеља који не врши родитељско право у хрватском праву видети, Б. Решетар, Правна заштита права на сусрете и дружење, Осиек, 2011, стр. 232.

У случају *Nuutinen против Финске*,⁷⁹⁹ предмет је утврђивање очинства и право на контакт. У погледу трајања поступка, ЕСЉП је истакао да је дете у време доношења пресуде и ускраћивања права на контакт било старо седам година и да га отац ниједном до тада није видео.⁸⁰⁰ Временски период трајања свих поступака пред домаћим судовима од пет година и пет месеци, био је изузетно дуг и прешао је стандард „разумног рока“. ЕСЉП је закључио да је право на контакт било на снази више од три године пре него што је опозвано. За целокупан наведени период нити једном није био спроведен контакт између оца и детета, установљен судском одлуком.⁸⁰¹ Ипак, ЕСЉП је нашао да је несарадња оца са социјалним

⁷⁹⁹ *Nuutinen v Finland*, пред. бр. 32842/96 пресуда од 27. јуна 2000. године. Подносилац, фински држављанин рођен 1965. године, захтевао је 1993. године да се утврди његово очинство над дететом и да заједнички врши родитељско право са мајком. Након неколико одлагања, његово очинство је утврђено 1995. године и додељено му је право на контакт са дететом. У јуну 1995. године мајци је додељено самостално вршење родитељског права, а оцу право на контакт са дететом у трајању од два сата сваког другог месеца. Ипак, и поред одлуке суда, мајка је одбијала да омогући оцу остваривање права на контакт. Суд је услед неспровођења судске одлуке изрекао више пута новчане казне за мајку, која је и даље одбијала да омогући контакт детета и оца. Суд је нашао да контакт оца и детета, које никад није упознало оца, није у супротности са интересима детета, али да тај контакт треба да буде постепено спроведен и да није пожељно да дете буде присилно доведено на надзиране састанке имајући у виду противљење мајке. Са друге стране, отац је захтевао да дете буде присилно доведено на састанке са њим. У априлу 1998. године на основу извештаја социјалних служби донета је нова судска одлука, да се одбија захтев оца за заједничким вршењем родитељског права, као и да се ускраћује право оца на контакт док дете не буде старије. Жалбе подносиоца на ову одлуку су одбијене. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке о контакту, као и накнадна одлука о ускраћивању контакта довела до повреде права на поштовање породичног живота.

Видети и *Hansen v Turkey*, пред. бр. 36141/97, пресуда од 23. септембра 2003. године, поводом отмице детета и неспровођења контакта у дужем временском периоду. Иначе, питање контакта се по правилу јавља у случајевима отмице детета од стране једног родитеља. Како смо, према структури нашег рада, предвидели да отмица деце буде предмет анализе у посебној целини, контакт и отмица деце биће детаљније обрађени у Глави VI. Ипак, неизбежно је извесно преклапање у целинама (Главама) које су уско повезане.

⁸⁰⁰ Снажно средство у онемогућавању одвијања контакта детета и другог родитеља представља могућност измене одлуке о поверавању детета у случају кршења судског плана контакта. Тешкоће око спровођења плана контакта детета и родитеља у случају развода брака, показују да се поред три основна облика злостављања детета (физичко, емотивно и сексуално), у литератури породичног права наводи и нови четврти облик злостављања детета - злостављање карактеристично за развод брака и контакт родитеља и детета. О томе, Т. Brown, R. Alexander, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007, стр. 99.

⁸⁰¹ Да домаћи судови снажно противљење родитеља који врши родитељско право према контакту детета и другог родитеља ретко санкционишу мером лишења родитељског права или променом одлуке о вршењу родитељског права, J. Herring, *Connecting Contact: Contact in a Private Law Context*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 99. Интерес детета, посебно млађег узраста, наводи се као препрека таквом следу. У неким системима узраст детета наводи се као одлучујући критеријум за вршење родитељског права. У исламским државама (Египат), мајци се поверавају мушка деца млађа од 7 година и женска деца млађа од 9 година, док се старија деца поверавају оцу. Према праву Алжира, ако мајка закључи нов брак губи право на вршење родитељског права. B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 183.

службама, као и његов став према мајци детета током поступка довео до оправданог доношења одлуке о одбијању контакта са дететом док оно не стекне извесну зрелост. ЕСЉП је утврдио да су узимајући у обзир његову агресивну прошлост, финске власти предузеле све неопходне мере да омогуће остваривање контакта детета и оца.⁸⁰² Обавеза државе да омогуће контакт између детета и родитеља није апсолутна, посебно у случајевима када се дете и родитељ не познају, нису остварили личне односе и представљају једно за друго странце.⁸⁰³ Инсистирање оца на принудном довођењу детета, према виђењу ЕСЉП, било је у супротности са интересима детета. ЕСЉП је нашао да су финске власти предузеле све неопходне мере и да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.⁸⁰⁴ Сматрамо да држава треба да предузме све неопходне мере у циљу остваривања досуђеног права на контакт родитеља, посебно када се други родитељ или детеprotиве контакту. Чак ни примена принудних мера против родитеља не треба бити искључена. Међутим, принудне мере против детета нису пожељне и у случају противљења детета потребно је ценити контакт у складу са његовим интересима. Ако се дете снажно и дуготрајно (у периоду од неколико година) противи контакту, а утврди се да контакт није у интересу детета, иако неправдано решење према родитељу коме је досуђено право на контакт, не сматрамо да би требало спроводити принудне мере против детета. У том случају неспровођење контакта не би довело до повреде права на поштовање породичног живота.

Неразматрање досуђивања права на контакт у светлу интереса детета, у случају противљења родитеља који врши родитељско право контакту другог родитеља и детета, повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

⁸⁰² У издвојеном мишљењу у овој пресуди, троје судија истиче да агресивна нарав оца проистиче из ускраћивања приступа детету.

⁸⁰³ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 528.

⁸⁰⁴ О овом случају, G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 97.

У случају *Elsholz против Немачке*,⁸⁰⁵ ЕСЉП је поновио да се породични живот примењује и на друге *de facto* односе ван брака, а не само на брачне односе. Тренутком рођења детета у таквим заједницама долази до успостављања породичног живота, те стога, заједнички живот детета и родитеља представља конститутивни елемент породичног живота, чак и уколико дође до престанка заједнице живота родитеља. Одбијање контакта детета и оца, позивањем на поремећене односе мајке и оца, довело је до мешања у право на поштовање породичног живота.⁸⁰⁶ Суд цени интересе свих страна у поступку, и родитеља и детета, и истиче да је неопходно извршити правичан баланс интереса свих страна у поступку, али да интереси детета могу надвладати интересе родитеља.⁸⁰⁷ ЕСЉП не сматра оправданим образложење домаћих судова да су жеље детета саслушаног пред судом када је имало пет и шест година пресудне, као и то да се услед констатовања да су односи родитеља поремећени није тражио додатни извешај експерта о утицају контакта на благостање детета. На основу свих чињеница, ЕСЉП закључује да подносилац није био укључен у поступак одлучивања у довољној мери. Одбијање додатног саслушања оца пред судом и онемогућавање подношења извештаја психолога, довело је до повреде права на

⁸⁰⁵ *Elsholz v Germany*, пред. бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1947. године. Он је отац ванбрачног детета рођеног 1986. године. Подносилац је живео са мајком детета и њеним старијим сином из претходне заједнице, од 1985. године до јуна 1988. године, када се мајка одселила из породичног дома са децом. На саслушању пред социјалном службом у децембру 1991. године дете је изјавило да више не жели да има контакт са оцем. У децембру 1992. године суд је одбио захтев оца да досуди право на контакт, уз образложење да би то било у супротности са благостањем детета. Поновљени захтев оца суд је одбио са образложењем да су односи подносиоца са мајком детета толико поремећени да не би било могуће спровести право на контакт. Према налазу вештака, уколико би дете проводило време са оцем упркос противљењу мајке, то би довело до конфликта лојалности што би неповољно утицало на развој и благостање детета. Суд је том приликом истакао да није релевантно који је родитељ одговоран за њихов напет однос. Суд је 1994. године поновио да контакт детета и оца не би био у интересу детета посебно стога што је већ две и по године контакт прекинут, као и да није битна чињеница ко је за то одговоран, већ само то да контакт није у интересу детета. Подносилац се жалио да је пропуст досуђивања права на контакт довео до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

⁸⁰⁶ Одржавање личних односа родитеља који не врши родитељско право и детета показује се као зависно од односа родитеља који врши родитељско право и детета, као и од односа између родитеља детета. Тако, J. Herring, *Connecting Contact: Contact in a Private Law Context*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 90; L. Trinder, *Working and not Working Contact after Divorce*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 396; J. Bridgeman, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007, стр. 231.

⁸⁰⁷ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 493.

поштовање породичног живота.⁸⁰⁸ У складу са нашим коментаром пресуде *Niutinen против Финске*, сматрамо да је у случају противљења родитеља контакту детета и другог родитеља, као и противљења детета, најпре, потребно утврдити да ли је контакт у интересу детета, и да ли родитељ који има право на контакт штетно делује на благостање детета.⁸⁰⁹ Само ако се кумулативно утврди да контакт није у интересу детета и да родитељ коме је признато право на контакт штети благостању детета, или не поступа у складу са препорукама социјалне службе, оправдано је да противљење детета нема за последицу предузимање принудних мера.

Неспровођење судске одлуке о контакту детета и родитеља услед противљења другог родитеља, као и непредузимање санкција и принудних мера против родитеља који спречава контакт, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Eberhard и М. против Словеније*,⁸¹⁰ ЕСЉП је истакао да позивне обавезе државе подразумевају да се предузму мере у циљу поновног спајања родитеља и детета у случају одвојеног живота. И у овој области цени се хитност

⁸⁰⁸ Видети случај *Holdry v. Germany*, пред. бр. 29565/95, пресуда од 12. јануара 1999. године. Предмет је контакт оца са децом након развода брака. Подносилац, држављанин Француске, закључио је 1986. године брак у Француској са немачком држављанком са којом је добио двоје деце рођене 1986. и 1989. године. Неколико година након тога, 1992. године, оба супружника поднели су захтеве за развод брака пред немачким и француским судовима. Немачки суд доделио је родитељско право мајци, а француски суд оцу. Деца су након престанка заједнице својих родитеља живела са мајком у Немачкој. Отац је поднео захтев суду у Немачкој да деца бораве код њега током школских распуста. Суд је то одбио са образложењем да постоји опасност да отац не врати децу мајци. Подносилац се жалио да је одлука немачких власти да му ускрате право на контакт са децом повредила право на поштовање породичног живота. ЕСЉП је истакао да су немачки судови имали у виду интерес и благостање детета на основу понашања родитеља током бракоразводног поступка. Домаћи судови су пажљиво разматрали супротстављене интересе и нашли да је подносилац у довољној мери био укључен у судски поступак одлучивања о вршењу родитељског права. Током поступка деца су била саслушана и узет је у разматрање извештај психолога. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

⁸⁰⁹ О томе да су у овој пресуди интереси родитеља превагнули над интересима детета, Д. Јаковац-Лозић, Сусрети и дружења детета с одвојеним родитељем у пресудама Европског суда за људска права, Зборник Правног факултета у Загребу 55 (3-4)/2005, стр. 921.

⁸¹⁰ *Eberhard and M. v Slovenia*, пред. бр. 8673/05 и 9733/05, пресуда од 1. децембра 2009. године. Подносилац је словеначки држављанин чија је супруга у априлу 2001. године напустила породични дом и одвела њихово дете (другог подносиоца). Супруга је поднела захтев за развод брака. Њој је најпре привремено, а затим и коначно, додељено самостално вршење родитељског права. Отац је поднео захтев за остваривање права на контакт, што му је одобрено у октобру 2002. године. Међутим, мајка се није повинувала тој судској одлуци и одбила је да дозволи оцу право на контакт са дететом. Производ опструисања контакта су многобројне изречене казне за мајку, али и поред тих казних мера, подносилац није видео своје дете све до маја 2006. године. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке о контакту између њега и детета повредило право на поштовање породичног живота.

спровођења мера с обзиром на то да протек времена може довести до непоправљивих последица. ЕСЉП је нашао да су домаће власти утврдиле да је у интересу детета да одржава контакт са оцем. Упркос таквој одлуци суда, мера контакта није спроведена од октобра 2002. године све до маја 2006. године услед противљења мајке.⁸¹¹ Изречене казне нису оствариле никакав ефекат с обзиром на то да никада нису спроведене. Додатно, никакве друге мере нису предузете у погледу одбијања мајке да се оствари контакт - нити принудне, нити припремне мере у циљу остваривања контакта детета и оца. Неуважавање интереса детета, уз протек времена у коме отац није видео дете више од четири године, довели су до тога да ЕСЉП нађе повреду права на поштовање породичног живота. Сасвим смо сагласни да у свим случајевима када родитељ одбија да дозволи контакт детета и другог родитеља, треба применити принудне мере против родитеља који спречава контакт. Додатно, сматрамо да одбијање контакта и поред опомене од стране суда треба да има за последицу измену одлуке о вршењу родитељског права. У супротном, као у овом случају, протек времена доводи до отуђења детета и родитеља који не врши родитељско право, а затим и до фактичке и правне немогућности остваривања права на контакт.

У случају *Zawadka против Пољске*,⁸¹² ЕСЉП је истакао да обавезе домаће државе подразумевају усвајање мера у циљу поштовања породичног живота између појединаца.⁸¹³ Затим је навео да иако на страни државе постоји обавеза спајања детета и родитеља, ова обавеза није апсолутна. Постизање споразума подносиоца са мајком детета говори да у једном временском периоду није било

⁸¹¹ Некада противљење мајке досуђеном контакту детета и оца који је у затвору резултира притварањем мајке на шест месеци затвора, *A v N* (1997) 1 FLR 553. Овако драстична мера у каснијим пресудама, *Pe F* (1998) 1 FLR 691 и *Re L* (2000) 2 FCR 42 замењена је мером породичне терапије.

⁸¹² *Zawadka v Poland*, пред. бр. 48542/99, пресуда од 23. јуна 2005. године. Подносилац је пољски држављанин чије је дете рођено 1994. године у његовој брачној заједници са мајком детета. Заједница родитеља престала је 1996. године. Док је отац био у иностранству мајка је напустила породични дом и забранила оцу контакт са дететом. Отац је накнадно отео дете од мајке и одвео га у његов дом. Након многобројних захтева пред судовима за додељивањем самосталног вршења родитељског права од стране оба родитеља, супружници су у новембру 1996. године постигли споразум да дете живи код мајке а да неколико дана током једног месеца борави код оца. Мајка није испоштовала овај споразум и забранила је контакт оца и детета, а потом је отац поново одузео дете од мајке у мају 1997. године. С обзиром на то да се отац није повиновао одлуци суда да врати дете мајци, суд га је у јуну 1998. године лишио родитељског права. У августу 1998. године отац је вратио дете мајци. У мају 2000. године мајка је напустила земљу и отишла са дететом у Лондон. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке о контакту са дететом и касније одвођење детета у другу државу довело до повреде права на поштовање породичног живота.

⁸¹³ R. Probert, Cretney and Probert's Family Law, london, 2009, стр.16.

обавезе домаћих власти да помогну подносиоцу у остваривању његовог права.⁸¹⁴ Ипак, одлука о ограничавању његових родитељских права, изазвана отмицом детета, није била оправдана с обзиром на то да није било основа да се контакт оца са дететом сматра противним интересима детета.⁸¹⁵ Несарадња мајке око остваривања контакта између детета и оца није резултирала предузимањем принудних мера домаћих власти против мајке. Подносилац се више пута неуспешно обраћао за помоћ, али ниједан судски старатељ, као надлежни орган домаће државе, није пристао да му помогне. Чак је и његов захтев за спречавањем одвођења детета у иностранство остао без ефекта. Пасош је издат детету и мајка је одвела дете у Лондон. ЕСЉП је нашао да родитељско право подносиоца ниједном није доведено у питање и да је трајан губитак контакта са својим дететом резултат пропуста позитивне обавезе домаћих власти да оцу омогуће вршење родитељског права и контакта са својим дететом. Сарадња и разумевање свих страна у поступку има одлучујући значај за одвијање контакта. Последично, ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.⁸¹⁶

⁸¹⁴ Указује се на потребу одређивања чврстих критеријума који би обавезивали мајке да спроводе судски споразум о одржавању контакта између детета и оца, Н. Rhoades, *Concluding Thoughts: The Enduring Chaos of Family Law*, у J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender and Family Law*, New York, 2010, стр. 278; Екстремни примери говоре да су мајке кажњаване казном затвора услед непоштовања судских одредби о контакту детета и оца - случај *A v N* (1997) 1 FLR 533, у коме је мајка и поред ДНК теста који је утврдио биолошку везу детета и оца спречавала контакт између њих. Мера затворске казне у енглеском законодавству стоји као *ultimum remedium* за родитеља који врши родитељско право и спречава личне односе детета и другог родитеља, К. Mueller-Johnson, *Supporting Conflicted Post-Divorce Parenting*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 107. Целисходније решење у случају ускраћивања контакта од стране мајке огледа се у досуђивању судске мере породичне терапије, В. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 171.

⁸¹⁵ Супротно ставовима судова да контакт није противан интересима детета у случају када је родитељ који не врши родитељско право оптужен за поседовање педофилне литературе, сматрамо да у таквим случајевима има мало аргумената за досуђивање контакта. О томе, S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 257.

⁸¹⁶ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 100.

У случају *Cengiz Kilic против Турске*,⁸¹⁷ ЕСЉП је на почетку навео да према члану 8. Конвенције родитељи имају право на предузимање мера да се поново споје са својом децом, а домаће власти обавезу да спроведу те мере. ЕСЉП је навео да се подносилац у периоду од 2005. до 2008. године десет пута обраћао суду ради омогућавања контакта са дететом и обавештавања надлежних власти да мајка детета не дозвољава контакт са дететом. У периоду од две године подносилац није имао никакав контакт са дететом. Психолошка процена родитеља обављена је тек 2008. године, више од седам година након покретања поступка развода брака. У том извештају експерта наведено је да отуђеност детета од оца и одбијање детета да види оца, представља резултат протеклог времена у коме дете и отац, или нису имали никакав контакт, или је остварени контакт био неадекватан.⁸¹⁸ Према виђењу ЕСЉП, нема показатеља да је домаћи суд покушао да спроведе извршење судске одлуке о контакту. У светлу поремећених породичних односа мајке и оца, свакако је јасно да ни ангажовање суда на добровољном извршењу контакта не би било довољно, али и поред тога, домаћи суд није предузео ниједну санкцију против мајке детета осим једне симболичне мере да је дужна да дозволи контакт. Тиме се противправно понашање једног

⁸¹⁷ *Cengiz Kilic v Turkey*, пред. бр. 16192/06, пресуда од 6. децембра 2011. године. Подносилац је турски држављанин који из брака са супругом има дете рођено 2001. године. Он је поднео у новембру 2001. године захтев за развод брака, вршење родитељског права и одређивање права на контакт са дететом, али је суд одбио да разведе брак, наводећи да се против подносиоца води поступак за насиље у породици. Као привремена мера мајци је додељено вршење родитељског права, док је оцу признато право на контакт са дететом једном у току месец дана. Мајка је спречавала оца да оствари право на контакт. Подносилац се 2005. године обратио суду да му се омогући право на контакт са дететом, што је суд усвојио тек у септембру 2006. године. Захтев за разводом брака је одбијен у децембру 2005. године. У септембру 2008. године усвојен је предлог подносиоца за развод брака. Родитељско право је додељено мајци а оцу је признато право на контакт. Подносилац се жалио да је пропуст домаћих власти да му омогуће остваривање утврђеног права на контакт довео до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

⁸¹⁸ Ускраћивање контакта између родитеља и детета сматрамо оправданим у два случаја: постојања било какве врсте емотивног, физичког или сексуалног угрожавања детета од стране тог родитеља и у случају постојања насиља у породици. У случају постојања сумње или доказа о угрожавању права детета досуђује се надзирани контакт. У Немачкој социјални радници који надзиру контакт наводе велики број породица са оптужбама за физичко, сексуално насиље и отмицу детета, М. Maclean, К. Mueller-Johnson, Supporting Cross-Household Parenting: Ideas about the "Family", Policy Formation, and Service Developments accros Jurisdictions, у А. Bainham, В. Lindley, М. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 127. Постоје и другачија истраживања која говоре да у Аустралији очеви злостављају децу само у 2% случајева, као и да у САД мајке физички злостављају своју децу у 62% пријављаних случајева, В. Geldof, The Real Love that Dare Not Speak its Name, у А. Bainham, В. Lindley, М. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 195; О томе да судови у случају утврђивања злостављања детета пре досуђују надзирани контакт него што ускраћују контакт у потпуности, Т. Brown, R. Alexander, Child Abuse and Family Law, Crows Nest, 2007, стр. 45.

родитеља није санкционисало. ЕСЉП се позвао на Препоруку бр. Р (91) 1 Комитета министара Савета Европе, указујући на недостатак националног законодавства које не предвиђа поступак медијације у случају постојања сукоба супружника. У складу са наведеним пропустима домаћих судова, ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота. Пракса Суда поводом спречавања контакта детета и родитеља од стране родитеља који врши родитељско право је уједначена и, уз нашу сагласност, повреда права на поштовање породичног живота се утврђује уколико се пропусти да се предузму принудне мере против родитеља.

Пропуст спровођења судске одлуке о контакту и непредузимање принудних мера против родитеља који спречава контакт детета и другог родитеља не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Glaser против Уједињеног Краљевства*,⁸¹⁹ Суд је подвукао да позитивна обавеза домаћих власти да омогуће контакт између детета и родитеља који непосредно не врши родитељско право након развода брака, није апсолутна. Примена принуде у случају противљења родитеља контакту треба да буде ограничена, с обзиром на то да интереси свих страна у поступку требају бити узети у обзир. Главна препрека оставаривању контакта између деце и оца било је противљење мајке. У таквим случајевима противљења једног родитеља треба водити рачуна о интересима деце, имајући у виду то да принудне мере могу бити у супротности са њиховим интересима и довести до проблема у развоју деце. Члан 8. Конвенције подразумева учешће родитеља у поступку одлучивања о питањима везаним за њихову децу. Са друге стране, домаће власти одговорне су за брзину спровођења одлука у којима се одлучује о правима из Конвенције. ЕСЉП не сматра да су судови били дужни да спроведу принудно извршење

⁸¹⁹ *Glaser v United Kingdom*, пред. бр. 32346/96, пресуда од 19. септембра 2000. године. Подносилац представке, британски држављанин, закључио је брак 1979. године и добио троје деце рођене 1982, 1984. и 1985. године. Он се развео са супругом 1993. године и утврђено му је право на контакт са децом. Подносилац није могао да оствари право на контакт са своја три детета услед противљења бивше супруге. Суд је у јуну 1995. поново утврдио право оца на контакт, али је услед противљења супруге процењено да би присилно спровођење контакта било у супротности са интересима деце. Супруга се накнадно са децом преселила у Шкотску и није доставила оцу нову адресу пребивалишта деце. У мају 1997. године донета је нова мера према којој отац има право на контакт са децом, али само уз сагласност супруге. Упркос изреченим мерама подносилац је имао контакт са децом само неколико пута и то посредством трећих особа. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке о контакту са децом довело до повреде права на поштовање породичног живота.

одлуке о контакту деце и оца. Кратак временски интервал у коме је суд доставио оцу нову адресу становања деце, упркос противљењу мајке, није угрозио право оца на контакт. Немогућност лоцирања породице и принудног спровођења судске мере о контакту у потпуности је резултат противљења мајке деце, те стога, домаће власти нису могле да примене строже мере имајући у виду сложеност породичне ситуације. Од суштинског значаја је да се случајеви око вршења родитељског права и контакта са децом решавају у складу са начелом хитности.⁸²⁰ ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.⁸²¹ Сматрамо да је Суд у овом случају неоправдано одступио од праксе у случајевима *Cengiz Kilic, Eberhard и M и Zawadka*, и да је требало утврдити повреду права. Судови нису изrekli нити једну принудну меру против мајке која је спречавала контакт, иако су на то били обавезни. Чак је мајка променила пребивалиште деце, а да није обавестила оца, а ни тада није изречена нити једна санкција против ње. Позивање да је контакт, услед противљења деце, противан њиховим интересима, не треба да утиче на обавезу домаће државе да предузме принудне мере. Сматрамо да предузимање принудних мера и утврђивање контакта противним интересима детета не треба да буду повезани. Обавеза државе јесте да цени да ли је контакт у интересу детета, али исто тако је обавеза и да предузме принудне мере и да измени одлуку о вршењу родитељског права у случају константног и дугорајног противљења родитеља.

У случају противљења родитеља који врши родитељско право контакту детета и другог родитеља, одбијање да се досуди контакт позивањем на најбољи интерес детета, као и несаслушање детета пред судом, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

⁸²⁰ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 97.

⁸²¹ P. Booth, "It's a Wise Man (Sic) who Knows His Own Father... " - *Fatherhood's "Human Right" Recognised: The Unmarried Father and English Law*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 109.

У случају *Sahin против Немачке*,⁸²² ЕСЉП је приметио да подносилац није био онемогућен да изнесе своје аргументе и да је имао приступ свим потребним информацијама. ЕСЉП је имајући у виду тензије између родитеља и пропале покушаје спровођења породичне терапије, сматрао да интереси детета имају приоритет, као и да интереси детета у конкретном случају преовлађују над интересима оца. Одлука домаћег суда заснована је на сведочењима родитеља, детета и мишљењу експерта. Сувишно је очекивати од суда да је обавезан да у свим поступцима права на контакт родитеља који не врши родитељско право саслуша мишљење детета пред судом.⁸²³ Могућност саслушања детета зависи од година и зрелости детета. На основу тога, ЕСЉП је сматрао да је постојало довољно материјала да суд донесе одлуку и није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Када је у питању разликовање разведених очева и очева ванбрачне деце, ЕСЉП је утврдио да постоји различито третирање које није оправдано. Ванбрачним очевима постављен је терет доказивања да је контакт у најбољем интересу детета и они су у потпуности зависни од става мајке детета према контакту, док то није случај са разведеним очевима. Нађена је повреда члана 14. Конвенције. ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.⁸²⁴ Као и у претходним пресудама сматрамо да је Суд требало

⁸²² *Sahin v Germany*, пред. бр. 30943/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац ванбрачног детета рођеног 1988. године. Отац је признао дете и посећивао га до октобра 1990. године, од када је мајка забранила сваки даљи контакт између њих. Захтев подносиоца за остваривањем права на контакт одбијен је од стране суда, уз образложење да у складу са законом само особа која врши родитељско право над ванбрачним дететом може да дозволи оцу право на контакт. Са друге стране, суд може досудити право на контакт само ако је то у интересу детета. У складу са тим, наведено је да иако је отац мотивисан искреном намером, контакт не би био у интересу детета с обзиром на то да се мајка томе снажно противи. Суд је уважио мишљење психолога који је након саслушања детета, мајке и оца, истакао да право оца на контакт не би било у интересу детета, као и да се не препоручује саслушање пред судом детета, старог пет година. Жалба подносиоца на наведену одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да није у довољној мери био укључен у поступак одлучивања, да суд није саслушао дете те је тиме повређено његово право на поштовање породичног живота. Он се такође жалио на повреду члана 14. Конвенције - да у оквиру немачког права постоји дискриминација ванбрачних у односу на разведене очеве када је у питању право на контакт са децом.

У случајевима *Sahin u Sommerfeld* ЕСЉП се позвао на члан 12. Конвенције о правима детета поводом утврђивања у ком обиму дете може да учествује у поступку остваривања контакта, као и колика се тежина даје мишљењу детета, Н. Stalford, *Children and the European Union*, Oxford, 2012, стр. 38.

⁸²³ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 101.

⁸²⁴ U. Kilkelly, *Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 354; J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009, стр. 59; P. Booth, "It's a Wise Man (Sic) who Knows His Own Father..." - Fatherhood's "Human Right" Recognised: The Unmarried Father and English Law, у P.

да утврди повреду права на поштовање породичног живота поводом пропуста примене принудних мера против мајке детета. Сасвим одвојено питање је да ли би се дете противило контакту и након примене принудних мера. Уколико би се и након тога утврдило да контакт није у интересу детета, одбијање контакта не би било противно Конвенцији.

Примена принудних мера против родитеља који спречава контакт детета и другог родитеља које немају за резултат остваривање контакта, не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Kallo против Мађарске*,⁸²⁵ Суд је истакао да обавеза домаћих власти да омогуће контакт детета и родитеља који непосредно не врши родитељско право није апсолутна, с обзиром на то да се интереси свих страна имају узети у обзир, посебно имајући у виду интересе деце. То је посебно наглашено у случајевима када постоји снажно противљење мајке и деце тако да власти имају сужену могућност принудног спровођења контакта. Чињеница да су власти више пута максималном законском казном кажњавале мајку, да су омогућавале оцу да током лета 1995. године оствари контакт, да су током 1996. године доносиле привремене мере којим су му омогућиле право на контакт, говоре у прилог да су предузете све могуће мере да се оствари контакт оца и деце. На основу тога није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Не сматрамо да по правилу примена принудних мера против родитеља треба да доведе до остваривања контакта. Уколико се и поред примене мера дете и даље противи контакту, немогућност остваривања контакта не би довело до повреде права.

Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 109; H. Danelius, *Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 158.

⁸²⁵ *Kallo v Hungary*, пред. бр. 70558/01, пресуда од 14. октобра 2003. године. Подносилац је мађарски држављанин који од 1993. године не живи у заједници са супругом која је 1994. године поднела захтев за развод брака. Њихово троје деце остало је да живи са мајком, а отац је посећивао децу. Након што је мајка забранила оцу контакт, суд је 1996. године донео привремену меру којом омогућава оцу да виђа децу. Ипак, до контакта није дошло, делом услед противљења мајке, а делом с обзиром на то да су деца одбијала да виђају оца. Мајка је више пута кажњавана за непоштовање одлуке о контакту између деце и оца. У фебруару 1999. године њихов брак је разведен, родитељско право додељено је мајци, док је оцу утврђено право на контакт. Жалбе оца на ову одлуку суда су одбијене. Подносилац се жалио да је недовољна активност домаћих власти поводом омогућавања контакта са децом довела до повреде права на поштовање породичног живота.

Према неким схватањима право на контакт родитеља који не врши родитељско право има своју основу у обавези родитеља који врши родитељско право да омогући контакт детета и родитеља. Оваквом ставу се приговара да се у том случају не ради о праву родитеља на контакт, већ о обавези другог родитеља да се не спречава контакт. Међутим, у случају противљења родитеља који врши родитељско право контакту, инсистирање родитеља који не врши родитељско право на принудном довођењу детета може бити противно интересима детета, што повлачи да неспровођење контакта у дужем периоду времена не представља повреду права на поштовање породичног живота. Ипак, неспровођење контакта, уколико је контакт одређен судском одлуком, било као привремена мера, или у оквиру пресуде о разводу брака и вршењу родитељског права, ствара одговорност домаће државе пред ЕСЈП и повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Такође, непредузимање принудних мера против родитеља који одбија спровођење мере контакта детета и другог родитеља доводи до одговорности домаће државе. Неспровођење контакта и непредузимање принудних мера уз протек времена у ком родитељ није видео своје дете доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Са друге стране, приметна је контрадикторност да непредузимање принудних мера може бити и у складу са интересима детета. Тада непредузимање принудних мера и неспровођење контакта не доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Интерес детета узима се као пресудни критеријум.

На основу праксе ЕСЈП поводом спровођења одлука везаних за контакт родитеља и детета, постоји неколико принципа које Суд примењује: заједнички живот родитеља и детета је конститутивни елемент породичног живота; спорови се воде у складу са начелом хитности да протек времена не би довео до потпуног прекида породичног живота; обавеза је домаћих власти да предузму све мере, укључујући и сарадњу међу родитељима, да се омогући спровођење права на контакт; обавеза домаћих власти је да се родитељ саслуша пред судом; обавеза домаћих власти је да примене принудне мере, како против родитеља, тако и против детета; примена принудних мера треба да буде ограничена, имајући у виду интересе свих страна; претежни значај при одређивању и спровођењу контакта

поклања се интересима детета.⁸²⁶ Не бисмо се у потпуности сложили са условом да постоји обавеза предузимања принудних мера и против детета, с обзиром на то да је ЕСЈП пресуђивао да се изричито и констатно противљење детета сматра довољним разлогом за одбијање права на контакт (*Sommerfeld против Немачке, Nekvedevicius против Немачке, Suss против Немачке, С. против Финске, Kaleta против Пољске*).

1.4. Неспровођење контакта и утврђивање повреде права на поштовање породичног живота од стране домаћих судова

Утврђивање повреде права на поштовање породичног живота од стране домаћег суда у случају противљења мајке контакту оца и детета и немогућности оца да оствари контакт, исцрпљује утврђивање повреде права на поштовање породичног живота пред ЕСЈП.

У случају *М. А. против Уједињеног Краљевства*,⁸²⁷ ЕСЈП је навео да признање Врховног суда да је било повреде права на поштовање породичног живота, говори о недостацима домаћег система и исцрпљује потребу за утврђивањем повреде када је иста већ утврђена пред домаћим судом.

У случају *Lück против Немачке*,⁸²⁸ ЕСЈП је утврдио да је одлука Уставног суда јасно утврдила да је дошло до кршења права на поштовање породичног

⁸²⁶ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 253.

⁸²⁷ *M. A. v United Kingdom*, пред. бр. 35242/04, пресуда од 26. априла 2005. године. Подносилац је држављанин Уједињеног Краљевства, отац детета рођеног у браку. Након развода са супругом подносилац је судском одлуком добио право на контакт које није могао да оствари наредних пет година услед противљења мајке детета. Иако је утврђено да је отац подобан и брижан родитељ, константно и потпуно противљење мајке довело је до отуђења детета од оца и немогућности да се оствари њихов контакт. Подносилац је повукао предлоге за одвијањем непосредног контакта и прихватио посредан контакт са дететом. Врховни суд је утврдио да се отац с правом осећа изневереним у правосудни систем који у периоду од пет година није могао да спроведе његово право на контакт са дететом. Констатовано је да приступ домаћих судова није уважио стандарде права на поштовање породичног живота из ЕКЈП. На крају, оцу је издато јавно извињење од стране суда за пропусте у поступку. Подносилац се жалио да је онемогућавањем одвијања контакта повређено право на поштовање породичног живота.

⁸²⁸ *Lück v Germany*, пред. бр. 58364/00, пресуда од 15. маја 2008. године. Подносилац је немачки држављанин, биолошки отац детета рођеног 1989. године. Мајка је у време рођења детета била у браку са другим мушкарцем. Током 1991. године она је најпре ограничила контакт који се одвијао између детета и подносиоца, а од марта 1993. године и у потпуности забранила контакт. Подносилац се обратио суду са захтевом да досуди контакт између њега и детета, али је суд то одбио, с обзиром на то да је дете рођено у браку мајке и њеног супруга. Суд је навео да није потребно саслушати дете или добити налаз вештака, с обзиром на то да би то довело до подривања већ успостављеног породичног живота. Подносилац се 1996. године обратио Уставном суду који је

живота, те да у таквом стању није потребно да се Суд изјашњава поводом кршења права на поштовање породичног живота.

На основу ових пресуда предлажемо да домаћи судови у складу са обавезом примене ЕКЉП у нашем правном систему и чланом 2. Породичног закона могу да утврде да је поступањем домаћих власти дошло до повреде права на поштовање породичног живота, чиме би се отклонила могућност вођења поступка пред ЕСЉП и евентуално утврђивања повреде права на поштовање породичног живота.

1.5. Противљење детета контакту са родитељем

Одбијање контакта између оца и детета услед константног противљења детета не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Sommerfeld против Немачке*,⁸²⁹ Суд је подвукао да у случајевима противљења детета није оправдано досудити принудан контакт детета и родитеља. Континуирано дугогодишње противљење детета да виђа оца показује да би присиљан контакт довео до емотивне и психолошке штете по дете. Експлицитна изјава воље детета није повлачила обавезу суда да прибави ново мишљење експерта. Суд није увек у обавези да прибави мишљење експерта, већ то зависи од околности случаја, година и зрелости детета.⁸³⁰ Изјава воље и саслушање детета има већи значај него процена од стране психолога. Велико веће

у својој одлуци из априла 2003. године одлучио да је било повреде права подносиоца и да се предмет врати на одлучивање првостепеном суду. Када је поступак поново отпочео, ћерка подносиоца, тада узраста 15 година, одбила је контакт са оцем. Подносилац се жалио да је одбијање судова да му омогуће контакт са дететом довело до повреде права на поштовање породичног живота.

⁸²⁹ *Sommerfeld v Germany*, пред. бр. 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године. Подносилац је немачки држављанин, отац детета рођеног ван брака 1981. године. Он је признао очинство у односу на дете и живео са детом и мајком до престанка заједнице, 1986. године, када је мајка забранила сваки контакт оца са дететом. Отац је 1990. године поднео захтев за остваривање права на контакт, али је социјална служба доставила мишљење против досуђивања контакта, са образложењем да би то неповољно утицало на дете које је већ изградило односе са својим очухом. У јуну 1991. године дете је пред судом изјавило да не жели да одржава контакт са оцем. У априлу 1992. године нов извештај психолога био је против досуђивања контакта детета и оца. Након тога, подносилац је повукао предлог за остваривањем контакта. Међутим, отац поново подноси исти предлог у септембру 1993. године. Након што је дете, тада старо 13 година, поновило да не жели контакт са оцем, суд је констатовао да контакт не би био у најбољем интересу детета и одбио је предлог подносиоца. Жалба подносиоца на ову одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука домаћег суда да му ускрати контакт са дететом довела до повреде права на поштовање породичног живота.

⁸³⁰ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, стр. 418.

је пресудило да је одбијање 13-годишњег детета било довољно да домаћи суд не саслушава дете.⁸³¹ Подносилац је био у довољној мери укључен у поступак одлучивања и били су му доступни сви потребни подаци. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. Исто као у случају *Sahin*, утврђена је повреда члана 14. Конвенције у погледу дискриминације ванбрачних очева у односу на брачне очеве и контакт са децом. Не сматрамо да би присилно спровођење контакта услед константног противљења детета било у интересу детета. Немогућност остваривања права на контакт у том случају, и поред тога што није правично решење према родитељу који не врши родитељско право, не доводи до повреде.

У случају *Suss против Немачке*,⁸³² Суд је утврдио да, иако је одлука домаћих власти да му не дозволе контакт резултат противљења мајке и детета, на крају је, имајући у виду најбољи интерес детета, оправдано дат пресудан значај чврстој жељи детета да нема контакт са оцем. Резултат одлуке суда је узрокован постојањем напетих односа међу родитељима које су пренети на дете, што је резултирало противљењу детета да има контакт са оцем. Та чињеница је била пресудна за ЕСЉП да не нађе повреду права на поштовање породичног живота. Слично је ЕСЉП поступио и у случају *Nekvedevicius против Немачке*.⁸³³

У случају *С. против Финске*,⁸³⁴ одбијање досуђивања контакта услед противљења деце која се налазе код хомосексуалног партнера родитеља не представља повреду права на поштовање породичног живота. ЕСЉП је истакао да упркос нетрпељивости између подносиоца и партнерке мајке није утврђено да отац није подобан да врши родитељско право нити да интереси детета нису били подносиоцу на првом месту. Домаћи судови су доделили вршење родитељског права партнерки мајке имајући у виду да су негативни ставови деце према њему

⁸³¹ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 100.

⁸³² *Suss v Germany*, пред. бр. 40324/98, пресуда од 10. новембра 2005. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1940. године, чија је заједница са супругом престала 1989. године када је она са заједничким дететом напустила породични дом. Родитељи су се у почетку договорили да отац има право на контакт са дететом, али је накнадно током бракоразводног поступка мајка добила вршење родитељског права, а оцу није признато право на контакт на основу извештаја психолога који је навео да дете не жели да има контакт са оцем. Накнадно је и мајка забранила оцу контакт и он је дете видео последњи пут у новембру 1992. године. Дете је постало пунолетно 2002. године. Подносилац се жалио да је одлука суда да му се не призна право на контакт довела до повреде права на поштовање породичног живота.

⁸³³ *Nekvedevicius v Germany*, пред. бр. 46165/99, пресуда од 19. јуна 2003. године.

⁸³⁴ *C. v Finland*, пред. бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године.

результат утицаја партнерке мајке. ЕСЈП је најпре истакао да је одлука Врховног суда да се додели родитељско право партнерки мајке на основу мишљења и жеља деце била заснована на довољним разлозима. Међутим, ова одлука осим жеља деце није уважила и друге чињенице, као што су право оца, као родитеља, на вршење родитељског права и на контакт, одржавање усменог саслушања странака, подношење мишљења експерата. Мишљење деце имало је карактер вета на одлуку о додељивању родитељског права оцу. Одлука домаћих власти о ускраћивању контакта донета је под утицајем партнерке мајке и тиме неоправдано лишила оца одржавања личних односа са својом децом. Омогућено је да партнерка мајке манипулацијом деце стекне вршење родитељског права. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота поводом вршења родитељског права, али не и повреда права на поштовање породичног живота поводом контакта, с обзиром на то да је ЕСЈП нашао да су се деца снажно противила контакту са оцем без присуства партнерке мајке, а да је отац одбио да се контакт одвија у њеном присуству. На основу ове одлуке ЕСЈП проистиче обавеза домаћих власти да и у случају противљења деце старијег узраста, цени и друге околности посебно када долази до сукоба више супротстављених интереса. Противљење деце не може бити самостални и једини разлог за одбијање досуђивања контакта са родитељем који не врши родитељско право, али при процени Суда има претежни значај. Већ смо напоменули поводом ове одлуке да сматрамо да родитељ, пре свих осталих особа, па и очуха и маћехе, има право да се стара о деци, чак и ако те особе фактички врше родитељско право и ако деца дужи период живе код њих и формирала су породични живот. Међутим, за разлику од ЕСЈП не сматрамо да неспровођење контакта није довело до повреде - било је потребно предузети принудне мере против партнерке мајке, чак и одузимање деце, с обзиром на то да је родитељско право требало бити додељено оцу. На овај начин је отац, како је и сам ЕСЈП навео, манипулацијом партнерке мајке, онемогућен да оствари контакт. Утолико пре је нелогично да није утврђена и повреда права на поштовање породичног живота поводом контакта.

Пропуст да се спроведу мере у циљу остваривања контакта родитеља и детета које је на хранитељству доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Nanning против Немачке*,⁸³⁵ подносиатељка је немачка држављанка која је са својом ћерком живела заједно са једним брачним паром и њихово четворо деце у породичном дому. Након што је мајка одлучила да више не живи са њима, дете је остало да живи у другој хранитељској породици и одбило је да одржава контакт са мајком. Судски вештак је упркос противљењу детета одредио да се контакт између мајке и детета интензивира, али услед противљења детета, нису спроведене додатне мере домаћих власти да се оствари контакт. ЕСЉП је нашао да је члан 8. повређен пропустом домаћих власти да спроведу одржавање контакта, али у погледу одбијања да се дете врати мајци није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Став да се контакт не може досудити ако се дете томе противи, потврђен је и у случају *Kaleta против Пољске*,⁸³⁶ где је подносилац немачки држављанин, отац детета, захтевао да му пољске власти омогуће одржавање контакта са дететом након развода брака. Мајка је вршила родитељско право и више пута одбијала да се појави на заказаним сусретима са оцем. ЕСЉП је нашао да упркос праву оца да одржава контакт, одлука детета да не жели да одржава личне односе са њим, условљава да неспровођењем контакта од стране домаће државе није дошло до повреде члана 8. Конвенције. Истакнуто је да што је дете старије то је већи значај његовог мишљења на судску одлуку о одржавању личних односа са родитељем. И поред свих других разлога, одлука детета у овом случају има пресудан утицај. Овде подвлачимо да се ради о успостављању критеријума жеља детета искључиво старијег узраста. ЕСЉП води рачуна да се ради о стварно изјављеној вољи детета, те се у том правцу захтева извештај психолога који потврђује да је то стварна воља детета и да није условљена утицајем других особа. Узраст детета има одлучујући утицај приликом процене противљења детета на остваривање права на контакт родитеља. Ако је дете одрасло и зрело (нпр. узраста изнад 14 година) и противи се контакту, мања је могућност да се одреде принудне мере против детета у односу када је дете млађег узраста и када одбија контакт под утицајем другог родитеља.

⁸³⁵ *Nanning v Germany*, пред. бр. 39741/02, пресуда од 12. јула 2007. године.

⁸³⁶ *Kaleta v Poland*, пред. бр. 11375/02, пресуда од 16. децембра 2008. године.

Укидање права на контакт мајке без њеног саслушања и учествовања у поступку, услед чињенице противљења детета, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Kosmopoulou против Грчке*,⁸³⁷ ЕСЉП је навео да је право на контакт мајке суспендовано непосредно пошто јој је то право претходно додељено и то без саслушања подносиатељке. Суд није узео у разматрање извештај психолога у коме се препоручује одвијање контакта детета и мајке. Додатно, претходна три извештаја експерта поднета суду нису садржала податке да је мајка саслушана током њиховог састављања. На основу несаслушања мајке и неконсултовања извештаја психолога, ЕСЉП је утврдио да мајка није у довољној мери била укључена у процес одлучивања о битним питањима у вези са дететом, као што је контакт. То је довело до повреде права на поштовање породичног живота.

Случај подвлачи критеријум да родитељи имају право да испитају сведоке и да имају приступ извештајима који су били основ за судску одлуку. Родитељу треба пружити прилику да изнесе аргументе за остваривање права на контакт, посебно када се дете противи одржавању контакта са родитељем. Пракса ЕСЉП сведочи да право на контакт родитеља са својим дететом може бити одбијено или укинута само након саслушања родитеља пред судом и тек уколико су предочени сви докази, посебно жеље детета.⁸³⁸

⁸³⁷ *Kosmopoulou v Greece*, пред. бр. 60457/00, пресуда од 5. фебруара 2004. године. Подносиатељка је грчка држављанка која се 1996. године одселила из свог породичног дома у Енглеску. Заједничко дете подносиатељке и њеног партнера остало је код оца који је након неколико месеци добио вршење родитељског права, а мајка је 1997. године добила право на контакт. С обзиром на то да је дете одбијало да види мајку, њено право на контакт је укинута. У свом извештају, психолог је утврдио да мајка тек треба да развије личне односе са дететом. Међутим, грчке власти након пријема извештаја психолога нису предузеле никакве мере за поновним успостављањем породичног живота мајке и детета. Почетком 1998. године дете је поново одбило контакт са мајком. Жалба мајке да је отац спречавао њен контакт са дететом је одбијена. Подносиатељка се жалила да је онемогућавање контакта са дететом повредило њено право на поштовање породичног живота.

⁸³⁸ О овом случају, Б. Решетар, Правна заштита права на сусрете и дружење, Осиек, 2011, стр. 124.

1.6. Контакт родитеља и детета у социјалној установи

Прекидање сваке врсте контакта између родитеља и детета које се налази у социјалној установи, чак и контакта писаним и телефонским путем, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Andersson против Шведске*,⁸³⁹ ЕСЉП је навео да је одлука о потпуном прекиду контакта била на снази само два месеца а да је мера ограничења контакта била резултат противљења мајке наметнутим условима поводом одвијања контакта. Међутим, мера забране контакта телефоном и писмима није била оправдана.⁸⁴⁰ Иако су, посматране у ширем контексту, мере ограничења и забране контакта биле оправдане, тако строго ограничење контакта у виду забране телефонских разговора и писане кореспонденције треба да буде подржано нарочито оправданим разлозима. Ове мере, према мишљењу Суда, никако нису биле усмерене на поновно спајање детета и мајке. У случају одвајања детета и родитеља, дете и родитељ имају право на поновно спајање и уживање заједничког породичног живота. Предузете мере ограничења контакта нису биле пропорционалне циљу који се хтео постићи, што је довело до повреде права на

⁸³⁹ *Andersson v Sweden*, пред. бр. 12963/87, пресуда од 25. фебруара 1992. године. Подносиоци су шведска држављанка рођена 1951. године и њено дете рођено 1974. године. Социјалне службе су 1985. године одлучиле да дете буде смештено у социјалну установу услед неадекватног развоја. Одлучено је да мајци буде забрањен контакт са дететом. Последица ограничења контакта огледала се у томе да је дете неколико пута бежало из установе у којој је било дужно да борави и враћало се код мајке. Дете је накнадно смештено у хранитељску породицу и боравило је у њој све до 1988. године када је мера хранитељског смештаја укинута. Током боравка детета у хранитељској породици мајци је био забрањен контакт стога тога што је помагала детету да побегне из социјалне установе, као и услед несарадње мајке са социјалном службом. Социјалне службе су услед несарадње мајке забраниле контакт са дететом телефонским и писаним путем. Након 1988. године, дете је живело са мајком. Подносиоци су се жалили да су одлуке о смештају детета у институцију, затим у хранитељску породицу, забрани и ограничењу контакта, довеле до повреде права на поштовање породичног живота.

⁸⁴⁰ Са протеклом времена након развода брака повећава се контакт телефоном између детета и родитеља, J. Dunn, *Contact and Childrens Perspectives on Parental Relationships*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 19. У случају миграције родитеља контакт путем телефона, *e-maila*, *Skype*, представља једини начин одржавања контакта детета и једног или оба родитеља, C. Suarez-Orosco, M. Suarez-Orosco, *Familyhood across Borders*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 285; Упркос предности непосредног контакта између детета и родитеља, истиче се да виртуелни контакт доприноси квалитативном и квантитативном повећању контакта, D. Welsh, *Virtual Parents: How Virtual Visitation Legislation is Shaping the Future of Custody Law*, *Journal of Law and Family Studies*, br. 11/2008, стр. 217. Међутим, поводом контакта детета преко друштвених мрежа, опасности злоупотребе деце преко *Interneta* и широког дефинисању сексуалног злостављања деце, E. Martellozzo, *Understanding the Perpetrator's Online Behaviour*, у J. Davidson, P. Gottschalk, *Internet Child Abuse*, New York, 2011, стр. 104.

поштовање породичног живота. Посебно се истиче да је тешко оправдати прекидање сваке врсте контакта, чак и путем масовних комуникација, између детета и родитеља.⁸⁴¹

Ограничење контакта између мајке и деце која се налазе у социјалној установи на основу противљења деце и несарадње мајке са социјалном службом не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Couillard Maugery против Француске*,⁸⁴² ЕСЉП, на самом почетку, није нашао да је одлука суда о смештају деце у социјалну институцију супротна члану 8. ЕКЉП. Одлука о ограничењу контакта заснована је на извештајима психолога и исказаном мишљењу деце. Подносиоци је предлагано да се у циљу остваривања контакта са децом пружи помоћ надлежних социјалних служби, међутим она је то константно одбијала. Мера ограничења контакта заснована је и на непријатељском односу подносиоцике према социјалним службама. Иако несарадња мајке није била пресудан разлог за ограничење контакта, у веома осетљивим случајевима као што је овај, домаће власти су предузеле све разумне мере да омогуће и очувају контакт мајке и деце. Притом, правилно су узете у разматрање околности контакта на угрожавање здравља, сигурности и васпитања деце. Штавише, није дошло до прекидања породичног живота између деце и мајке. Контакт мајке и деце побољшавао се протеклом времена. ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живот. Налазимо да треба правити разлику између ограничења и неспровођења контакта. Ограничење контакта може бити оправдано несарадњом родитеља или противљењем деце, али уколико контакт није прекинут већ долази до његовог повећања, у складу са обавезом државе да омогући контакт родитеља и детета које се налази у установи, ограничење не доводи до повреде.

⁸⁴¹ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 316.

⁸⁴² *Couillard Maugery v France*, пред. бр. 64796/01, пресуда од 1. јула 2004. године. Подносиоцика је француска држављанка, рођена 1968. године, мајка двоје деце која су услед немогућности мајке да врши родитељско право смештена у социјалну установу 1994. године. Мере смештаја деце су неколико пута продужене, а мајка је имала право на контакт са децом. Деца су у више прилика одбијала да виде мајку и показивала су знаке узнемирености и стреса након састанака са њом. У складу са тиме, суд је мајци ограничио контакт са децом, некада без личног присуства, а некада у виду контакта путем писане комуникације и телефона, у зависности од жеља исказаних од стране деце. Подносиоцика се жалила да је мера ограничења контакта довела до повреде права на поштовање породичног живота.

1.7. Противљење бабе и деде контакту родитеља и детета

Непредузимање принудних мера против бабе и деде који су противправно одузели дете и спречавали контакт оца са дететом, иако се дете уклопило у нову породичну средину и противи се контакту са оцем, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Amanalachioai против Румуније*,⁸⁴³ ЕСЈП је навео да одбијање бабе и деде да врате дете оцу представља спречавање вршења родитељског права и мешање у његов породични живот.⁸⁴⁴ Интереси детета налажу да породичне везе буду прекинуте само у изузетним околностима и да треба предузети све да се породични односи сачувају, као и да, уколико буде могуће, поново дође до успостављања породичног живота између детета и родитеља. Домаћи судови су у том погледу били сагласни да отац може пружити нормалне породичне услове детету и да је емотивно био везан за дете. Судови су нашли да су материјални услови за дете код бабе и деде адекватнији и да се оно интегрисало у породицу бабе и деде са којима је успоставило емотивну повезаност. ЕСЈП сматра да чињеница бољих материјалних услова на страни других особа не оправдава одвајање детета од биолошких родитеља. Штавише, подносилац има сталне приходе и нормалне стамбене прилике. Његова образовна и емотивна природа нису биле спорне. Даље, судови су сматрали да је дете претходних година постало везано за бабу и деду и да је у најбољем интересу да остане у породичној околини где се адаптирало. Међутим, то би се могло сматрати оправданим под условом да

⁸⁴³ *Amanalachioai v Romania*, пред. бр. 4023/04, пресуда од 26. маја 2009. године. Подносилац је румунски држављанин, отац детета чија је супруга преминула 1999. године. Њихово заједничко дете (ћерка) наставило је да живи са оцем. Дете је у јануару 2001. године уз сагласност оца отишло да проведе распуст код бабе и деде по мајци. У фебруару 2001. године баба и деда су обавестили оца да немају намеру да врате дете. Подносилац је покренуо кривични и грађански поступак за повратак детета. Неколико мера изречено је од стране суда, међутим, ниједна мера није спроведена. Подносилац је покушао да силом одузме дете али је дошло до физичког сукоба са бабом и дедом у коме је дете повређено и лечено две недеље. Подносилац је поново покренуо судски поступак који је у првом степену пресуђен у његову корист, али је друготепени суд нашао да он не може да пружи детету исте материјалне и психолошке услове као баба и деда. Констатовано је да је дете веома емотивно везано за њих. Жалба оца је одбијена са наводима да је у најбољем интересу детета да настави да живи са дедом и бабом. Врховни суд је одбио жалбу оца на овакву одлуку суда. Додатно, отац је обавезан да плаћа издржавање за дете. Баба и деда су покренули поступак за добијање вршења родитељског права, али отац, са друге стране, није лишен родитељског права. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању враћања детета и спречавању контакта повредила његово право на поштовање породичног живота.

⁸⁴⁴ За мешање бабе у породични живот родитеља и детета и оптужбу да отац злоставља дете, видети случај *Juppala protiv Finske*, пред. бр. 18620/03, пресуда од 2. децембра 2008. године.

је дете живело код бабе и деде од најмлађих година. Овако, одбијање враћања детета оцу не може се подвести под изузетне околности да би дошло до прекида породичног живота између детета и оца. Као и у случајевима међународне отмице деце, адекватност предузетих мера државних власти цени се кроз хитност њиховог спровођења. Иако принудне мере нису пожељне, у случају одбијања враћања детета од стране особа које су га противправно одузеле, на домаћим властима је да својим деловањем обезбеде повратак детета у породицу. Чињеница је да подносилац редовним судским путем није могао да оствари повратак детета и да су предузете мере остале без ефекта, што се може уписати у одговорност домаћим властима. Кривични поступак услед неспровођења судске одлуке о повратку детета оцу, окончан је тек након две и по године од његовог покретања. Неспровођење одлука и недовољна примена начела хитности довели су до омогућавања интегрисања детета у нову породичну средину, последично и до легитимисања *de facto* стања које је у супротности са чланом 8. ЕКЉП. Отац ни у једном тренутку није лишен родитељског права, чиме је пропуст државних власти да обезбеде повратак детета добио на тежини. На тај начин је отац деловањем државних власти онемогућен да врши своје родитељско право. Посебно се истиче да је протек времена довео до постепеног слабљења његовог родитељског права, а затим и до прекидања. За све то време, отац није могао да оствари ни право на контакт иако није био лишен родитељског права. У овом случају дошло је до супротног исхода - уместо да постепено долази до успостављања породичног живота између оца и детета, протек времена, противправно понашање бабе и деде и неактивност домаћих власти, уз узраст детета и промену мишљења детета, довели су до потпуног отуђења детета од оца и прекида породичног живота, што се никако не може сматрати да је у складу са најбољим интересом детета.⁸⁴⁵ ЕСЉП је утврдио јасну повреду права на поштовање породичног живота. Наш став поводом сукоба права на поштовање породичног живота родитеља и других особа, у одсуству штетног деловања родитеља на благостање детета, је неспоран -

⁸⁴⁵ О дефиницији синдрома отуђења детета од родитеља видети, А. М. Nichols, *Toward a Child-Centered Approach to Evaluating Claims of Alienation in High-Conflict Custody Disputes*, Michigan Law Review, Vol. 112, Num. 4, February 2014, Michigan, стр. 667; Такође, С. S. Bruch, *Parental Alination Syndrome and Parental Alination: Getting It Wrong in Child Custody Cases*, Family Law Quarterly, Vol. 35, No. 1, Spring 2001, Chicago, стр. 528; R. A. Warshak, *Bringing Sense to Parental Alienation: A Look at the Disputes and the Evidence*, Family Law Quarterly, Vol. 37, No. 2, Summer 2003, Chicago, стр. 280.

право родитеља на поштовање породичног живота надилази право на поштовање породичног живота свих других особа, те тако и бабе деде.

У случају одвојеног живота родитеља и детета који није резултат одговорности родитеља, већ одузимања детета од стране крвних сродника, пропуст домаћих власти да омогуће контакт детета и родитеља повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Hokkanen против Финске*,⁸⁴⁶ ЕСЉП је истакао да право на поштовање породичног живота подразумева да родитељ има право да предузме мере да би поново био успостављен породични живот између њега и детета, као и обавезу јавних власти да обезбеде поновно уједињење родитеља и детета уколико је дошло до прекида породичног живота. Ипак, обавеза поновног успостављања породичног живота није апсолутна, те уколико је протекло доста времена од прекида заједничког живота, биће потребно спровести припремне мере - поступак уједињења родитеља и детета треба да буде постепен. Природа ових припремних мера зависиће од околности случаја и спремности и сарадње свих страна у поступку. Дете не може бити приморано на поновно спајање са биолошким родитељима, с обзиром на то да интереси свих страна треба да буду узети у обзир, посебно уважавајући најбољи интерес детета. Уколико је дете довољно зрело да може изразити своје мишљење, контакт неће бити успостављен ако се дете томе противи.⁸⁴⁷ Иако се дете није сусрело са подносиоцем, у интересу детета је било да одржава контакт. Ако контакт са родитељем може да угрози интересе детета јавне власти треба да изврше баланс интереса. Упркос томе што је неспровођење контакта било резултат анимозитета између подносиоца и бабе и деде, неспровођење контакта не може бити одговорност подносиоца. Неопходно је било спровести одржавање контакта на неутралном терену, не у породичном дому бабе

⁸⁴⁶ *Hokkanen v Finland*, пред. бр. 19823/92, пресуда од 23. септембра 1994. године. Подносилац је фински држављанин рођен 1953. године, отац детета рођеног 1983. године. Мајка детета је преминула 1985. године. Отац се сложио да се баба и деда по мајци привремено старају о детету, старом две године, док он не заврши обавезе у вези преминуле супруге. Након истека тог периода баба и деда су одбили да врате дете оцу. Суд је 1986. године одредио да дете треба привремено да остане код бабе и деде, а да отац има право на контакт. Баба и деда се нису повиновали многобројним мерама суда да дозволе контакт оца и детета. Подносилац је видео своју ћерку тек 1987. године. Апелациони суд је 1991. године доделио вршење родитељског права баби и деди, уз образложење да је дете живело са њима непрекидно шест година. Подносилац се жалио да је спречавање одржавања контакта и каснија одлука о додељивању родитељског права баби и деди, повредила његово право на поштовање породичног живота.

⁸⁴⁷ О овом случају J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 69.

и деде. Неактивност домаћих власти ставила је терет спровођења контакта на подносиоца. ЕСЈП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота поводом обавезе домаћих власти да оцу омогуће контакт са дететом. Суд је, са друге стране, утврдио да одлука Апелационог суда о додељивању родитељског права није била у супротности са чланом 8. Конвенције. Док се можемо сложити са делом пресуде у коме се утврђује повреда онемогућавањем контакта, у потпуности ускраћујемо сагласност у делу у коме се тврди да додељивање родитељског права није повредило право на поштовање породичног живота оца. Уколико би се, као у предметном случају, усвојило правило да се позивањем на успостављену стабилност детета додели вршење родитељског права другим особама (баби и деди), а не биолошком оцу који није лишен родитељског права, нити је нађено да је неподобан да врши родитељско право, отворила би се могућност да друге особе које несавесно и противправно одузму дете од родитеља, или им родитељ привремено повери дете, протеклом времена и позивањем на стабилност детета стекну родитељско право. Овај случај истичемо као опасан преседан од претпоставке да су родитељи пре свих других особа легитимисани да врше родитељско право.

2. Контакт детета и других особа

Филозофија односа детета и других особа (сродника) отелотворена је у схватању да на дете и његов развој утицај има шира околина од оне породичне, састављене превасходно од родитеља. Однос детета и крвних сродника део је породичног живота. Питање остваривања права на одржавање личних односа детета и других особа чешће се јавља у случају развода брака, иако није искључено да се таква питања расправљају и током трајања брака родитеља. Питање односа детета и других особа није спорно ако се родитељи са тиме сагласе. До колизије долази иницијалним или накнадним ускраћивањем сагласности родитеља за одржавање личних односа детета са сродницима. Признавање да дете може упркос противљењу родитеља одржавати личне односе са другим особама, са једне стране, сужава домет родитељског права, док са друге

стране, проширује концепт капацитета детета да самостално одлучује о начину и обиму одржавања личних односа са блиским лицима.

Улога блиских сродника, пре свега баба и деда, посебно постаје значајна у периоду током и након развода брака. Учешће баба и деда у одгајању детета током трајања заједнице родитеља, рефлектује се у односима након развода брака. У Кини супружници најчешће живе са родитељима мушкарца који имају велику улогу у свакодневном васпитању својих унука.⁸⁴⁸ У закључцима извесних истраживања иде се толико далеко да се тврди да на однос између родитеља и детета утиче однос детета према беби и деди.⁸⁴⁹ Такође, однос детета према баби и деди у случају развода брака зависи од односа родитеља који врши родитељско право према баби и деди,⁸⁵⁰ и од односа детета са родитељем који не врши родитељско право.⁸⁵¹

Развод брака повлачи могућност да може доћи до умањења личних односа детета и његових крвних сродника, односно да долази до умањења личних односа са једном страном крвних сродника, посебно са бабом и дедом.⁸⁵² Посматрано из перспективе деце, она наводе бабе, деде, стричеве, тетке и друге рођаке као чланове њихових породица.⁸⁵³ Читав сплет породичних односа чини сродство: стричеви и тетке су уједно нечија браћа и сестре, они имају своју децу и они су нечија деца; бабе и деде су нечији родитељи и исто тако су нечија браћа и сестре; родитељи су нечија деца, браћа и сестре. Док је однос родитеља и деце махом посматран као вертикалан однос зависности детета од родитељске неге, однос детета са сродницима посматра се кроз хоризонталну раван. За разлику од (некада) доминанатног западног модела нуклеарне породице, где се искључиво родитељи брину за одгајање детета, постоје породичне форме, посебно својствене

⁸⁴⁸ J. Pryor, *Childrens Contact with Relatives* у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 48.

⁸⁴⁹ *Ibid*, стр. 53. Наводи се да недостатак формалног права деде и бабе на васпитање детета доводи до повећања отворености и блискости са бабом и дедом у поређењу са родитељима.

⁸⁵⁰ G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 8.

⁸⁵¹ *Ibid*, стр. 142.

⁸⁵² C. Smart, *Changing Commitments: A Study of Close Kin after Divorce in England*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 142, о улози особе формулисана као "чувара сродства".

⁸⁵³ J. Pryor, *Childrens Contact with Relatives* у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 50; G. Allan, G. Crow, S. Hawker, *Stepfamilies*, London, 2011, стр. 15. Развод брака и живот детета са мајком доводи до тога да деца имају више личних односа са мајчином крвном линијом него са очевом.

за Азију, Африку, Јужну Америку, Кину, Океанију, у којима чланови шире породице играју значајну улогу у одгајању и васпитању детета.⁸⁵⁴ Државе у САД, Висконсин и Орегон дозвољавају право контакта особама које су створиле однос са дететом налик односу дете-родитељ.⁸⁵⁵ У неким државама традиционално се блиски крвни сродници старају о деци пре него што то чине родитељи. Тако, на Новом Зеланду у маорским породицама, поред баба и деда, главну улогу у васпитању деце имају тетке.⁸⁵⁶ У породицама на Карибима, стричеви, тетке и ујаци су особе одговорне за подизање детета.⁸⁵⁷ Уопштено посматрано, спорови око контакта примарно се перцепирају као спорови између мајке и оца детета, док се занемарује одржавање личних односа других особа (беба, деда, тетке, стричева) и детета. Ове особе налазе се на периферији родитељског конфликта поводом контакта са дететом.⁸⁵⁸

Веома је важно при одређивању мере контакта детета и родитеља који не врши родитељско право узети у разматрање однос детета са рођацима, посебно са бабом и дедом, браћом и сестрама, стричевима, теткама и ујацима.⁸⁵⁹ Значај за дете, посебно у адолесцентском периоду, имају и његови пријатељи, те се њихова улога не сме занемарити. Ипак, однос пријатељства (ни)је однос који се регулише породичним правом.⁸⁶⁰

⁸⁵⁴ J. Pryor, *Childrens Contact with Relatives* у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 48.

⁸⁵⁵ R. F. Wilson, *Undeserved Trust: Reflections on the ALI's Treatment of De Facto Parents*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 117.

⁸⁵⁶ О поступању судова поводом додељивања деце на Новом Зеланду, B. Aktin, J. Caldwell, M. Henaghan, P. Tapp, *Fifty Years of New Zealand Family Law*, *New Zealand Universities Law Review*, Vol. 25, Num. 4, October 2013, Wellington, стр. 659.

⁸⁵⁷ J. Pryor, *Childrens Contact with Relatives* у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 49. Сличан начин одгајања деце није био стран ни европској култури пре неколико векова, када су деца поверавана на чување и васпитање другим породицама са којима нису била крвно повезана. Доминантна структура нуклеарне породице током XX века довела је до издвајања појединих породичних делова (крвних сродника) из некадашње породичне заједнице.

⁸⁵⁸ C. Smart, *Changing Commitments: A Study of Close Kin after Divorce in England*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 150. У прилог ове чињенице сведоче и одредбе Породичног закона Србије где се уопште не говори о праву крвних сродника (баба, деда и других) да одржавају личне односе са дететом. Једина одредба говори да дете има право да одржава личне односе са лицима са којима га веже посебна блискост. Видети члан 61. став 5. Породичног закона Србије.

⁸⁵⁹ J. Mair, E. Örucü, *Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Parental Responsibilities*, Antwerpen, 2010, стр. 43, о праву на контакт детета са другим сродницима у Естонији.

⁸⁶⁰ О односу пријатељства и породичног права, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 43. О односу породице и пријатељства, значају пријатељства као једној од

ЕСЈП при разматрању поступања домаћих судова поводом права на контакт других особа и детета, узима поред интереса детета и интересе других чланова породице, првенствено баба, деда, браће и сестара, стричева, тетке, ујака и других сродника. Интереси крвних сродника и блиских чланова породице посебно долазе до изражаја приликом давања детета на усвојење од стране мајке.⁸⁶¹ Што је даљи степен крвног сродства, то се тражи већи степен повезаности и доказа о постојању социјалне везе између чланова породице, да би се признало право на поштовање породичног живота.⁸⁶² Право родитеља да одлучују о одржавању личних односа детета и других лица може доћи у сукоб са правом других особа на одржавање личних односа са дететом, као и са правом детета да одржава личне односе са блиским сродницима.⁸⁶³ Различити стандарди примењују се на одржавање личних односа између детета и родитеља, и између детета и бабе и деде, као и других сродника и особа који имају блиске односе са дететом, првенствено стога што је централни однос у оквиру права на поштовање породичног живота, однос између родитеља и детета.

Питање примене члана 8. Конвенције на односе између детета и других сродника у вези је са проценом квалитетета тог односа, значаја који однос има, пре свега за дете, а тек након тога и за сроднике. Реч је, наиме, о случају када родитељ не дозвољава контакт детета и других особа или када родитељ из одређеног разлога не врши родитељско право. Када у оквиру домена вршења родитељског права родитељ дозвољава однос детета и других особа, нема сукоба права на породични живот родитеља и других сродника.

(потенцијалних) савремених породичних форми, D. Chambers, *A Sociology of Family Life Change and Diversity in Intimate Relations*, Cambridge, 2012, стр. 182.

⁸⁶¹ Тако, у случају *Z County Council v R* постоји стицај неколико института породичног права - усвојења, одржавања личних односа детета и крвних сродника и права на приватност. Мајка је крила трудноћу од своје породице. Када се породила дала је дете на усвајање. Док је дете било на смештају код будућих усвојитеља, социјална служба поставила је питање крвних сродника који би могли да се старају о детету под условом да су знали за његово рођење. Суд је донео одлуку да интерес мајке на очување приватности и интерес благостања детета које је провело одређен период код усвојитеља, претежу над интересима крвних сродника мајке на контакт са дететом. Видети, *Z County Council v R* (2001) 1 FLR 365.

⁸⁶² О. Јовић, Право на поштовање породичног живота у светлу Конвенције о заштити људских права и основних слобода, Зборник радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2010, стр. 84.

⁸⁶³ D. D. Mayer, *Partners, Care Givers, and the Constitutional Substance of parenthood*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 59.

Упркос чињеници да се у савремено доба истиче значај нуклеарне породице, то никако не подразумева да се улога других чланова породице који учествују у одгајању детета, попут баба, деда, стричева, тетки, ујака и других може магринализовати.⁸⁶⁴ Сродницима треба признати право на поштовање породичног живота уколико су оформили породични живот са дететом, уважавајући да се однос детета са сродницима одвија у оквиру садржине родитељског права.⁸⁶⁵ Оцена разлога одржавања личних односа других особа са дететом треба да има тежину при доношењу судске одлуке. Ако је одржавање односа сродника или блиске особе која је већ имала личне односе са дететом мотивисано постизањем емотивне стабилности детета и ако је то у најбољем интересу детета, уз постојање сагласности детета (одређеног узраста), противљење родитеља не би требало да онемогући контакт.

Питање одређивања права на контакт бабе и деде са дететом није се често постављало у пракси ЕСЉП. Слично као и у случају покрета очева,⁸⁶⁶ када је реч о остваривању права на контакт бабе и деде са дететом, оформиле су се разне групе за заштиту права баба и деда. Ишло се до аргумената да би ускраћивање контакта баби и деди са дететом могло да покрене лавину подношења представки ЕСЉП у вези са чланом 8. Конвенције.⁸⁶⁷ Када је реч о споровима по питању контакта, као и вршења родитељског права, претпоставља се да је у интересу детета да буде са родитељима. Питање права бабе и деде на личне односе са дететом посебно се јавља у случајевима када је дете значајан период времена живело са бабом и дедом, те су они постали његови „социолошки родитељи“. У том случају између детета и бабе и деде постоји породични живот. У складу са једним од услова за постојање права на поштовање породичног живота - заједничким животом, испуњеност тог услова рађа одређена права и обавезе. Проблеми поводом контакта бабе и деде са дететом проистичу када се након

⁸⁶⁴ R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008, стр. 51.

⁸⁶⁵ М. Јањић-Комар, *Право на породични живот - ка људским правима треће генерације*, *Правни живот* 9/2001, Београд, стр. 475.

⁸⁶⁶ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 15.

⁸⁶⁷ F. Kaganas, *Grandparent's Rights and Grandparent's Campaigns*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 19, No. 1, 2007, Bristol, стр. 20.

развода брака родитељ који врши родитељско право противи контакту детета са бабом, дедом али и другим сродницима.⁸⁶⁸

Утицај члана 8. ЕКЉП на унутрашње правне системе по питању права на контакт детета и других особа налазимо у холандском праву, тачније Холандском грађанском законнику. Особа која је са детом развила лични однос породичног живота може тражити додељивање права на контакт или права на одржавање личних односа са дететом. На овај начин контакт је додељиван баби и деди, хранитељима и ванбрачним очевима.⁸⁶⁹

У случају *Price против Уједињеног Краљевства*,⁸⁷⁰ Комисија је нашла да је одлуком домаћих власти да прекину контакт између детета и његових бабе и деде дошло до мешања у право на поштовање породичног живота.⁸⁷¹ У случају *Marckx против Белгије*, ЕСЉП је истакао да се члан 8. Конвенције не односи само на родитеље и децу, већ и на друге блиске сроднике - бабе и деде, који имају значајну улогу у породичном животу детета. Слично је у случају *L. против Финске*,⁸⁷² ЕСЉП истакао да заједнички живот, не само између родитеља и деце, већ и између баба и деда и унука, представља конститутивни елемент породичног живота. Да би постојао породични живот између бабе и деде и унука потребно је постојање заједничког живота, или барем регуларног контакта међу њима. У случају *Adam против Немачке*,⁸⁷³ ЕСЉП је нашао да баба и деда имају право на контакт са својим унуком који је живео са њима прве три године његовог живота, упркос противљењу мајке. У случају *Kruškić против Хрватске*,⁸⁷⁴ констатовано је

⁸⁶⁸ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 272.

⁸⁶⁹ B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 171.

⁸⁷⁰ *Price v United Kingdom*, пред. бр. 12402/86, пресуда од 14. јула 1988. године.

⁸⁷¹ О томе, G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998, стр. 70; За контакт детета и других особа у Уједињеном Краљевству, видети N. Lowe, *The Allocation of Parental Rights and Responsibilities - The Position in England and Wales*, *Family Law Quarterly*, Vol. 39, No. 2, Summer 2005, Chicago, стр. 291.

⁸⁷² *L. v Finland*, пред. бр. 25651/94, пресуда од 27. априла 2000. године.

⁸⁷³ *Adam v Germany*, пред. бр. 44036/02, пресуда од 4. децембра 2008. године.

⁸⁷⁴ *Kruškić v Croatia*, пред. бр. 10140/13, пресуда од 25. новембра 2014. године. Подносиоци су деда и баба рођени 1961. и 1966. године и њихови унуци рођени 2005. и 2006. године. Деца су живела у заједничком дому са бабом, дедом и са својим родитељима. Најпре је 2008. године мајка напустила породични дом, а потом је и отац напустио породицу 2011. године. Баба и деда су 2011. отпочели поступак за додељивање вршења родитељског права са образложењем да су родитељи напустили децу. Након тога, започети су судски поступци око старатељства над децом и права на контакт бабе и деде са децом. У јулу 2012. године, одређена је мера надзора над вршењем родитељског права која се односила на контакте деце са родитељима, с обзиром на то да родитељи нису живели са децом. Домаћи судови су коначно доделили вршење родитељског права оцу који је поново почео да живи са децом од 2013. године. Подносиоци су се жалили да је одбијање додељивања

да између бабе и деде и унука постоји породични живот узимајући у обзир да је једно дете живело са њима осам година. Ипак, право на поштовање породичног живота бабе и деде разликује се од права на поштовање породичног живота родитеља и ужива нижи степен заштите. Право на поштовање породичног живота бабе и деде са дететом пре свега се односи на одржавање личних односа путем контакта. У случају када дете остане без родитељског старања, баба и деда могу захтевати у складу са чланом 8. Конвенције да се старају о детету, да врше родитељско право. Ипак, у овом случају деца нису била напуштена од стране оца када их је оставио на месец и по дана код подносилаца, тако да баба и деда нису имали право да буду носиоци родитељског права. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

Лични односи између детета и бабе и деде, према ставу ЕСЉП у пресуди *Marckx против Белгије*, конституишу породични живот с обзиром на то да баба и деда имају значајну улогу у породичном животу детета. Ускраћивање контакта између бабе и деде, и детета које је у социјалној установи не доводи, по правилу, до повреде права на поштовање породичног живота, као што је то случај код ускраћивања контакта између родитеља и детета.⁸⁷⁵ Међутим, сматрамо да уколико се баба и деда услед непостојања родитеља или лишења родитељског права родитеља, старају о детету, њима, по аналогији са обавезом омогућавања контакта између родитеља и детета у институцији, треба признати право на контакт.

За разлику од родитеља, баба и деда немају аутоматски право на поштовање породичног живота. Породични живот постоји када постоји јака повезаност између унука и бабе и деде, а контакт се не досуђује само ако постоје чврсти разлози против тога. Стога, закључујемо и сматрамо да баба и деда који имају или су имали близак однос (заједнички живот) са својим унуком могу да се поуздају у заштиту свог породичног живота на основу члана 8. Конвенције.⁸⁷⁶

родитељског права и контакта са унуцима повредило њихово право на поштовање породичног живота.

⁸⁷⁵ За случајеве који се тичу односа детета и бабе и деде видети још: *Branton v United Kingdom*, пред. бр. 12399/85, пресуда од 9. марта 1988. године; *Price v United Kingdom*, пред. бр. 12402/86, пресуда од 14. јула 1988. године; *Lawlor v United Kingdom*, пред. бр. 12763/87, пресуда од 14. јула 1988. године; *Hokannen v Finland*, пред. бр. 19823/92, пресуда од 23. септембра 1994. године.

⁸⁷⁶ Осврнућемо се укратко и на инострану судску праксу поводом одржавања контакта између бабе и деде и унука. Најчешће се питање контакта бабе и деде са дететом поставља када дође до

2.1. Контакт детета са блиским сродницима и *onus probandi*

Као у многим другим питањима где се кумулативно јавља интерес детета и сукоб два или више права на поштовање породичног живота, терет доказивања

развода брака родитеља или када премине један супружник (родитељ). Случај *In re Marriage of Scott*, говори о сложености односа супружника након развода брака и улоге бабе у том сплету односа. Наиме, након развода брака, мајци је додељено вршење родитељског права над децом. Мајка је захтевала да отац плати боравак деце у дневном боравку, с обзиром на то да је мајка радила и није могла да се непосредно брине о деци. Отац је одбио да плати трошкове, наводећи да, док је мајка на послу, о деци може да се стара његова мајка, баба деце по оцу. Мајка деце је то одбила, али је и суд исто тако одбио да отац плаћа трошкове дневног боравка, M. Strasser, *Paying to Stay Home: On Competing Notions of Fairness and the Imputation of Income*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 149.

У случају *Troxel v. Granville* 530 U.S. 57 (2000), баба и деда по оцу жалили су се да је мајка деце рођене у ванбрачној заједници, након што је њихов син, отац деце, преминуо, ограничила контакт баби и деди са децом на једну посету у току месец дана, као и за велике празнике. Случај је дошао и до Врховног суда САД који је подржао став Врховног суда Вашингтона, наводећи да је право на контакт детета и других особа фундаментално право родитеља у погледу васпитања њихове деце. Оваквим образложењем, Врховни суд САД је право на контакт детета поставио као право родитеља, а не право детета. Ако би се пошло од тога да дете има право на контакт са крвним сродницима и другим блиским особама, родитељи не би могли да оспоре то право ако би се утврдило да је то није супротно најбољем интересу детета. О сложеност овог питања сведочи чињеница да је чак седам судија дало различита мишљења приликом одлучивања. О овом случају и R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008, стр. 21; Одлука у случају *Troxel* приказује три типа односа детета и родитеља, R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008, стр. 54; Видети, J. D. Gregory, *Family Privacy and the Custody and Visitation Rights of Adult Outsiders*, *Family Law Quarterly*, Vol. 36, No. 1, Spring 2002, Chicago, стр. 166; О утицају одлуке *Troxel* на касније одлучивање судова и законске одредбе, J. D. Gregory, *The Detritus of Troxel*, *Family Law Quarterly*, Vol. 40, No. 1, Spring 2006, Chicago, стр. 143; T. Nielson, R. Bucaria, *Grandparent Custody Disputes, and Visitation Rights: Balancing the Interest of Child, Parents and Grandparents*, *Utah Law Review*, бр. 2/2009, стр. 574.

У случају *Painter v. Bannister*, 140 N. W. 2d 152 (Iowa 1966), баба и деда по мајци су се старали о детету након што је мајка преминула. Захтев оца да се дете врати њему није усвојен и деда и баба су добили вршење родитељског права. Ово је један од случајева где је суд применио доктрину *de facto* родитељства о чему је било речи у Глави III. У случају када би нпр. отац самостално вршио родитељско право услед смештаја мајке у психијатријску установу, и када би услед обавеза на послу, препустио да се током недеље баба (било по оцу или по мајци) стара о детету, могло би доћи до фаворизовања бабе у односу на оца. Након што би отац тражио да се његова нова супруга или партнерка стара о детету, противљење бабе имало би за резултат, уз примену критеријума претходног старања и *de facto* родитељства, додељивање вршења родитељског права, у највећем проценту времена, баби.

Међутим, питање одржавања личних односа детета и бабе и дете није само спорно у случају престанка заједнице живота родитеља. У случају *Santi v. Santi*, 633 N.W. 2d 312 (Iowa 2001), Врховни суд Ајове свучио се са захтевом бабе и деде да им родитељи деце који се налазе у браку дозволе да виђају свог унука. Суд је навео да иако закон дозвољава да се и баба и деда, од круга активно легитимисаних лица, обратe суду раду остваривања права на контакт са дететом, остваривање тог права не би било могуће путем државне принуде родитеља који су у браку. Тиме не би дошло до проширења породичних веза детета и других лица услед изричитог противљења родитеља. Суд је стао на становиште да је најбољи интерес детета у истој линији са ставом родитеља.

Случај *S v C* 22 FL 134 (1992), сведочи да је мајка тражила да се баби детета забрани да је спречава у вршењу родитељског права. О томе, C. Piper, F. Kaganas, *Joint Parenting Under The Children Act 1989*, у D. J. Lockton, *Children and the Law*, London, 2000, стр. 77; Видети и случај, *Blixt v. Blixt* 774 N.E. 2d 1052 (Mass. 2002).

представља моћно оружје. У овој области, поставља се захтев да се докаже да је у најбољем интересу детета одржавање личних односа са бабом и дедом, као и да су баба и деда успоставили породични живот са дететом који би штетио детету уколико не би одржавало личне односе са бабом и дедом. Тачније, доказ чињенице да би ускраћивање контакта са бабом и дедом нанело значајну емотивну штету детету. Потребно је показати да је већ наступила штета по интересе детета или је она у изгледу да ће настати, уколико се родитељи противе контакту детета и других особа. Сматрамо, ако су баба и деда одгајали и васпитавали дете, ако су обављали свакодневне родитељске функције и ако је захтев за контактом у интересу детета, они тада могу успоставити право на контакт и поред противљења родитеља.⁸⁷⁷

Став Европске комисије био је да не постоји *a priori* право на контакт бабе, деде и других сродника са детом.⁸⁷⁸ На баби и деди је *onus probandi* да је контакт са њима у најбољем интересу детета, с обзиром на то да је конститутивни елемент права на поштовање породичног живота однос између родитеља и деце, и њихов заједнички живот. Супротно оваквом ставу, сматра се да дете самим рођењем има право на поштовање породичног живота са члановима шире породице, укључујући и тетке, стричеве и ујаке.⁸⁷⁹

Некада се тражи и да баба и деда докажу да родитељи нису подобни за вршење родитељске функције ради остваривања права на контакт.⁸⁸⁰ Ипак, сматрамо да овде није реч о подобности родитеља за вршење родитељског права, већ о праву детета да одржава односе са блиским особама, односно доказивању да баба, деда, други крвни сродници и особе блиске детету имају право на одржавање личних односа са дететом. Ипак, могуће је да неподобност родитеља може имати за последицу поверавање вршења родитељског права блиским сродницима (баби и деди) или социјалној установи.

⁸⁷⁷ О праву на контакт бабе и деде са дететом у САД, J. Atkinson, Shifts in the Law Regarding the Rights of Third Parties to Seek Visitation and Custody of Children, Family Law Quarterly, Vol. 47, Num. 1, Spring 2013, Chicago, стр. 18.

⁸⁷⁸ A. Bainham, Contact as a Right Obligation, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 65. За контакт бабе и деде са дететом видети и случајеве *Re W* (1997) 1 FLR 793; *Re J* (2003) 1 FLR 114.

⁸⁷⁹ J. Herring, Family Law, Harlow, 2007, стр. 332.

⁸⁸⁰ S. N. Katz, Family Law in America, Oxford, 2011, стр. 122.

2.2. Контакт између браће и сестара

Број случајева у којима се ЕСЈП изјашњавао о личним односима између браће и сестара говори у прилог нашег става да се право на поштовање породичног живота између браће и сестара исцрпљује са њиховим пунолетством. Питање права на поштовање породичног живота браће и сестара односи се на случај њиховог одвојеног живота.⁸⁸¹ Превасходно на две ситуације: у случају међусобног раздвајања деце приликом развода брака и одлучивања суда о вршењу родитељског права, и у случају међусобног раздвајања деце у случају одвајања од родитеља (лишење родитељског права, смештај у социјалну институцију, хранитељску породицу, давање на усвојење). Према неким схватањима, право на поштовање породичног живота не признаје се деци у случају њиховог одвојеног живота.⁸⁸² Имајући у виду оскудну праксу ЕСЈП, одвојени живот браће и сестара представља (једини) извор за конституисање права на поштовање породичног живота између браће и сестара. Породични живот између браћа и сестара настаје њиховим рођењем.

Одвајање новорођеног детета од родитеља и забрана контакта са сестрама у циљу заснивања усвојења, не представља повреду Конвенције и права на поштовање породичног живота.

У случају *I. и U. против Норвешке*,⁸⁸³ ЕСЈП је исказао сумњу у постојање породичног живота између новорођеног детета и његове биолошке породице у време ускраћивања контакта. Старије сестре биле су дуго одвојене од родитеља и

⁸⁸¹ За однос између брата и сестре у немачком праву, S. Sachs, *Geschwister in Familienrecht*, Berlin, 2007.

⁸⁸² М. Јањић-Комар, *Право на породични живот-ка људским правима треће генерације*, Правни живот 9/2001, Београд, стр. 475.

⁸⁸³ *I. and U. v Norway*, пред. бр. 75531/01, пресуда од 21. октобра 2004. године. Подносиоце су норвешке држављанке, деца родитеља који су ментално болесни. Сестре су 1993. године смештене у хранитељску породицу стога што родитељи, ментално оболели, нису могли да се старају о њима. Мајка је 1997. године, док је била у психијатријској болници, родила још једно дете. Родитељи су лишени родитељског права у односу на новорођено дете и оно је смештено у другу хранитељску породицу од оне у којој су смештене њене сестре. Родитељи су се жалили на одлуку да се њима и сестрама ускрати контакт са новорођеним дететом. Власти су одбиле жалбу и нису дозволиле да сестре имају контакт са млађом сестром уз образложење да је за успешну адаптацију и усвојење детета неопходно да се прекину све везе са биолошком породицом, па тако и са сестрама. Тај циљ је немогуће постићи ако постоји контакт између сестара. Домаће власти су 2004. године одобриле усвојење најмлађе ћерке од стране њених хранитеља. Подносиоце су се жалиле да је ускраћивање контакта са њиховом сестром довело до повреде њиховог права на поштовање породичног живота.

нису се никада среле са својом млађом сестром. ЕСЈП је нашао да се посебно цени постојање слабе везе између сестара и утврђена психолошка угроженост млађе сестре. Контакт између сестара није било могуће спровести без укључивања родитеља, што би штетило успостављеној емотивној стабилности млађе сестре у хранитељској породици и угрозило њено ментално здравље. ЕСЈП је проценио да се већи значај поклања интересима млађе сестре за стабилношћу, него интересима друге две сестре на контакт. Мере домаћих власти су сматране неопходним и није нађена повреда права на поштовање породичног живота. Примећујемо да је Суд сматрао да породични живот између сестара не настаје рођењем, већ заједничким животом који није постојао у тренутку рођења најмлађе сестре. Не можемо се сложити са Судом да би усвојење детета било онемогућено ако би сестре имале међусобни контакт, а посебно не са закључком да би контакт сестара био могућ само уз присуство родитеља, имајући у виду да су родитељи ментално оболели и лишени родитељског права у односу на најмлађу сестру, а да су се старије две сестре налазиле у хранитељској породици.

Додељивање деце и мајци и оцу на вршење родитељског права приликом развода брака, услед чега није био могућ контакт брата и сестре, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Mustafa u Armagan Akin против Турске*,⁸⁸⁴ ЕСЈП је подвукао да одлука домаћег суда онемогућава оца да има контакт у исто време са оба детета, као и да брат ни на који начин не може да има контакт са својом сестром. Домаћи суд није дао довољно јасно образложење о раздвајању деце. Даље, ЕСЈП није могао да прихвати аргумент да деца живе у непосредној близини и да ће моћи да одржавају контакт. Остављање одржавања личних односа између брата и сестре, као веома важног сегмента њиховог породичног живота, дискрецији родитеља, није оправдано. Домаћи суд је нашао да контакт подносилаца - оца са својом ћерком, односно брата са сестром, може довести до неприхватљиве промене

⁸⁸⁴ *Mustafa and Armagan Akin v Turkey*, пред. бр. 4694/03, пресуда од 6. априла 2010. године. Подносиоци су отац рођен 1957. године и дете (син) рођено 1988. године, турски држављани. Подносилац се развео са својом супругом 2000. године и њему је додељено вршење родитељског права над сином, а мајци над ћерком. Према судској одлуци свако дете је током школских распуста и верских празника одлазило код другог родитеља који није непосредно вршио родитељско право. Отац се 2001. године жалио на такву одлуку суда, с обзиром на то да деца нису имала могућности да заједно проводе време код једног родитеља. Његова жалба је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука о ускраћивању контакта између брата и сестре довела до повреде права на поштовање породичног живота.

животне околине по ћерку. Ипак, нејасно је како је могуће да наступе неприхватљиве промене животних услова, имајући у виду да деца живе недалеко једно од другог. Као додатни пропуст, ЕСЉП наводи да домаће власти нису саслушале децу у поступку, нити су прибавиле мишљење психолога или процену експерта. Пропуштено је да се узме у обзир најбољи интерес породице. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Значај пресуде је изузетан, имајући у виду да је ово је први (и једини) пут да се у некој пресуди ЕСЉП говори о најбољем интересу породице.

2.3. Контакт између детета и стрицева, тетке и ујака

Спречавање контакта између братанца који се налази у социјалној установи и стрица који се од рођења старао о њему, повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Boyle против Уједињеног Краљевства*,⁸⁸⁵ Европска комисија је утврдила да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота стрица. Стриц се од рођења старао о братанцу, вршио је родитељско право и имао је улогу оца.⁸⁸⁶ Утврђено је да између њих постоји породични живот - значајна лична веза успостављена између стрица и братанца спада под појам породичног живота. Дете је касније смештено у социјалну установу а да се није узела у обзир природа односа између детета и стрица. Стрицу није омогућено да одржава контакт са дететом док се налазило у социјалној установи. Додатно, стриц уопште није био консултован приликом доношења мере смештаја у социјалну установу. Истакнуто је да контакт детета које се налази у социјалној установи и сродника зависи од дискреционог права родитеља. Док код родитеља постоји општа претпоставка да ускраћивање контакта повлачи повреду права на поштовање породичног живота, у случају сродника ускраћивање контакта који је могуће поново остварити не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.⁸⁸⁷

⁸⁸⁵ *Boyle v United Kingdom*, пред. бр. 15680/90, пресуда од 28. фебруара 1994. године.

⁸⁸⁶ Н. Swindells, А. Neaves, М. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 98.

⁸⁸⁷ Тако и И. Мајсторовић, *Хармонизација и унификација Европског Обитељског права*, Загреб, 2009, стр. 42; Видети и J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 61.

На основу увида у одлуке ЕСЉП у случајевима када се дете, са или без утицаја родитеља или других особа, противи контакту са родитељем који не врши родитељско право, а домаће власти не одреде или не спроведу контакт, долазимо до закључка да ЕСЉП ретко досуђује повреду права на поштовање породичног живота родитеља коме право на контакт није досуђено. Противљење детета има пресудан значај. Позивањем на најбољи интерес детета домаћи судови одбијају да досуђују контакт противно жељама родитеља који врши родитељско право, а затим и детета.⁸⁸⁸ ЕСЉП сматра да такво поступање домаћих судова не повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Оваква пракса је супротна усвојеном начелу ЕСЉП, да су државе обавезне да обезбеде наставак породичног живота детета и родитеља који не врши родитељско право кроз међусобно одржавање личних односа, тачније кроз право на контакт.⁸⁸⁹

Спровођење одлуке о одређивању контакта не подразумева обавезно одређивање принудних мера, као ни притвора за родитеља који не поштује одлуку о контакту, уз образложење да би се тиме повредило право на поштовање породичног живота детета.⁸⁹⁰ Свака обавеза принудног извршења има ограничен карактер (*Nuutinen*). У сваком конкретном случају примена принудних мера треба да укључи равнотежу интереса свих страна у поступку.

Посматрајући пресуде ЕСЉП поводом контакта родитеља са дететом, намеће се закључак да постоје две групе случајева у зависности од облика заједнице родитеља детета: контакт између ванбрачног оца и детета и контакт између родитеља и детета након развода брака. Контакт између родитеља и детета које се налази у социјалној институцији или породичном смештају разматрали смо у Глави V, у оквиру одвајања детета од родитеља. У овој Глави је предмет нашег интересовања био контакт између детета и родитеља у случају престанка породичног живота родитеља, као и противљење чланова породице контакту. У свим случајевима у вези права на поштовање породичног живота и контакта, интерес детета има одлучујућу улогу у одлучивању ЕСЉП. Интерес детета

⁸⁸⁸ Овакав став је у супротности са теоријском поставком да је у најбољем интересу детета да има контакт са оба родитеља, М. А. Mason, *From Father's Propriety to Children's Rights*, New York, 1994, стр. 130.

⁸⁸⁹ J. Eekelaar, *Empowerment and Responsibility: The Balans Sheet Approach in the PRINCIPLES and English Law*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 442.

⁸⁹⁰ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 249.

надилази интересе свих чланова породице, тако да контакт може бити досуђен само ако је он у интересу детета. Поставља се питање какав је став ЕСЉП по питању противљења родитеља који врши родитељско право контакту другог родитеља са дететом. Најпре, повреда права на поштовање породичног живота настаје уколико домаћи судови у случају противљења родитеља уопште не разматрају досуђивање контакта детета и другог родитеља у светлу најбољег интереса детета. Затим, поставља се питање какав утицај има противљење родитеља који врши родитељско право, на право на поштовање породичног живота родитеља коме је досуђено право на контакт, али не може да га оствари. Инсистирање на принудном довођењу детета ради остваривања контакта, противно је интересима детета и ускраћивање контакта у том случају не доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Са друге стране, држава има позитивну обавезу да омогући родитељу коме је судским путем досуђено право на контакт да то право оствари. У том циљу се не искључује примена принудних мера и санкција против родитеља који спречава контакт. Пропуст да се предузму те мере доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Међутим, противљење родитеља контакту детета и другог родитеља не доводи до повреде права на поштовање породичног живота уколико суд не досуди контакт позивањем на најбољи интерес детета (*Sahin против Немачке*). Држава се ослобађа одговорности и нема повреде права на поштовање породичног живота ако и поред примене принудних мера против родитеља не дође до контакта другог родитеља и детета (*Kallo против Мађарске*).

Домаће власти могу да одбију да досуде контакт или да спроведу већ досуђени контакт између детета и родитеља услед противљења детета. У том случају ЕСЉП стоји на становишту да то не представља повреду права на поштовање породичног живота. Напомињемо да је реч о случају када се дете налази код другог родитеља. Међутим, ЕСЉП је отишао тако далеко да се одбијање контакта услед противљења детета контакту са родитељем, када се дете налази код партнера другог родитеља, не сматра повредом права на поштовање породичног живота (*С. против Финске*). На тај начин је родитељско право у сукобу са правом других особа према детету знатно сужено. Потпуно контрадикторно у односу на случај *Nanning против Немачке*, када је пропуст

одређивања контакта и поред противљења детета сматран повредом права на поштовање породичног живота. Међутим, у случају *Nanning*, за разлику од свих претходних где се дете противило контакту и где није утврђена повреда, дете није било код родитеља који врши родитељско право већ у хранитељској породици.

До противљења бабе и деде контакту детета са родитељем долази у случају када баба и деда, услед тога што један родитељ привремено повери децу њима, одбију да врате дете. Међутим, с обзиром на то да родитељ, пре свих других особа, има право на поштовање породичног живота у односу на дете, одбијање бабе и деде да врате дете родитељу доводи до мешања у његов породични живот. Уколико држава пропусти да предузме принудне мере против бабе и деде у циљу враћања детета родитељу, настаје повреда права на поштовање породичног живота (*Amanalachioai против Румуније, Hokkanen против Финске*). Повреда ће постојати и у случају одбијања враћања детета, чак и када се дете противи повратку, а већ се уклопило у нову породичну средину и оформило породични живот са бабом и дедом. Овде видимо супротно резонување Суда у односу на одлуку *C. против Финске*, где одбијање домаћег суда да врати дете родитељу услед противљења детета које се налазило код партнера преминулог родитеља није сматрано повредом. Тиме је суд стао на становиште да партнер родитеља детета (очух, маћеха) има јаче право на поштовање породичног живота у односу на бабу и деду. Тако је у још једној области права на поштовање породичног живота критеријум социјалних веза однео превагу над биолошким (крвним) критеријумом.

Супротна становишта у погледу права на поштовање породичног живота браће и сестара заузео је Суд у пресудама *I. и U. против Норвешке* и *Mustafa и Armagan Akin против Турске*. Док је у првом случају онемогућавање контакта између брата и сестре начином уређења личних односа оба родитеља и деце након развода брака повредило право на поштовање породичног живота, спречавање контакта између сестара није сматрано повредом, у другом случају. Разликовање донекле видимо (не и оправдавамо) у томе што је контакт између сестара спречен позивањем на најбољи интерес детета, ради интегрисања најмлађе сестре у усвојеничку породицу.

Право на поштовање породичног живота детета оличено у најбољем интересу детета и самосталном одлучивању о одржавању контакта са родитељем, има јачу снагу од права родитеља на поштовање породичног живота у виду одржавања контакта са дететом. Најбољи интерес детета надилази у овој области право на поштовање породичног живота других чланова породице. Иако родитељи, пре свих осталих особа имају право на поштовање породичног живота у односу на дете, као што смо видели, најбољи интерес детета и оформљен породични живот са другим особама (сродницима, очухом, маћехом) доводи до тога да родитељи немају ексклузивно право на поштовање породичног живота у односу на друге сроднике и особе блиске детету. Њихово право на поштовање породичног живота надилази право на поштовање породичног живота других сродника и особа које су формирале породични живот са дететом, само уколико се дете не противи, тачније уколико ЕСЈП нађе да контакт није у супротности са интересима детета. На тај начин, ЕСЈП, детету и његовим интересима даје примаран значај у области контакта. ЕСЈП проширеним концептом породичног живота пружа заштиту и праву на поштовање породичног живота очуха и маћехе.⁸⁹¹

Питање контакта посебно се разматра у случају ванбрачног очинства, с обзиром на то да ванбрачни очеви неретко не живе заједно са својим дететом (и мајком) и тако не формирају породични живот са дететом. Противљење мајке контакту детета и оца, један је од чинилаца који негативно утичу на конституисање породичног живота, те се поставља питање да ли ће у том случају ванбрачни отац моћи да оствари контакт са дететом као битан аспект права на поштовање породичног живота. Утврђивање ванбрачног очинства неопходно је да би се формирала правна веза као предуслов за остваривање права на контакт. Међутим, чак и ако није утврђено очинство, могуће је да се утврди постојање породичног живота између ванбрачног оца и детета уколико је отац живео са мајком детета пре или након рођења детета, ако је посећивао дете или мајку, ако је показао интересовање за дете упркос противљењу мајке. Тако, могуће је и да се без утврђеног ванбрачног очинства призна право на контакт ванбрачном оцу. Одбијање контакта поред постојања ових чињеница, доводи до повреде права на поштовање породичног живота, сматрамо, сасвим оправдано. Такође, одбијање

⁸⁹¹ K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014, стр. 226.

разматрања да ли би контакт између ванбрачног оца и детета био у интересу детета или оца, уколико није утврђено ванбрачно очинство, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

Обавеза је државе да омогући контакт између детета и оца и ако није утврђено очинство, ако између њих постоји породични живот. Повезано са претходном обавезом, држава има обавезу да размотри да ли би у случају када није утврђено очинство, контакт био у најбољем интересу детета.

Посебно се разматрају обавезе државе када се један родитељ противи контакту детета и другог родитеља. Постоји обавеза да се контакт спроведе у адекватном простору и времену када се један родитељ противи контакту детета и другог родитеља. Обавеза државе је, да у светлу најбољег интереса детета, разматра досуђивање контакта детета са родитељем који не врши родитељско право, када се други родитељ противи контакту. У случају противљења родитеља контакту детета и другог родитеља, претежни став је да постоји обавеза државе да спроведе судску одлуку о контакту, као и да предузме санкције и принудне мере против родитеља који спречава контакт. Ова обавеза државе може бити поништена позивањем на најбољи интерес детета који има карактер вета на право родитеља да остварује контакт са дететом. На тај начин противљење родитеља, уз критеријум најбољег интереса детета, онемогућава остваривање контакта детета и родитеља који не врши родитељско право. Међутим, у случајевима противљења родитеља, постоји и супротна пракса да држава нема обавезу да омогући принудно довођење детета ради остваривања контакта родитеља који не врши родитељско право уколико се други родитељ изричито противи одвијању контакта. Наш став је да у случају спречавања родитеља у остваривању судски утврђеног права на контакт, треба изменити одлуку о вршењу родитељског права. Обавеза примене принудних мера има карактер облигације средства, не и облигације циља - довољно је да се предузму, не и остваре принудне мере. Ако предузете принудне мере не доведу до остваривања контакта, држава неће бити одговорна за повреду права на поштовање породичног живота. Потпуно супротан став Суда у односу на праксу у области отмице деце, у Глави VII, где се тражи, не само примена, већ (и) остваривање принудних мера против родитеља-отмичара.

Држава нема обавезу да спроведе контакт између детета и родитеља ако се дете снажно и константно противи одржавању контакта. Међутим, када се дете не налази код родитеља који врши родитељско право, већ код других особа (партнера преминулог родитеља), постоји обавеза државе да омогући контакт иако се деца (под дејством партнера родитеља) снажно противе контакту. У осталим случајевима, противљење детета које се налази код родитеља који врши родитељско право не рађа обавезу државе да спроведе контакт. Слично, када се баба и деда противе контакту детета и родитеља, држава има обавезу да предузме принудне мере и да омогући контакт детета и родитеља, чак и ако се дете противи контакту. У случају противљења детета, обавеза је државе да омогући родитељу да учествује у поступку и да се изјасни поводом противљења детета.

Када се дете налази у социјалној институцији, ако није могуће остварити лични контакт, држава има обавезу да омогући одвијање телефонског и писаног контакта између детета и његових родитеља.

Обавеза је државе да у оквиру доношења одлуке о додељивању деце родитељима приликом развода брака, омогући остваривање контакта између браће и сестара. Не постоји обавеза да се омогући контакт између сестара ако је једна сестра дата у усвојитељску породицу у циљу заснивања усвојења. Интерес детета за стабилношћу надилази право других браће и сестара на контакт. Држава има обавезу да омогући контакт између стрица и братанца који се налази у социјалној установи.

За разлику од Конвенције, домаће законодавство не предвиђа право мушкарца да одржава личне односе са дететом ако није утврђено његово очинство. Непостојање утврђене биолошке везе онемогућава настанак права на контакт, чак и ако фактички постоји контакт између мушкарца и детета. Домаће право не признаје право на контакт крвним сродницима (баби, деди, стрицу, тетци) и другим блиским особама са дететом (очуху и маћехи). Тако, у домаћем праву баба и деда, стриц, тетка, ујак немају право на контакт са дететом, већ само дете има право на контакт са блиским особама. На тај начин домаће право поводом контакта детета и других особа, у односу на Конвенцију, има екстензивни појам родитељског права, и рестриктиван приступ праву на контакт крвних сродника и блиских особа.

Глава VI

Усвојење и Хранитељство

1. Усвојење

1.1 Опште напомене о усвојењу

Усвојење је правна установа којом се установљава правна веза између детета и особе или особа од којих дете генетски не потиче. Шароликост форми заштите детета без родитељског старања у националним правним системима и чињеница да усвојење никада није било универзално прихваћено, узрокују изостанак намере за унификацијом усвојења на европском правном тлу.⁸⁹² У муслиманским земљама и државама Средњег Истока не постоји усвојење базирано на начин као што је то у европским државама. Деца без родитељског старања у првој групи држава штите се кроз старатељство или посебну установу „кафала“ чији се смисао огледа у томе да крвни сродници брину о детету, али да дете задржава везу са биолошком породицом.⁸⁹³ *Кафала* заузима посебно место у пракси ЕСЈП поводом признања међудржавног усвојења.

Разлози заснивања усвојења могу бити различити. Активно и пасивно понашање родитеља које условљава да дете буде смештено у социјалну институцију - злостављање и занемаривање детета, одбацивање (напуштање) детета, социјално-економски узроци (сиромаштво родитеља), неподобност (млад узраст) родитеља за старање о детету.

За разлику од некадашњих доминантних ставова по питању суштине усвојења, према којима се пару без деце обезбеђује потомство, циљ савременог усвојења је обезбеђивање породице детету, односно уважавање најбољег интереса детета у светлу његовог усвојења.⁸⁹⁴

⁸⁹² За усвојење у Тринидаду и Тобагу видети, К. Stewart, Implementing the Child Protection Provisions of the Convention on the Rights of the Child in Trinidad and Tobago, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 21, Num. 1, Fall 2013, Coral Gables, стр. 87.

⁸⁹³ Видети, G. Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child, Hague, 1998, стр. 95.

⁸⁹⁴ Тако и G. Van Bueren, Child Rights in Europe, Strasbourg, 2007, стр. 128; J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 58.

Две установе заштите детета без родитељског старања доминирају и међусобно се преклапају у нашој анализи праксе ЕСЈП - усвојење и хранитељство. У случају усвојења, држава је већ из одређеног разлога на иницијативу родитеља или *ex officio* интервенисала у породични живот између детета и родитеља. То је учињено измештањем детета у сродничку породицу, хранитељску породицу или у социјалну установу. Дуализам усвојења свој смисао показује баш на пољу права на поштовање породичног живота. Усвојење је један од начина престанка права на поштовање породичног живота родитеља и детета, а уједно и начин успостављања права на поштовање породичног живота усвојитеља и детета. Ипак, граница прекида једног и успостављања другог породичног живота није тако јасна, имајући у виду да усвојитељи остварују личне односе (породични живот) са дететом у време док још постоје лични односи (породични живот) детета и родитеља. ЕСЈП је дао тумачење да Конвенција не предвиђа право да се дете усвоји.⁸⁹⁵

С обзиром на то да код усвојења долази до престанка породичног живота биолошких родитеља и детета, ЕСЈП види усвојење као последње средство у случају када се поновно успостављање породичног живота детета и родитеља покаже неостварљивим. Потпуно усвојење представља најдрастичнији облик умањења породичне везе између детета и родитеља, односно један од начина престанка породичног живота, а самим тим и права на поштовање породичног живота.

Трајност института усвојења истиче се као главна предност у односу на хранитељство. Међутим, извесна истраживања нису могла да подрже теоријске поставке о предности усвојења над хранитељством.⁸⁹⁶ Негативне стране усвојења односе се на то да се таквим обликом не решавају проблеми заштите детета, већ се погоршавају. Трајни облик породичне заштите, као усвојење, пружа сигурност детету, за разлику од хранитељства, где се привременост заштите противи интересу стабилности детета. Циљ је да се детету које се налази у систему социјалне заштите нађе породица и стабилно породично окружење у коме ће се развијати. Усвојење је успешније ако је дете млађег узраста, с обзиром на то да

⁸⁹⁵ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 335.

⁸⁹⁶ J. Eekelaar, *Contact and the Adoption Reform*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 263.

старија деца са собом носе припадност, лојалност биолошкој породици и теже се уклапају у нову средину у односу на децу млађег узраста. Предности одржавања личних односа детета са биолошким родитељима огледају се и кроз увид у податке о здрављу детета. Са друге стране, успешна интеграција детета у усвојитељску породицу отежана је ако дете одржава личне односе са биолошком породицом. Конфликт лојалности између две породице неповољно утиче на дете. Стога, посматрано кроз призму наше теме, усвојење има дубоке последице на породични живот три стране: детета, биолошких родитеља и усвојитеља. Усвојењем: престаје право детета на поштовање породичног живота у односу на родитеље и, уједно, конституише се право на поштовање породичног живота детета у односу на усвојитеље; престаје право на поштовање породичног живота биолошких родитеља; настаје право на поштовање породичног живота усвојитеља.

1.2. Сукоб права родитеља на контакт са дететом и права усвојитеља

Када родитељи покрену поступак усвојења, њихово иницирање трајне заштите детета путем усвојења не би требало да доводи до сукоба са правом на поштовање породичног живота усвојитеља. Међутим, уколико је дете одузето од родитеља и покренут је поступак усвајања, родитељи имају и даље право на поштовање породичног живота кроз право на контакт са дететом. Са друге стране, у интересу детета је да се интегрише у породицу усвојитеља. Ово је посебно случај код непотпуног усвојења где дете задржава личне односе са биолошком породицом, као и наследна права према њима.⁸⁹⁷ Поставља се питање потребе да дете које се даје на усвајање задржи личне односе са биолошким родитељима. Одговор можда лежи у чињеници да се највећи број деце који се налази на смештају у социјалним установама накнадно врати у своју биолошку породицу,⁸⁹⁸ као и да значајан проценат деце, чак 70%, након усвојења има неки вид контакта

⁸⁹⁷ За став ЕСЉП поводом усвојења и наследних права видети случај, *Pla and Puncernau v Andora*, пред. бр. 69498/01, пресуда од 13. јула 2004. године.

⁸⁹⁸ J. Eekelaar, *Contact and the Adoption Reform*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 259. Подаци говоре да се чак 70% деце која су се налазила у социјалним установама врати у биолошку породицу.

са биолошким сродницима.⁸⁹⁹ Наведени подаци представљају аргументацију против потпуног прекида породичног живота детета и биолошких родитеља, те заснивања потпуног усвојења.

Тешко је замислити успешно засновано усвојење детета које одржава личне односе са родитељима, а родитељи се противе усвојењу. Најбољи интерес детета директно је угрожен на тај начин. Највећи проблем за усвојитеље представља успостављање односа емоционалне повезаности са дететом. Међутим, у одсуству злостављања или занемаривања детета неспоран је значај одржавања личних односа детета са биолошким родитељима, стога што тај однос позитивно утиче на дете развијањем осећаја идентитета и самопоштовања, посебно код деце старијег узраста.⁹⁰⁰ Међутим, у случају противљења усвојитеља одржавању личних односа детета са родитељима или противљења родитеља усвојењу, контакт са биолошким родитељима не би био у интересу детета.

У случају *К. и Т. против Финске*, ЕСЉП је истакао да се могућност за поновно уједињење породице умањује ако није дозвољено уопште или се омогућава у незнатној мери да родитељи и деца одржавају личне односе. Ово би значило да потпуно усвојење није у складу са ЕКЉП, с обзиром на то да се потпуним усвојењем прекида контакт детета и родитеља, самим тим и породични живот.⁹⁰¹ Међутим, имајући у виду да ЕСЉП у свим поступцима где се дете јавља као субјект води рачуна о најбољем интересу детета, као о врховном начелу које надилази интересе других чланова породице, потпуно усвојење није противно Конвенцији.

⁸⁹⁹ E. Neil, *Adoption and Contact: A Research Review*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 277.

⁹⁰⁰ J. Eekelaar, *Contact and the Adoption Reform*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 267.

⁹⁰¹ Међутим, чак ни потпуно усвојење не мора довести до потпуног прекида личних односа детета и биолошких родитеља ако је контакт у интересу детета. У случају да премину усвојитељи, дете може имати интерес да добија издржавање од биолошких родитеља, *Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010*, Karlsruhe, 2013, стр. 73.

1.3. Међудржавно усвојење

1.3.1. Признање међудржавног усвојења у домаћој држави

Одбијање признања усвојења у домаћој држави, уколико држава порекла детета, уједно и држава где је усвојење засновано, не предвиђа усвојење као облик заштите, не представља повреду права на поштовање породичног живота. Ово је посебно случај ако се усвојитељима омогућава да без препрека врше родитељско право у домаћој држави.⁹⁰²

У случају *Harroudj против Француске*,⁹⁰³ ЕСЉП је навео да између детета и подносиољке постоји породични живот и да је одлука о одбијању усвојења довела до мешања у породични живот подносиољке. Компаративни преглед показује да се *кафала* не изједначава са усвојењем, али да, са друге стране, *кафала* у Француској и неким другим државама производи правне последице старатељства или смештаја детета у породицу ради усвојења.⁹⁰⁴ Међу државама чланицама Савета Европе не постоји консензус о томе да ли право државе порекла детета представља сметњу за усвојење.⁹⁰⁵ Домаће право предвиђа да није могуће усвојити дете ако право државе порекла детета у свом систему не прописује заштиту детета путем усвојења. ЕСЉП се позвао на Хашке конвенције о усвојењу из 1993. и 1996. године, а посебно на Конвенцију о правима детета из 1989. године, која изричито предвиђа *кафалу* као институт којим се штите

⁹⁰² M. Welstead, S. Edwards, Family Law, Oxford, 2008, стр. 319, поводом признања међудржавног усвојења.

⁹⁰³ *Harroudj v France*, пред. бр. 43631/09, пресуда од 4. октобра 2012. године. Подносиољка је француска држављанка којој је алжирски суд 2004. године дозволио да напуштено алжирско дете, рођено новембра 2003. године, узме под своју заштиту у оквиру муслиманског института кавала (*кафала*). У фебруару 2004. године подносиољка је одвела дете у Француску где је поднела захтев да усвоји дете. Њен захтев је одбијен 2007. године са образложењем да држава порекла детета (Алжир) не предвиђа институт усвојења. Исламске земље (са изузетком Турске, Индонезије и Туниса) не дозвољавају усвојење детета са истим правним последицама које производи рођење детета, већ предвиђају институт "*кафала*" који је сличан, али не и идентичан институту усвојења. "*Кафала*" је институт заштите детета који подразумева (само) узимање детета на чување, негу и образовање, не и заснивање наследних права. Подносиољка се жалила да је одбијање заснивања усвојења довело до повреде права на поштовање њеног породичног живота.

⁹⁰⁴ О правима детета у исламском праву, тачније Арапској повељи о људским правима, W. Allam, The Arab Charter on Human Rights: Main Features, Arab Law Quarterly, Vol. 28, Num. 1, 2014, Leiden, Boston, стр. 53.

⁹⁰⁵ У Немачкој, Шпанији и Италији, *кафала* је призната као облик заштите детета без родитељског старања, M. R. Marella, Critical Family Law, Journal of Gender, Social Policy and the Law, 19/2011, стр. 741.

најбољи интереси детета, аналогно као код усвојења.⁹⁰⁶ Одбијање усвојења утемељено је у складу са праксом и циљем међународних уговора. Домаћи судови су утврдили да је подносиатељка дала детету породично презиме и да је вршила родитељско право, те јој је тако омогућено да доноси одлуке које се тичу подизања детета. Истина је да *кафала* не дозвољава успостављање средства, као ни стицање наследних права и држављанства, али подносиатељка може укључити дете у свој тестамент и у том документу поставити старатеља који ће се бринути о детету. Француско право дозвољава да дете које не може бити усвојено услед исламског порекла, након пет година живота у Француској и старања од стране француског држављанина, може захтевати француско држављанство и на такав, посредан начин, бити усвојено. На тај начин, дете може бити усвојено. Наведеним правилном о стицању држављанства француске власти чине напор да поспеше интеграцију *кафала* деце, уз истовремено очување везе детета са државом порекла. Тиме се поштује културни плурализам и постиже правичан баланс јавног интереса и интереса подносиоца за успостављањем усвојења. На основу изнетих аргумената, ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.⁹⁰⁷

Породични живот постоји између братанице и стрица и стрине. Одбијање признања усвојења, уколико је у другој држави заснована форма заштите детета која није идентична усвојењу, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Chbihi Loudoudi против Белгије*,⁹⁰⁸ ЕСЉП је навео да између братанице и стрица (стрине) постоји породични живот, с обзиром на то да су они

⁹⁰⁶ R. Arshad, *Islamic Family Law*, London, 2010, стр. 170; G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 130.

⁹⁰⁷ О међудржавном усвојењу у француском праву, G. V. Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 129.

⁹⁰⁸ *Chbihi Loudoudi v Belgium*, пред. бр. 52265/10, пресуда од 16. децембра 2014. године. Подносиоци су белгијски држављани, супружници рођени 1953. и 1966. године и њихова братаница, мароканска држављанка рођена 1995. године. Супружници су 2002. године почели да се старају о њиховој братаници на основу *кафала* института и споразума са биолошким родитељима детета одобреног од стране мароканског суда. У августу 2003. године нотар у Белгији је одобрио непотпуно усвојење и дете је дошло са подносиоцима у Белгију. Ипак, у децембру 2005. године домаћи суд је одбио захтев подносиоца да усвоје дете. Они су 2009. године поднели нов захтев који је одбијен, као и жалба на ту одлуку суда. Суд је навео да би усвојење детета било супротно *кафала* споразуму којим се не успоставља правни однос родитељ-дете, већ се дете даје на чување и васпитање. Усвојење подразумева конституисање новог правног статуса. Детету је од доласка у Белгију више пута продужавана привремена дозвола боравка и одбијани су захтеви за

живели заједно од њене седме године, да су се старали о њој као родитељи и да се стога њихов однос ни по чему не разликује од стандардног појма породичног живота.

Суд није довео у питање налаз домаћих власти да се *кафала* не може уподобити институту усвојења. Заснивање усвојења не би било у најбољем интересу детета имајући у виду чињеницу да дете има биолошке родитеље у Мароку са којима одржава контакт. Одбијање усвојења не лишава подносиоце остваривања правног односа са дететом, с обзиром на то да им је на располагању институт отвореног старатељства који је могуће уподобити *кафали*. Такође, подносиоци нису указали на постојање додатних фактичких препрека у остваривању породичног живота са дететом на основу постојећег статуса, осим проблема око добијања сталне боравишне дозволе. Није нађена повреда права на поштовање породичног живота. Сматрамо да у свим случајевима *кафала* усвојења не би требало признати аутоматско превођење *кафале* у усвојење аргументујући то непостојањем истих последица *кафале* и усвојења. Признање у домаћој држави одређеног института заштите детета заснованог у другој држави могуће је једино ако тај институт производи иста права и обавезе као и предметни институт, или права особа која врше родитељско право која су мања по обиму од права која би имали у складу са институтом заснованим у страниој држави. У супротном, усвојитељи би доласком у домаћу државу и превођењем *кафале* у усвојење стекли већа права према детету него што је то иницијално предвиђено. Додатно, *кафала* је призната Конвенцијом о правима детета као посебан облик заштите детета, који није идентичан са усвојењем.

Однос стрица и братанца спада под породични живот. Одбијање признања усвојења детета извршеног од стране стрица-монаха представља повреду права на поштовање породичног живота.

добијањем трајне дозволе боравка. Коначно је у априлу 2014. године одобрена трајна дозвола боравка. Подносиоци су се жалили да је одбијање заснивања усвојења повредило право на поштовање породичног живота.

У случају *Negrepontis-Giannisis против Грчке*,⁹⁰⁹ ЕСЈП ја навео да однос стрица и братанца који су живели заједно представља породични живот. Одлука грчких власти да одбију признање усвојења заснованог у САД које представља *de facto* породични живот, представља мешање у породични живот. Одредбе на основу којих је домаћи суд сматрао да је усвојење детета од стране монаха супротно јавном поретку, застарела су и датирају још из XVII и XIX века, док важећа правила признају право монаху да закључи брак. ЕСЈП је навео да је усвојење засновано још 1984. године када је подносилац био одрасла особа.⁹¹⁰ Питање пуноважности усвојења од стране породице усвојиоца није покренуто претходно, већ тек након што се поставило питање наслеђивања усвојиоца-монаха. Разлози домаћег суда поводом одбијања признања усвојења не коинцидирају са тренутним социјалним потребама. Разматрајући члан 8. и члан 14. ЕКЈП, ЕСЈП је навео да различито третирање биолошког од усвојеног детета нема оправдања, посебно узимаћи у обзир да је од 1982. године, две године пре заснивања предметног усвојења, монасима дозвољено да закључе брак и заснују породицу. ЕСЈП је констатовао повреду права на поштовање приватног и породичног живота.⁹¹¹

Непризнавање потпуног усвојења детета од стране једне особе у домаћој држави која не познаје институт потпуног усвојења детета кад то чини особа која

⁹⁰⁹ *Negrepontis-Giannisis v Greece*, пред. бр. 56759/08, пресуда од 3. маја 2011. године. Подносилац је грчки држављанин кога је на основу одлуке суда у САД, 1984. године усвојио стриц, монах православне цркве, са ким је подносилац живео. Подносилац се вратио у Грчку 1985. године, а његов стриц-усвојилац 1986. године. Усвојилац је преминуо 1998. године. Грчки суд је 1999. године донео одлуку да усвојење засновано у САД није у супротности са грчким јавним поретком и добрим обичајима и том приликом признао усвојење. Подносиоцу је 2001. године одлуком административних власти дозвољено да дода презиме свог усвојиоца свом презимену. Током 2000. и 2001. године породица усвојиоца покренула је поступке за поништење заснованог усвојења. Првостепени суд је 2002. године одбио њихов захтев, наводећи да усвојење од стране монаха није противно грчком праву. Међутим, другостепени суд је сматрао да монах не може предузимати правне послове, а самим тим ни усвојити дете, и на тај начин преиначио првостепену одлуку. Жалба подносиоца на овакву одлуку је одбијена и суд је накнадно нашао да је усвојење детета од стране монаха супротно грчком јавном поретку. Подносилац се жалио да је одбијање домаћих власти да признају засновано усвојење повредило његово право на поштовање приватног и породичног живота.

⁹¹⁰ Постављамо питање како је уопште могло доћи до усвојења ако је подносилац у време заснивања усвојења био одрасла особа. Из текста пресуде нисмо успели да расветлимо ову битну чињеницу.

⁹¹¹ О условима које у грчком праву треба да испуне хранитељи, видети Р. Agallopoulou, *The International Survey of Family Law 2010 edition*, Bristol, 2010, стр. 153. Минимална старост хранитеља треба да буде 30 година, а максимална 60 година. Хранитељ треба да буде старији од хранитеља најмање 18, али не више од 50 година.

није у (ван)брачној заједници, супротна је ЕКЉП и представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Wagner u J. M. W. L. против Луксембурга*,⁹¹² ЕСЉП је утврдио да се подносиатељка понашала као мајка детета те да је између ње и детета постојао *de facto* породични однос. Постоји широк консензус међу државама чланицама Савета Европе да је усвојење могуће од стране невенчаних особа без додатних ограничења.⁹¹³ Претходно је утврђено да је према дотадашњој пракси у Луксембургу, без потребе признања, било могуће спровести одлуку о усвојењу заснованом у Перуу. Изненада је, тек у случају подносилаца, напуштена претходна пракса аутоматског признања одлуке о усвојењу. Одбијањем луксембуршких власти, да са правне стране признају постојање породичног односа, веза усвојитељке и детета није могла да добије пун правни ефекат у Луксембургу. Оваквом одлуком домаћих власти превага је дата правној над друштвеном реалношћу. На основу тога, дете није могло бити интегрисано у породичну средину, а циљ потпуног усвојења управо је у умањивању или раскидању породичног живота детета са биолошком породицом и успостављању потпуног породичног живота са новом усвојеничком породицом. Дете, такође, није могло да развије однос са мајком-усвојитељком услед немогућности признања потпуног усвојења. Створен је својеврсни правни вакуум у коме се дете налазило, иако је у међувремену омогућено непотпуно усвојење детета. Чињеница да је дете у овом случају напуштено од биолошких родитеља треба да има за циљ да дозволи признање перуанске одлуке о потпуном усвојењу и интегрисању

⁹¹² *Wagner and J.M.W.L. v Luxemburg*, пред. бр. 76240/01, пресуда од 28. јуна 2007. године. Подносиоци су држављанка Луксембурга и њено усвојено дете. Подносиатељка је самостално усвојила трогодишње напуштено дете у Перуу. Она је поднела захтев да се одлука о усвојењу детета у Перуу спроведе у Луксембургу у циљу добијања луксембуршког држављанства детета, а затим регистрације и добијања сталног пребивалишта детета у Луксембургу. Захтев је одбијен из разлога некомпатибилности одлуке о потпуном усвојењу детета од стране једне особе у перуанском и луксембуршком праву. Подносиатељка се жалила да је стављање луксембуршких правила изнад међународног споразума у супротности са чланом 8. ЕКЉП. Домаћи суд је навео да је потпуно усвојење од стране једне особе у колизији са домаћим правним правилима која захтевају да се дете може потпуно усвојити само од стране брачног пара а не поједин(а)ца. Подносиоци су накнадно добили признање непотпуног усвојења, јединог начина да се призна у Луксембургу међудржавно усвојење извршено од стране једне особе. Подносиоци су се жалили да је одбијање признања потпуног усвојења у домаћем праву довело до повреде права на поштовање породичног живота.

⁹¹³ За међудржавно усвојење од стране једног родитеља, P. Vlaardingerbroek, *International Adoption and the Best Interest of the Child - Time for a Critical Reflection!?*, у T. Helms, J.M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht*, Frankfurt am Main, Berlin, 2008, стр. 303.

детета у нову, усвојеничку породицу. У оваквим случајевима, најбољи интерес детета треба да има примат у односу на правне норме. Последице непризнавања одлуке о усвојењу огледале су се и у немогућности да дете ужива социјалне повластице везане за домаће грађане. Даље, дете је константно током периода од десет година од доласка у Луксембург имало обавезу да редовно тражи дозволу боравка, као и визе за путовања у многе стране државе. Домаћи суд није смео да не уважи постојање *de facto* породичних веза детета и подносиоце. Из наведених разлога Суд је утврдио да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота. Сматрамо да је, уважавајући чињеницу да је у извесним случајевима дете везано за једну особу која није у браку или ванбрачној заједници, потребно дозволити потпуно усвојење од стране једне особе. Интерес детета је да ужива потпуну родитељску заштиту, и у складу са тим, налазимо да је оправдано признати потпуно усвојење од стране једне особе у домаћој држави и када то није предвиђено домаћим правом.

Питање признања усвојења заснованог у другој држави односи се на различите области: *кафала* усвојење, усвојење од стране монаха и признање потпуног усвојења од стране једне особе. Заштиту детета путем института *кафала* није могуће уподобити усвојењу, те не постоји обавеза домаће државе да призна *кафалу* као усвојење. Држава је обавезна, иако не познаје потпуно усвојење од стране једне особе, да призна овај облик усвојења заснован у другој држави. Занимљиво је да се код питања усвојења братанца од стране стрица, ЕСЉП изјаснио да међу њима постоји породични живот и тако потврдио постојање породичног живота између ових крвних сродника.⁹¹⁴ Утврђивање постојања породичног живота у вези са покушајем поништења усвојења услед наследноправних мотива навела је ЕСЉП да утврди, за разлику од претходна два случаја, постојање повреде права на поштовање породичног живота. Право на усвојење доведено је у везу са правом на закључење брака монаха, те се сматрало да дозвола закључења брака монаха повлачи и дозволу да монах усвоји дете.

⁹¹⁴ За усвојење детета од стране његове бабе видети још, R. Bailey-Harris, C. Bridge, N. Lowe, *Family Law Reports*, 3/2014, London, стр. 376.

1.3.2. Улога социјалних служби у поступку усвојења

Породично право путем својих правила може да оптира за један од два циља када су у питању деца одвојена од родитеља и смештена у социјалну установу: или да се рехабилитује однос (породични живот) детета и биолошких родитеља и да се одржавањем контакта дете након одређеног периода врати у биолошку породицу, или да се умањењем, односно престанком личних односа детета и родитеља оно укључи у поступак усвајања. Ради се о процени да ли је у најбољем интересу детета поновно уједињење породице, или, пак, налажење алтернативног (привременог хранитељског или трајног усвојитељског) породичног смештаја за дете. У овом процесу улога социјалних служби је од изузетног значаја имајући у виду да ове службе врше процену подобности коначног издвајања детета из биолошке породице, односно његове интеграције у нову усвојитељску породицу.

1.3.2.1. Одбијање социјалне установе да преда децу и мишљење деце поводом усвојења

Најбољи интерес детета оличен у противљењу деце усвојењу, надилази формално већ засновано усвојење под условом да деца никада нису боравила у усвојитељској породици и нису формирала *de facto* породични живот. У светлу тих околности не постоји обавеза државе да предају децу страним усвојитељима.

У случају *Pini u Bartani, Maneira u Atripaldi protiv Румуније*,⁹¹⁵ ЕСЉП је навео да иако су подносиоци имали контакт са својим усвојеницима, такав однос не сматра се *de facto* породичним односима. Одлука о усвојењу заснована је на испуњењу законских услова, као и домаћих и међународних стандарда. Сагласност деце није тражена с обзиром на то да су деца била млађа од 10 година.⁹¹⁶ Иако заједнички живот између деце и усвојитеља није успостављен, а самим тим и *de facto* породични живот, усвојитељи су у потпуности поштовали процедуру прописану од стране румунских власти. Подносиоци су испунили захтев социјалне установе да могу да комуницирају са децом путем писама само на румунском језику. У овом случају није дошло је до сукоба интереса усвојитеља и биолошке породице, већ усвојитеља и усвојеника - жеље усвојитеља да успоставе породични однос и жеље деце да остану у социјалној институцији где су одрасли и формирали породичне везе. ЕСЉП је дао примат најбољем интересу деце у контексту приоритета жеља деце над интересима усвојитеља. Истиче се да се посебно у случајевима усвојења примарно цени најбољи интерес деце. Подносиоцима је, правно-формално, признат статус усвојитеља а да претходно нису познавали децу, нису успоставили никакве блиске емотивне везе, нити породични однос са децом, тада старом девет и по година. У време доношења одлуке о усвојењу, деца су била близу границе од 10 година када је потребна њихова сагласност за усвојење. Деца су изричито и констатно одбијала да буду усвојена. Једно дете је по стицању потребног узраста успешно оспорило усвојење

⁹¹⁵ *Pini and Bertani, Manera and Atripaldi v Romania*, пред. бр. 78028/01 и 78030/01, пресуда од 22. јуна 2004. године. Подносиоци су два италијанска брачна пара који су на основу судске одлуке усвојили децу румунског држављанства. Од када су напуштена од родитеља, деца су се налазила у приватној социјалној институцији у Румунији. Одлука о добијању нових извода из матичне књиге рођених за децу донета је септембра 2000. године. Наведено је да подносиоци испуњавају услове у складу са домаћим правилима, као и Хашком конвенцијом о сарадњи у области међудржавног усвојења из 1993. године. Коначна одлука о усвојењу донета је у августу 2001. године када је одређено да социјална установа треба да преда децу подносиоцима. Установа је одбила да преда децу и поднела је суду жалбу која је одбијена. Након нових жалби социјалне установе током 2002. и 2003. године, установа је успела да одложи предају деце усвојитељима. Подносиоци су захтевали спровођење одлуке о усвојењу домаћих власти. Паралелно, установа је поднела захтев за поништење усвојења. Такође, једно дете поднело је захтев за поништење одлуке о усвојењу и успело у томе. Домаћи суд је утврдио да су животни услови деце у установи задовољавајући. Деца су изјавила да не желе да оду код усвојитеља и да су у установи формирали социјалне и емотивне везе са другом децом и запосленима од којих су неке звали "мама", "тата" и "тетка". Подносиоци су се жалили да је неспровођење одлуке о предаји деце довело до повреде права на поштовање породичног живота.

⁹¹⁶ О томе да усвојење не може бити бити у интересу детета ако се оно не сагласи са усвојењем, S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 327.

пред судом. Изразито противљење деце, као у овом случају, доводи до немогућности хармоничне интеграције деце у усвојитељске породице. У складу са овим чињеницама, румунске власти нису имале обавезу да осигурају да деца напусте државу, посебно када су већ били покренути поступци за поништење почетне одлуке о усвојењу.⁹¹⁷ Из наведених разлога, ЕСЈП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.⁹¹⁸

Одлука о заснивању усвојења је донета али није спроведена. Чињеница неспровођења одлуке је била у корист социјалне институције, али у супротности са интересима усвојитеља. Иако је у питању приватна социјална институција те држава не може бити одговорна за њено поступање, протек времена од три године у коме држава није предузела мере да спроведе одлуку о усвојењу, ако је потребно и принудним путем, представља њен пропуст. Протек времена довео је до неповратних последица по подносиоце. Утврђена је повреда по основу члана 6. ЕКЉП.⁹¹⁹ Сматрамо да је одлука о одбијању предаје деце оправдана. Овакав став аргуменујемо тиме да у свим случајевима када се дете старијег узраста противи одласку у другу државу, усвојење неће бити у интересу детета. Такође, мимо редовног тока, у овом случају није успостављен породични живот између усвојитеља и усвојеника. Са друге стране, налазимо да одлуку о заснивању усвојења у светлу ових чињеница није ни требало доносити. Непоштовање одлуке доводи до угрожавања начела правне сигурности заснованих усвојења са иностраним елементом.

1.4. Сагласност родитеља за усвојење детета

1.4.1. Недостатак сагласности оца

Имајући у виду да смо указали у Глави III на различит положај ванбрачног и брачног оца по питању права која имају према свом детету, у овом делу

⁹¹⁷ За издвојено мишљење судије *Loucaides* у овом случају, F. Tulkens, A. Kovler, D. Spielmann, L. Cargiolou, Judge Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Leiden-Boston, 2008, стр. 241.

⁹¹⁸ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 126.

⁹¹⁹ Посматрајући упоредноправна решења, примећујемо да већина држава у САД дозвољава приватно усвојење, без учешћа државних власти, док европска законодавства, по правилу, изричито захтевају учешће државних органа у поступку усвојења.

разматраћемо недостатак сагласности ванбрачног оца за усвојење детета. ЕСЉП се посебно бавио проблематиком давања детета на усвајање од стране мајке без обавештавања ванбрачног оца о томе. Уопштено посматрано, два основна проблема јављају се код усвојења и права на поштовање породичног живота. Прво, у случају када се оба родитеља јављају као стране у поступку усвојења, може доћи до сукоба права на поштовање породичног живота родитеља и права на поштовање породичног живота усвојитељске или хранитељске породице које су већ успоставиле породични живот (личне односе) са дететом. Други случај представља повреду права на поштовање породичног живота ванбрачног оца у случају када мајка даје дете на усвајање без његове сагласности. Постојање породичног живота између ванбрачног оца и детета додатно усложњава други случај. При превазилажењу сагласности ванбрачног оца посебно се цени да ли ванбрачни отац врши родитељско право.⁹²⁰

Правна могућност да мајка без добијања сагласности и обавештавања оца, да дете на усвајање доводи до повреде члана 8. Конвенције.⁹²¹ Реч је о повреди права оца на учешће у процесу одлучивања о усвојењу детета. У Ирској се дозвољава мајци да ванбрачно дете да на усвајање без обавештавања и добијања сагласности од стране ванбрачног оца. Отац чак нема право на ни жалбу на такву одлуку мајке.⁹²²

Одбијање давања сагласности оца за усвојење детета може бити превазиђено позивањем на најбољи интерес детета и тада није у супротности са ЕКЉП. То се односи посебно на случај када је дете већ остварило породични живот са очухом, а отац и дете или немају контакт у потпуности или имају контакт у најмањој могућој мери.

⁹²⁰ F. Burton, Family Law, London, 2003, стр. 483.

⁹²¹ C. Grabenwarter, European Convention on Human Rights - Commentary-, München, 2014, стр. 229.

⁹²² C. O' Mahony, Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families, International Journal of Law, Policy and Family, Vol. 26, Issue 1, 2012, стр. 33.

У случају *Eski против Аустрије*,⁹²³ ЕСЉП је најпре истакао да је одлука о усвојењу детета несумњиво довела до мешања у породични живот подносиоца. Суд је навео да у случајевима усвојења детета када се биолошки отац противи усвојењу, треба водити рачуна о најбољем интересу детета. Даље, битно је узети у обзир и жеље детета као и то да ли постоји контакт између биолошког оца и детета. ЕСЉП се позвао на Европску конвенцију о усвојењу деце која каже да ће се тражити сагласност брачног оца за усвојење детета, као и на Бели папир о принципима за установљивање правних последица родитељског права Комитета експерата за Породично право Савета Европе од 15. јануара 2002. године, где се каже да дете може бити усвојено ако и отац и мајка дају сагласност.⁹²⁴ Суд наводи да усвојење детета од стране очуха представља меру којом долази до прекида породичног живота између детета и оца. Недостатак сагласности могуће је превазићи ако један од родитеља не врши родитељско право. ЕСЉП примећује да дете, у време одлучивања старо девет и по година, није имало адекватне личне односе са оцем, као и да он није учествовао у његовом одгајању и васпитању. Од 1996. године отац је само неколико пута видео дете. Подносилац није живео са дететом од његове треће године, а право на контакт му је ускраћено с обзиром на то да је био агресиван према мајци детета, што је било у супротности са благостањем детета. Од ускраћивања контакта, отац је видео дете само једном,

⁹²³ *Eski v Austria*, пред. бр. 21949/03, пресуда од 2. марта 2006. године. Подносилац је аустријски држављанин, који је са својом партнерком добио дете 1993. године. У току 1995. године веза између партнера је престала и дете је остало да живи код мајке. Отац је 1997. године тражио од суда право на контакт са дететом. Отац и мајка су 1998. године постигли споразум о одвијању контакта између детета и оца. Међутим, суд је два месеца касније на предлог социјалне службе ускратио право оца на контакт, с обзиром на то да је већ током прве посете детету вређао мајку. Константно вређање мајке и немогућност да се између родитеља избегне конфликт доводило је у озбиљну опасност психолошки развој детета. Мајка се 1999. удала за другог мушкарца. Захтев оца за остваривањем права на контакт поново је одбијен. Очух детета је 2001. године поднео захтев да усвоји дете. Суд је примио изјаву оца детета да се противи његовом усвојењу. Као резултат саслушања детета, оца и очуха, социјална служба је 2002. године донела одлуку да очух може да усвоји дете. Успостављање породичног живота детета и очуха, стабилност детета у оквиру нове породице, могућност да очух издржава дете, као и изражена жеља детета да буде усвојено од очуха кога је оно сматрало оцем, били су разлози за доношење овакве одлуке домаћег суда. Подносилац се жалио на одлуку социјалне службе наводећи да он није саслушан у присуству детета и да није поднет извештај експерта дечије психологије. Суд је одбацио жалбу оца. Подносилац се жалио да је одлука о усвојењу детета без његове сагласности довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

⁹²⁴ Да се права родитеља предвиђена чланом 8. Конвенције у случају усвојења детета извршеног без њихове сагласности угрожавају, В. Sloan, *Conflicting Rights: English Adoption Law and the Implementation of the UN Convention on the Rights of the Child*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 25, No. 1, 2013, Bristol, стр. 46.

2000. године. Са друге стране, очух је са дететом у последње три године заједничког живота створио *de facto* породични однос. Дете је приликом саслушања изјавило да жели да буде усвојено од стране очуха, а социјална служба је утврдила да је усвојење у најбољем интересу детета. Суд подвлачи, да је супротно тврдњи оца, њему пружена прилика да учествује у поступку усвојења. На основу наведених чињеница ЕСЉП није утврдио да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота подносиоца.⁹²⁵

Неучествовање ванбрачног оца у поступку давања детета на усвојење и његово противљење усвојењу у светлу невршења родитељског права мајке услед њене депортације, представља повреду члана 8. ЕКЉП.

У случају *К. А. В. против Шпаније*,⁹²⁶ ЕСЉП је навео да се мањак породичних веза између ванбрачног детета и оца након депортације мајке не може приписати искључиво подносиоцу. Из понашања подносиоца може се закључити да је он имао намеру да поново успостави однос са својим дететом. Иако није постојао породични живот између оца и детета, ЕСЉП не искључује могућност да се намера оца да обнови контакт са дететом може подвести под породични живот.

Одлука домаћих власти да одбију контакт подносиоца и детета може се сматрати мешањем, ако не у потпуности у породични, онда сигурно у приватни живот подносиоца. У светлу узраста детета, ЕСЉП подвлачи као озбиљан

⁹²⁵ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 94.

⁹²⁶ *К.А.В. v Spain*, пред. бр. 59819/08, пресуда од 10. априла 2012. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је 2001. године емигрирао у Шпанију са супругом и једногодишњим дететом. Дете и мајка су живели у једном, а подносилац у другом граду. Против мајке исте године је донета одлука о депортацији и забрани уласка у Шпанију наредних десет година. Иако је адвокат уложио жалбу да мајка има једногодишње дете, депортација је спроведена у октобру 2001. године. Дете је дато на чување породичним пријатељима, с обзиром на то да је подносилац радио у другом граду. На основу захтева социјалне службе, утврђено је да је дете напуштено и оно је у новембру 2001. године смештено у социјалну установу. Након пола месеца од смештаја детета, подносилац је дошао у установу, изјавио да је биолошки отац детета и да се противи смештају детета у институцију. Он је изразио спремност да се подвргне ДНК анализи и тако утврди да је он отац детета. Ипак, ДНК тест није извршен јер подносилац није имао средства да плати тест. У недостатку даљих информација од подносиоца, дете је дато у хранитељску породицу и започет је поступак усвојења. Ипак, након што је подносилац 2005. године утврдио биолошку везу са дететом, поднео је захтев за поништењем усвојења услед недостатка његове сагласности. Домаће власти су 2006. године одбиле захтев и навеле да је он оправдано лишен родитељског права те да његова сагласност за усвојење није била неопходна. Разлози лишења родитељског права налазили су се у томе да је подносилац само повремено живео са дететом, да од 2001. године није показао никакав интерес за дете и да је читаве две године прошло пре него што је покренуо поступак за утврђивање очинства. Жалба подносиоца на овакву одлуку је одбијена. Усвојење је засновано од стране хранитељске породице, а жалба подносиоца и на ову одлуку је одбијена. Подносилац се жалио да је одлука о усвојењу детета повредила његово право на поштовање породичног живота.

пропуст чињеницу да је дете након депортације мајке било око месец дана у правном вакууму, услед проглашења да је напуштено. Карактеризација напуштености детета умногоме је резултат активности домаћих власти које су депортовале мајку пре него што је узета у разматрање информација о постојању малог детета. Није пружен ниједан доказ о неопходности тако ургентне депортације мајке. Домаће власти су извукле закључак да подносилац нема интерес за дете, иако он није био обавештен да је дужан да плати ДНК тест, као и то да је могуће да путем државних средстава буде ослобођен плаћања ДНК анализе. Иако су социјалне службе имале податке и адресу подносиоца, он није контактиран ради одржавања личних односа са дететом на основу чињенице да његово очинство није утврђено. Стога, протек времена узрокован неактивношћу домаћих власти, депортација мајке без оправданих разлога, пропуст да се подносиоцу пружи правна помоћ, закључак да подносилац нема интерес за дете, пропуст суда да утврди нечију одговорност за напуштање детета, довели су до онемогућавања поновног спајања оца и детета. Наведени разлози довели су ЕСЉП до закључка да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота подносиоца.

ЕСЉП у случајевима давања детета на усвојење без сагласности оца цени чињеницу заједничког живота оца и детета. Сматрамо да уколико отац није никада живео са дететом нити је створио личне односе мала је вероватноћа да ће његово противљење усвојењу надвладати интересе детета. Посебно се то односи на случај када је дете већ створило породичне односе (породични живот) са будућим усвојитељима. У случају када се дете даје на усвајање, а ванбрачни отац је родитељ који самостално врши родитељско право, потребна је његова сагласност. Питање постојања породичног живота између усвојитеља и детета треба да има пресудан значај за одлуку суда. Наиме, позивање на интерес детета и оправдање усвојења у случају када се отац противи усвојењу могуће је само уколико постоји већ формиран породични живот између детета и усвојитеља. Стварање блиских личних веза, путем комуникације писмима, телефоном и посета, не доводи до постојања породичног живота као што је то случај када је дете живело са будућим усвојитељима. Што је дужи период времена дете провело (живело) са усвојитељима то је већи степен повезаности и могућности да се

утврди постојање породичног живота између њих. Да би се тражила сагласност оца потребно је да је отац пре давања детета на усвојење успостави породични живот са дететом, што се манифестује или кроз заједнички живот у садашњости или прошлости, или кроз постојање контакта између њих. Необавештавање оца о давању детета на усвојење има оправдање у случају опасности предузимања поновног насиља од стране оца према мајци или детету.⁹²⁷

Код случајева изостанка сагласности ванбрачног оца за усвојење детета, ЕСЉП примарно цени интересе детета. Разликују се две групе случајева: постојање и непостојање породичног живота детета и будућих усвојитеља. Уколико се дете налази у социјалној установи, неучествовање оца, као јединог родитеља (услед депортације мајке), у поступку усвојења детета, повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Међутим, као што смо видели у случају *Pini u Bartani, Maneira u Atripaldi против Румуније* и у социјалној установи је могуће да се формира *de facto* породични живот између детета и социјалних радника. Ако не постоји породични живот између оца и детета, непостојање или ускраћивање сагласности не представља повреду Конвенције. Уколико је између ванбрачног оца и детета постојао, или још увек постоји породични живот, разматра се да ли је усвојење у најбољем интересу детета. Тако, уколико је дете формирало породични живот са будућим усвојитељима (нпр. очухом), право на поштовање породичног живота усвојитеља и детета надилази право на поштовање породичног живота ванбрачног оца. У сваком случају, формирање *de facto* породичног живота између детета и будућих усвојитеља, надилази непостојање сагласности ванбрачног оца.

Обавеза обавештавања о давању детета на усвојење не исцрпљује се само у погледу оца, већ и других сродника, пре свих бабе и деде. Међутим, ЕСЉП није се изјашњавао поводом повреде права на поштовање породичног живота бабе и деде и случају када мајка даје дете на усвајање.

⁹²⁷ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 324.

1.4.2. Недостатак сагласности мајке

Најбољи интерес детета надилази право мајке да ускрати сагласност за усвојење детета. Ускраћивање сагласности мајке да дете усвоји његова маћеха, противно је ЕКЉП. Сагласност је могуће превазићи ако је ускраћивање супротно интересима детета, ако су породичне везе између мајке и детета готово непостојеће и ако се дете сагласило са усвојењем.

У случају *Kuijper против Холандије*,⁹²⁸ ЕСЉП је навео да су домаће власти у овом, али и сличним случајевима, у бољој позицији с обзиром на то да су у директном контакту са странама у поступку. Посебан значај даје се интересима свих страна у поступку са акцентом на најбољи интерес детета. Чињеница да је још од 1986. године контакт мајке и детета веома умањен, да је дете скоро пунолетно,⁹²⁹ да се оно не противи усвојењу, да је мајци дата прилика да учествује у поступку усвојења и изнесе своје тврдње, као и да су домаће стручне службе процениле да је усвојење у најбољем интересу детета, довеле су ЕСЉП до закључка да усвојењем није дошло до повреде права на поштовање породичног живота подносиоца.⁹³⁰

⁹²⁸ *Kuijper v Netherlands*, пред. бр. 64848/01, пресуда од 3. марта 2005. године. Подносиоца је холандска држављанка која је 1979. закључила брак са мушкарцем са којим је 1980. године добила дете. Она се развела од свог супруга 1985. године, када је договорено да дете остане код оца. Од периода развода брака и боравка детета код оца, мајка је одржавала незнатан контакт са дететом, посебно након што се 1986. године преселила у Велику Британију код новог партнера. Дете је само једном, током лета 1986. године, боравило код мајке у Великој Британији у трајању од четири недеље. Након тога, контакт између детета и мајке готово није постојао. Након што се мајка вратила 1992. године у Холандију, изразила је намеру да успостави контакт са дететом али је дете одбијало контакт са њом. Мајка се 1996. године поново удала и са својим супругом одселила у САД. Отац детета и његова нова супруга (маћеха детета) добили су двоје заједничке деце. Супружници су 1998. године поднели захтев да маћеха усвоји дете свог супруга из претходног брака. Међутим, мајка се успротивила усвојењу, истакавши да умањен контакт између ње и детета не оправдава прекидање њиховог породичног живота, до чега ће доћи уколико дете буде усвојено од стране маћехе. Након саслушања странака, суд је одлучио да је у најбољем интересу детета да дете усвојено. Мањак интересовања мајке за дете протумачен је од стране суда као извесан облик занамаривања детета, те стога, противљење мајке није узето као релевантно. Све жалбе мајке, укључујући и ону Врховном касационом суду су одбијене. Подносиоца се жалила да је усвојењем детета без дате сагласности повређено њено право на поштовање породичног живота.

⁹²⁹ Да је могуће усвојити и пунолетну особу ако је то морално оправдано, *Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 302.*

⁹³⁰ О ставу холандског права поводом усвојења детета од стране истополног партнера родитеља и односу ЕСЉП, N. G. Maxwell, C. J. Forder, *The Inadequacies in U.S. and Dutch Adoption Law to Establish Same-Sex Couples as Legal Parents: A Call for Recognizing Intentional Parenthood, Family Law Quarterly, Vol. 38, No. 3, Autumn 2004, Chicago, стр. 624.*

Искључивање мајке из поступка усвојења детета услед лишења пословне способности и недавање сагласности мајке за усвојење детета представља повреду ЕКЉП.

У случају *X. против Хрватске*,⁹³¹ ЕСЉП је навео да је дете живело са мајком од рођења у децембру 1999. године до давања на хранитељство у новембру 2001. године. Породични живот мајке и детета наставио се и након тога, с обзиром на то да је дете, као хранитељ одгајала подносиатељкина мајка, те су све особе живе у заједничком домаћинству. Веза између мајке и детета у овом случају представљала је породични живот. Усвојење детета довело је до прекида породичног живота детета и мајке, и представљало је мешање у породични живот. Иако је једна од последица лишења пословне способности била ускраћивање давања сагласности мајке за усвојење детета, нити у једном тренутку током поступка усвојења није процењен однос подносиатељке и њеног детета, нити је донета посебна одлука у погледу лишења родитељског права мајке. Чак је након лишења пословне способности подносиатељка наставила да врши родитељско право, и то једним делом у погледу контакта са дететом који се редовно одвијао. Ипак, дете је дато на усвајање а мајка је у потпуности искључена из тог поступка. ЕСЉП не сматра оправданим да неко ко је лишен пословне способности аутоматски бива искључен из поступка усвајања свог детета. Поред тога што је требало да буде обавештена о поступку усвојења, подносиатељки је требало пружити прилику да изрази своје мишљење о усвојењу детета. На основу тога, подносиатељка није у довољној мери била укључена у поступак усвојења свог

⁹³¹ *X. v Croatia*, пред. бр. 12233/04, пресуда од 17. јула 2008. године. Подносиатељка је хрватска држављанка чије је дете рођено у децембру 1999. године. Отац детета је преминуо. Подносиатељка је лишена пословне способности услед дијагностификоване шизофреније. Као последица те одлуке, у јулу 2000. године одузето јој је дете и дато на хранитељство код њене мајке (бабе детета). Утврђено је да мајка детета има проблема са зависношћу од наркотика и да није способна да врши родитељско право. Лишење пословне способности наведено је као разлог за лишење родитељског права, иако формално одлука о лишењу родитељског права никада није донета. Једна од последица лишења пословне способности огледала се у одсуству обавезе тражења сагласности мајке (родитеља) за усвојење свог детета. Захтев подносиатељке за враћање пословне способности је одбијен. У новембру 2001. године дете је смештено у социјалну институцију, са образложењем да подносиатељка живи у истом дому са дететом и његовом бабом и да се меша у одгајање детета, на шта није имала право с обзиром на то да је лишена пословне способности. Домаће власти започеле су поступак усвојења детета. Сагласност мајке није тражена и она је о поступку усвојења детета обавештена у августу 2003. године. У септембру 2003. године усвојење је засновано. Право мајке на контакт је сачувано након усвојења, те је мајка редовно посећивала дете. Подносиатељка се жалила да је усвојење детета без њене сагласности довело до повреде права на поштовање породичног живота.

детета, што је довело до тога да ЕСЉП утврди повреду права на поштовање породичног живота. Сматрамо да усвојење детета није могуће засновати без сагласности родитеља а да родитељи нису лишени родитељског права. Могуће је дозволити усвојење само ако је дете без родитеља или дете има родитеље, али су се они сагласили са усвојењем или су лишени родитељског права

Одбијање контакта између детета и мајке која је претходно дала сагласност за усвојење детета, не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *I. S. против Немачке*,⁹³² ЕСЉП је навео да однос између подносиоце и детета излази изван оквира породичног живота, с обзиром на то да је усвојењем престало право на поштовање породичног живота. Суд је навео да је усмени споразум мајке и усвојитеља настао након што је обавештена о правним последицама немогућности повлачења изјаве о сагласности са усвојењем.⁹³³ Споразум је био у усменој форми и није садржао детаље о одвијању контакта биолошке мајке и деце. Поступак усвојења је спроведен уз учешће подносиоце и уз обавештавање о свим последицама давања сагласности. Правне везе детета и мајке прекинуте су деловањем мајке уз потпуно сазнање о свим правним и фактичким последицама. Суд је нашао да су домаће власти оправдано дале већи значај приватности и стабилности породичних интереса деце и усвојитеља, имајући у виду да су деца усвојена као новорођена. Уживање и грађење породичног живота подразумева немогућност да биолошки родитељ остваривањем контакта омета развој деце. Суд није нашао повреду члана 8. Конвенције.

⁹³² *I. S. v Germany*, пред. бр. 31021/08, пресуда од 5. јуна 2014. године. Подносиоца је немачка држављанка, рођена 1962. године, која је у браку од 1986. године. Она је из везе са другим мушкарцем родила двоје деце у априлу 2000. године. Месец дана након порођаја мајка је дала децу у социјалну институцију ради заснивања усвојења. У новембру 2000. године она је дала изјаву којом се саглашава да деца буду усвојена, као и да сва њена права према деци престану у тренутку усвојења. Подносиоца је имала усмени споразум са усвојитељима да ће јој једном годишње слати извешај и фотографије деце. Поставило се и питање постојања усменог споразума о регуларном контакту деце и биолошке мајке. Након што је неуспешно покушала да поништи изјаву о сагласности за усвојење, мајка је поднела захтев за контактом са децом. Суд је одбио овај захтев и навео да је тренутком усвојења престало њено родитељско право. Подносиоца се жалила да је недозвољавање контакта са децом повредило право на поштовање приватног и породичног живота.

⁹³³ Немачко право предвиђа и непотпуно и "полу-непотпуно" усвојење, када се дозвољава у већој или мањој мери контакт између биолошких родитеља и детета. Могућност остваривања контакта зависи у потпуности од сагласности усвојитеља.

Недостатак сагласности мајке огледа се у неколико нивоа. Он може бити резултат неких претходних услова као што је лишење пословне способности. У самом поступку усвајања детета недостатак може бити превазиђен најбољим интересом детета под условом да је дете формирало породични живот са маћехом. Идентично као код ванбрачног очинства у случају *Eski против Аустрије*. Наиме, ако ЕСЉП утврди да је у најбољем интересу детета да буде усвојено од стране (ван)брачног партнера (маћехе) родитеља детета, недостатак сагласности мајке има мањи значај од најбољег интереса детета. Ипак, овакав начин резонувања ЕСЉП носи опасност прекида породичног живота мајке и детета, с обзиром на то да посебно код потпуног усвојења, не постоји могућност да се породични живот мајке и детета настави. Уколико мајка не показује интерес за дете, или је својим поступцима угрожавала дете, донекле је могуће наћи оправдање за стављање акцента на најбољи интерес детета и доношење одлуке о усвојењу од стране маћехе. Међутим, ако мајка потпуно савесно врши родитељско право и одржава личне односе са дететом, остаје значајна аргументација против дозволе усвојења, било од стране маћехе, било од стране других особа. Посебна ситуација јавља се када мајка најпре да сагласност за усвојење, а накнадно је повуче. Породични живот између мајке и детета настаје рођењем детета. Давање детета на усвајање без сагласности мајке или без њеног учешћа у поступку усвојења резултира прекидом породичног живота мајке и детета. Тако је и у случају неучествовања мајке услед лишења пословне способности. Неспорно је да постојање породичног живота између мајке и детета повлачи потребу давања сагласности мајке за усвојење њеног детета. Сматрамо да ЕСЉП неучествовање мајке у поступку усвојења детета оправдано тумачи као повреду права на поштовање породичног живота. Недостатак интересовања мајке за дете и одржавања личних односа, у одсуству њене сагласности за давање детета на усвојење, не треба да повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

1.5. Претходни услови за усвојење (лична својства усвојитеља)

Одбијање заснивања усвојења од стране усвојитеља хомосексуалца позивањем на најбољи интерес детета није повредило право на поштовање породичног живота.

У случају *Frete против Француске*,⁹³⁴ ЕСЉП је приметно да је одлука да се подносиоцу не дозволи усвојење услед његовог „стила живота“ у потпуности била заснована на критеријуму хомосексуалности.⁹³⁵ Одлука да се у претходној фази одбије усвојење заснована је на заштити здравља и права детета. ЕСЉП је истакао да су државе чланице Савета Европе далеко од консензуса у погледу усвајања деце од стране хомосексуалних особа,⁹³⁶ и да је, стога, државама остављено веома широко поље слободне процене у овом погледу.⁹³⁷ Националне власти су у значајно бољој позицији да процене разлоге за дозволу усвојења особама истог пола, него што је то у стању ЕСЉП. У поступцима усвојења води се рачуна о најбољем интересу детета, с обзиром на то да је циљ усвојења обезбеђење породице детету, а не детета одређеним усвојитељима. Из наведених разлога, ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.⁹³⁸ Налазимо да непостојање породичног живота између подносиоца и усвојеника условљава немогућност утврђивања повреде права на поштовање породичног живота.

Противљење партнера хомосексуалне особе усвојењу детета има битан утицај на будуће породичне односе. Одбијање заснивања усвојења у том случају,

⁹³⁴ *Frete v France*, пред. бр. 36515/97, пресуда од 26. фебруара 2002. године. Подносилац, француски држављанин, поднео је захтев да усвоји дете. Његов захтев је одбијен са образложењем да његово одређење неожењеног хомосексуалца не пружа гаранције да му се може поверити дете на усвојење. Он се жалио да таква одлука француских власти прави дискриминацију између усвојитеља на основу њиховог стила живота и сексуалног одређења. Жалба је од стране француских власти прво прихваћена, а затим одбијена. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању усвојења на основу његовог сексуалног одређења повредила његово право на равноправност у вези са правом на поштовање породичног живота.

⁹³⁵ Тако и М. Harper, М. Downs, К. Landells, G. Wilson, *Civil Partnerships: The New Law*, Bristol, 2005, стр. 14.

⁹³⁶ J. Mair, E. Özücü, *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, Cambridge, 2011, стр. 350, за усвајање деце од стране хомосексуалних партнера.

⁹³⁷ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 95; M. T. Meulders-Klein, *Family Law, Human Rights and Judicial Review in Europe*, у Р. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 487.

⁹³⁸ О овој пресуди, М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2011, стр. 251.

условљено хомосексуалним опредељењем, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *E. V. против Француске*,⁹³⁹ Суд се најпре није сложио са ставом домаћих власти да је пропуст подносиоце у томе што није показала да ће одређена особа из њеног окружења имати улогу оца у животу усвојеног детета. ЕСЉП је у потпуности прихватио став домаћих власти да је став партнерке подносиоце од изузетне важности за будуће усвојење, с обзиром на то да ће дете живети у тој заједници и да ће на свакодневни боравак детета у породици итекако утицати негативан став партнерке према усвојењу.⁹⁴⁰ Домаће власти су дужне да пре коначног утврђивања статуса детета испитају све околности које постоје у вези са боравком детета у усвојитељској породици. Стога, за разлику од случаја *Frete*, у овом случају захтев подносиоце није одбијен позивањем на њен „животни стил“, и чињеницу да је хомосексуалног опредељења.⁹⁴¹ Међутим, ЕСЉП је закључио да је, ако не експлицитно, оно имплицитно, хомосексуално опредељење подносиоце било одлучујући разлог за одбијање усвојења. На тај начин, остали квалитети подносиоце за усвајање су занемарени. ЕСЉП је утврдио повреду права на равноправност у вези са чланом 8. Конвенције.⁹⁴² Сматрамо да у свим случајевима када једна особа подноси захтев за усвојење, уколико се та особа налази у животној заједници са другом особом, противљење партнера особе која подноси захтев да усвоји дете, треба да има карактер

⁹³⁹ *E.V. v France*, пред. бр. 43546/02, пресуда од 22. јануара 2008. године. Подносиоце је француска држављанка која је, док је била у вези са својом партнерком, особом истог пола, у фебруару 1998. године поднела захтев да усвоји дете. Партнерка подносиоце је изјавила да не жели да се стара о детету уколико дође до усвојења. Социјалне службе су утврдиле да је подносиоце психолошки стабилна, емотивно пријемчива, са потребним капацитетом да одгаја дете. Међутим, позивајући се на немогућност да обезбеди детету потребне карактеристике породице и улогу оца, њен захтев је одбијен. Све накнадно поднете жалбе судским властима одбијене су позивањем на дискреционо право социјалних служби да одбију усвојење у случајевима када се као усвојитељ јавља само једна особа. Подносиоце се жалила да је одлука о одбијању усвојења повредила њено право на равноправност и поштовање приватног и породичног живота из члана 8 Конвенције.

⁹⁴⁰ У немачком праву је могуће да особе у хомосексуалним заједницама усвоје дете свог цивилног партнера, али није могуће да хомосексуалци као пар усвоји дете, A. Sanders, *Marriage, Same-Sex Partnership and German Constitution*, *German Law Review*, Vol.13, Num. 8/2012, стр. 927.

⁹⁴¹ Посматрајући статистичке податке о одгајању деце од стране хомосексуалних особа, наводимо да у САД особе које живе у хомосексуалним заједницама одгајају нешто више од 4% од укупног броја усвојене деце. T. Brower, *Using Sexual Orientation Demographics to Predict and Harmonize Family Responsibility Transformation*, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011, стр. 102. Највећи број хомосексуалних особа које желе да усвоје децу не живе у заједници са другом особом истог пола.

⁹⁴² Видети, М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2011, стр. 253.

одбијајуће чињенице за заснивање усвојења. Наиме, противљење усвојењу особе која ће, уколико се усвојење заснује, живети са дететом, никако не може бити у интересу детета. Као и у случају *Frete*, сматрамо да не може бити реч о повреди права на поштовање породичног живота с обзиром на то да није успостављен заједнички живот усвојитељке са дететом, већ је реч о претходним (општим) условима за усвојење.

У претходна два случаја, као што се може видети, није успостављен породични живот између подносилаца и деце, с обзиром на то да нема ни породичног односа између њих. Породични живот претпоставља већ успостављени породични однос између усвојитеља и детета. За однос породичног живота потребне су најмање две особе, те такав критеријум није испуњен у овом случају. Стога, у складу са нашом хипотезом да право на поштовање породичног живота претпоставља претходно успостављен породични живот, не можемо се сложити са ЕСЉП да је у другом случају између подносиатељке и потенцијалног усвојеника постојао породични живот, а самим тим није ни могло доћи до повреде права на поштовање породичног живота.

Одбијање дозволе усвајања особама старијег доба које су већ усвојиле једно дете, позивањем на најбољи интерес детета, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Schwizgebel против Швајцарске*,⁹⁴³ ЕСЉП је навео да домаће право забрањује усвајање особама изнад 35 година које живе саме. Захтев за усвајање детета одбијен је уз образложење да разлика у годинама између усвојитељке и детета није у складу са интересима детета.⁹⁴⁴ Међу државама чланицама Савета Европе не постоји консензус по питању усвајања детета од стране особа које живе саме, као ни по питању разлике у годинама између детета и усвојитеља. Стога, државе имају широко поље слободне процене у овој области. ЕСЉП је нашао да је на адекватан начин процењен не само најбољи интерес детета које је требало бити усвојено, него и другог детета које је већ усвојено. Критеријум разлике у

⁹⁴³ *Schwizgebel v Switzerland*, пред. бр. 25762/07, пресуда од 10. јуна 2010. године. Подносиатељка је швајцарска држављанка која је након самосталног усвајања првог детета, 2002. године, поднела захтев да усвоји друго дете у својој 47. години. Сви њени захтеви за усвојењем, укључујући и онај Савезном суду из 2006. године су одбијени. Подносиатељка се жалила да је одлука о одбијању дозволе усвојења повредила њено право на поштовање породичног живота.

⁹⁴⁴ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code*, Antwerpen, 2006, стр. 116.

годинама није разматран стриктно, већ флексибилно, имајући у виду околности конкретног случаја. Домаћи суд је узео у обзир да усвојење другог детета, и поред тога што је сличног узраста као прво дете, може представљати додатни терет за мајку, и да су проблеми чешћи у породицама које имају више од једног усвојеног детета. ЕСЉП примећује да је у оваквим случајевима неизбежна примена статистике која говори у прилог постојања тешкоћа у породицама које су усвојиле више деце. Уважавајући најбољи интерес детета и широко поље слободне процене држава, ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Поводом претходне три пресуде, питање усвојења детета и претходних услова за усвојење (у нашем праву опште подобности усвојитеља) јавља се у пракси ЕСЉП поводом сексуалног опредељења и старости усвојитеља. Питање консензуса држава чланица Савета Европе о овим питањима има значајну примену у пресудама ЕСЉП. Недостатак консензуса по питању усвојења од стране хомосексуалних особа и разлике у годинама између усвојеника и усвојитеља, навели су ЕСЉП да не утврди повреду права на поштовање породичног живота у тим случајевима. Међутим, морамо приметити супротне одлуке Суда у два случаја са истом проблематиком - усвојењем детета од стране хомосексуалне особе. Док Суд у случају *Фрете* није нашао повреду права из члана 8. Конвенције, у случају *Е. В. против Француске*, сматрано је да је одбијање дозволе усвојења хомосексуалној особи повредило право на равноправност у вези са правом на поштовање приватног и породичног живота. Стога је и ЕСЉП требало да одлучује само о повреди права на равноправност, не и о повреди права на поштовање породичног живота.

Указујемо и на неке друге особине усвојитеља које у претходном поступку могу бити основ за њихову неподобност. Тако се у теорији наводи карактеристика усвојитеља, као што је конзумирање цигарета, која може да буде дисквалификациона околност приликом заснивања усвојења. Исто је утврђено и на пољу расне припадности, тако да су социјални радници одбијали и међурасна усвојења.⁹⁴⁵ Смештај детета у усвојеничку породицу другачијих религијских

⁹⁴⁵ J. Eekelaar, *Contact and the Adoption Reform*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 258.

уверења или боје коже,⁹⁴⁶ спроводи се само ако није могуће да дете буде смештено у породицу исте религије или расе.⁹⁴⁷

1.6. Усвојење услед лишења родитељског права

Давање детета на усвојење услед лишења родитељског права захтева да се претходно покуша поново успоставити однос мајке и детета. Пропуст државе да то учини представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *E. P. против Италије*,⁹⁴⁸ ЕСЉП је истакао да, иако је интервенција државе била оправдана с обзиром на патолошко стање мајке, мера лишења родитељског права посебно је озбиљна услед неповратног и потпуног принудног раздвајања мајке и ћерке, као и немогућности обнављања њиховог породичног живота. Мера одузимања детета од родитеља по својој природи треба да буде привремена са циљем поновног успостављања заједничког живота.⁹⁴⁹ Одбијање контакта мајке и детета, на инсистирање мајке чак и на неутралном терену уз надзор социјалних служби, није било оправдано, посебно имајући у виду то да дете није живело са мајком. Домаће власти нису разматрале случај са посебном пажњом. Извештај о здравственом стању мајке није био адекватан и није извршена процена њеног капацитета да врши родитељско право. Одлука о

⁹⁴⁶ Да су се судови у САД на почетку XXI века при заснивању хранитељства и усвојења мање руководили критеријумом расе детета, К. Eyer, *Constitutional Colorblindness and the Family*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 162, Num. 3, February 2014, Philadelphia, стр. 580.

⁹⁴⁷ S. N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, 2011, стр. 172. Док је усвајање детета тамне пути од стране пара беле расе уобичајена појава, готово је незабележено да тамнопути парови усвајају белу децу. Једно од објашњења своди се на то да тамнопути децу усвајају бели парови, с обзиром на то да има занемарљив број тамнопутих парова подобних да усвоје децу.

⁹⁴⁸ *E. P. v. Italy*, пред. бр. 31127/96, пресуда од 16. новембра 1999. године. Подносиатељка је мајка, медицинска сестра, која је живела са својом ћерком у Грчкој од рођења детета 1981. године до 1988. године, када се преселила у Италију код своје породице. Дете је било болесно и одмах по доласку у Италију смештено је у болницу. Лекари су захтевали од суда да одобри уклањање мајке из болнице уз образложење да се константно мешала у лечење ћерке тако да није било могуће спровести лечење и негу детета у болници. Накнадно је добијен извештај од грчких власти да се мајка на исти начин понашала у Грчкој и да је зато у тој држави покренут поступак усвајања детета. Након извршеног психијатријског прегледа мајке и сведочења члана породице из Грчке, њој је установљена дијагноза психозе. Суд у Милану је у марту 1989. године лишио мајку родитељског права и забранио било какав контакт мајке и детета, с обзиром на то да је дете трпело емотивни поремећај услед понашања мајке. У јуну 1989. године суд је отпочео поступак усвајања детета које је дато на хранитељство. Мајка се жалила на овакву одлуку суда. Њена жалба одбијена је 1995. године, а 1996. године прихваћен је захтев хранитеља да усвоје дете. Подносиатељка се жалила да је одлука о давању детета на усвајање повредила њено право на поштовање породичног живота.

⁹⁴⁹ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 538.

лишењу родитељског права није заснована на медицинском извештају, док је дијагноза психозе искључиво заснована на изјави тетке детета. Није извршена процена како би контакт мајке и детета могао утицати на дете, чиме би се пружила прилика да се поново успостави породични живот између њих, нити је показано да је тако драстична и хитна мера одузимања детета била неопходна. Домаће власти нису предузеле све неопходне мере да се поново успостави однос мајке и детета који је усвојењем прекинут. ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Слично, у случају *А. К. и Л. против Хрватске*,⁹⁵⁰ ЕСЉП је истакао да се не може изјашњавати о усвојењу, с обзиром на то да су након усвојења законски заступници детета усвојитељи, али предмет одлучивања може бити раскидање породичних веза биолошке мајке и детета пре усвојења. У интересу детета је да сачува своје везе са биолошким родитељима, осим када постоје оправдани разлози да се њихов однос потпуно прекине. Иако је дете након рођења смештено у хранитељску породицу, мајка је наставила да га посећује, тако да је између њих постојао породични живот. У таквим околностима држава има позитивну обавезу да очува везу између родитеља и детета. Упркос налазу да мајка има менталну ометеност, њој није била пружена прилика да учествује у поступку лишења родитељског права који је имао директни утицај на доношење одлуке о усвојењу детета. Иако сагласност мајке за усвојење није била потребна, у домаћим системима, попут хрватског, који дозвољавају да родитељ лишен родитељског права поново стекне родитељско право, потребно је да родитељу буде пружена прилика да врши родитељско право пре него што дете буде усвојено. Необавештавањем мајке о поступку усвојења детета она је онемогућена да тражи враћање родитељског права. Тако је дошло до усвојења и коначног престанка

⁹⁵⁰ *A. K. and L. v Croatia*, пред. бр. 37956/11, пресуда од 8. јануара 2013. године. Подносиоци су мајка рођена 1987. године и дете рођено 2008. године, обоје хрватски држављани. Одмах након рођења дете је уз сагласност мајке смештено у хранитељску породицу с обзиром на то да мајка није радила и није имала адекватне стамбене услове. У мају 2010. године мајка је лишена родитељског права са образложењем да је ментално ометена и да не може да пружи детету адекватну негу. Она је захтевала правну помоћ али јој је додељен адвокат тек након што је истекао рок за жалбу. Када је у октобру 2010. поднет захтев за враћањем родитељског права, дете је већ било усвојено и захтев је одбијен. Сагласност мајке није била потребна јер је она била лишена родитељског права. Подносиоца се жалила да је усвојење детета без њене сагласности и ускраћивање учествовања у поступку повредило право на поштовање породичног живота.

права на поштовање породичног живота. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Потпуно усвојење детета услед немогућности мајке да врши родитељско право и непостојања форме непотпуног усвојења у домаћем праву, када дете није напуштено, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Zhou против Италије*,⁹⁵¹ ЕСЉП је навео да домаће власти нису предузеле ефикасне мере да омогуће контакт детета и родитеља. Мајка је, на основу претходних судских одлука у сличним случајевима, захтевала да дете буде непотпуно усвојено да би задржала везу са њим. Иако су извешаји психолога нашли да мајка није способна да врши родитељско право, није утврђено да је њено понашање било штетно по дете. Домаће власти су пре отпочињања поступка усвојења требале да предузму мере да мајка поново живи заједно са својим дететом. Мајка није имала прилику да поново успостави однос са дететом, нити је психолог испитао могућност да се она поново стара о свом детету. Улога социјалних служби састоји се у пружању помоћи родитељу да би превазишао тешкоће у којима се налази. Суштинска потреба подносиоце, да у мери колико је то могуће буду очуване њене везе са дететом, није била уважена. Суд не налази да је у најбољем интересу детета било потпуно усвојење. Одбијање домаћег суда да заснује непотпуно усвојење резултат је чињенице да италијанско законодавство предвиђа само потпуно усвојење. Ипак, неки италијански судови су широким тучењем одредби о усвојењу, дозвољавали заснивање непотпуног усвојења у случају када деца нису била напуштена, као што је то у овом случају. ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

⁹⁵¹ *Zhou v Italy*, пред. бр. 33773/11, пресуда од 21. јануара 2014. године. Подносиоца је држављанка Кине чије је дете рођено 2004. године. Мајка и дете су у октобру 2004. године смештени у социјалну установу, а потом је дете смештено у хранитељску породицу. Недуго затим, мајка која није могла да се брине о детету током дана док је радила, дала је дете на чување комшијама. Социјалне службе су крајем 2007. године покренуле поступак непотпуног усвојења на основу чињенице да мајка не може да врши родитељско право. Дете је смештено у хранитељску породицу а мајка је имала право да посећује дете. Међутим, 2008. године мајци је укинута право на контакт на основу извештаја психолога да контакт са мајком има негативан ефекат на дете. У априлу 2010. године суд је донео одлуку да се дете усвоји на основу извештаја експерта да мајка није способна да врши родитељско право и одгаја дете, и да она делује трауматично на развој детета. Жалба мајке на одлуку о потпуном усвојењу детета је одбијена. Подносиоца се жалила да је одлука о потпуном усвојењу повредила право на поштовање породичног живота.

Усвојење детета услед лишења родитељског права мајке због подршке оцу детета који је оптужен да је сексуално злостављао дете, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Clemeno и други против Италије*,⁹⁵² ЕСЉП је навео да је одлука домаћег суда о одузимању детета заснована на јаким доказима да је дете сексуално злостављано од стране оца, што је потврђено покретањем кривичног поступка и извештајем психолога о злостављању друга два детета. У циљу обезбеђења стабилне породичне средине у виду усвојења, након подношења извештаја експерта и посматрања родитеља у периоду од годину и по дана, мера смештаја детета донета је као претходна мера ради заштите права и здравља детета. Крајњи циљ заштите детета огледао се у усвојењу. У поступцима сексуалног злостављања захтева се хитност примене мере измештања детета из породице. Посебно узимајући у обзир озбиљност кривичних оптужби оца, задржавање детета у породици довело би до проузроковања даље емотивне штете по дете. У овом делу није утврђена повреда права подносилаца. Домаће власти отпочеле су поступак усвојења док је кривични поступак против оца био у току. Поступак није прекинут чак ни након жалбе мајке детета да је отац ослобођен оптужбе. Одлука социјалних служби о усвојењу детета није довољно разматрала интересе детета. Нити суд, нити социјална служба, нису покушали да поново успоставе личне односе детета и мајке, која није била суочена са кривичним поступком. Пресудни разлог за одлуку о усвојењу детета био је пружање подршке

⁹⁵² *Clemeno v Italy*, пред. бр. 19537/03, пресуда од 21. октобра 2008. године. Подносиоци су италијански држављани, 12 чланова једне породице. У време подношења представке, тринаестогодишње дете, рођено 1988. године, сексуално је злостављано седам година од стране већег броја чланова породице. Против свих чланова породице који су вршили сексуално злостављање, у марту 1995. године је покренут кривични поступак. Отац је 2001. године осуђен на 13 година затвора и лишен је родитељског права. Социјална служба донела је меру смештаја детета у социјалну установу. Дете је касније, у новембру 1995. године, сведочило да сумња у то да је још једно дете, његов рођак, било сексуално злостављано у породици. И то дете смештено је у социјалну установу. Мајка детета, првобитно смештеног у социјалну установу, у знак подршке оцу везала се ланцима испред социјалне установе у којој је дете било смештено. У јуну 2001. године отац и остали чланови породице ослобођени су оптужби. Жалба јавног тужиоца на ову одлуку суда је одбијена. Социјална служба, током вођења кривичног поступка против чланова породице, забранила је контакт детета са мајком и братом и покренула у априлу 1997. године поступак његовог усвајања. Оба родитеља претходно су лишена родитељског права, а дете је из социјалне установе смештено у хранитељску породицу. У новембру 2002. године донета је одлука о усвојењу детета. Занимљиво је истаћи чињеницу да се након стицања пунолетства дете вратило у своју биолошку породицу и придружило се као подносилац осталим члановима породице. Подносиоци су се жалили да су одлуке о одузимању детета и смештају у социјалну установу, ускраћивању контакта детета и чланова породице, као и усвојењу детета довеле до повреде права на поштовање породичног живота.

мајке оцу детета. Постојање кривичног поступка против оца није био довољан разлог за прекидање односа мајке и детета, као ни касније доношење одлуке о усвојењу. Од тренутка смештаја у установу, детету никада није дозвољено да се сретне са члановима породице, посебно не са братом и оцем, чак ни након доношења ослобађајуће пресуде у кривичном поступку. Укидање породичних веза и породичног живота имало је потпун и трајан карактер. Домаће власти нису предузеле никакав напор да омогуће одржавање породичних односа између детета, са једне, и мајке и брата, са друге стране, или да помогну породици да превазиђе тешкоће. ЕСЉП је из наведених разлога утврдио повреду права на поштовање породичног живота. Налазимо да је у свим случајевима усвојења детета услед лишења родитељског права потребно покушати успостављање породичних односа са биолошким родитељима пре доношења одлуке о усвојењу. Ово се посебно односи на случајеве када је дете одузето од родитеља, а родитељи (још) нису лишени родитељског права. Потребно је покушати успостављање породичног живота, и тек ако то се покаже противним интересима детета, родитељи се лишавају родитељског права и заснива усвојење. Сматрамо да ова обавеза државе треба да буде још израженија ако се родитељ противи усвојењу, није вршио злостављање или занемаривање детета, већ се ради о објективним чињеницама које онемогућавају вршење родитељског права (одређена болест, лишење пословне способности), а дете није остварило чврсте емотивне везе са усвојитељима. У супротном, ако су родитељи деловали штетно на благостање детета, формиран породични живот са усвојитељима и интерес детета треба да надилазе право родитеља за поновним успостављањем породичног живота.

Усвојење детета услед нестабилних породичних прилика изазваних коришћењем психоактивних супстанци родитеља није противно Конвенцији. Интерес детета за усвојењем надилази интересе родитеља.

У случају *Aune против Норвешке*,⁹⁵³ ЕСЉП је истакао да нема надлежност за оцену мере принудног смештаја детета у социјалну установу. Предмет разматрања може бити само одлука о замени хранитељске заштите строжом мером лишења родитељског права, а потом и усвојења, којом се породични живот између родитеља и детета прекида. Имајући у виду да се усвојење детета без сагласности родитеља може спровести само уз постојање изузетних околности, ЕСЉП констатује да такве околности постоје у овом случају. Подносиатељка није поставила питање налаза домаћих власти о подобности хранитељске породице да усвоје њено дете, као ни повезаности детета са њима. ЕСЉП у потпуности прихвата мишљење домаћег суда да подносиатељка није у могућности да пружи адекватну негу детету. Дете није имало праву повезаност са биолошким родитељима, а социјалне везе између подносиатељке и детета биле су веома ограничене. Потреба детета за стабилношћу умногоме је угрожена намером да се о детету стара отац подносиатељке. У светлу налаза да и даље постоји конфликт око хранитељске заштите детета који би неповољно утицао на дете, ЕСЉП сматра да би усвојење отклонило потенцијалну угроженост детета. Отвореност хранитеља ка одржавању контакта подносиатељке и детета, након одлуке Врховног суда, показује добру процену домаћих власти о њиховој подобности, као и вољи за одржавањем личних односа подносиатељке и детета након усвојења. Ово наводи

⁹⁵³ *Aune v Norway*, пред. бр. 52502/07, пресуда од 28. октобра 2010. године. Подносиатељка је норвешка држављанка, чије је дете рођено 1998. године, примљено 1999. године у болницу са повредом мозга. Имајући у виду историју коришћења наркотика оба родитеља и сумњу да је дете лоше одгајано, домаће власти донеле су прво привремену, а затим, трајну меру смештаја детета у хранитељску породицу. После 2000. године подносиатељка је више пута била на лечењу од болести зависности. Од октобра 2005. године подносиатељка више није користила наркотике, започела је приватни посао и добила возачку дозволу. Ипак, 2005. године, домаће власти су донеле одлуку о лишењу родитељског права подносиатељке и о усвајању детета од стране хранитељске породице. Одлуку је потврдио Врховни суд 2007. године, нашавши да упркос побољшању личних околности подносиатељка није способна да пружи детету адекватну негу. Иако се дете добро уклопило у нову хранитељску средину, оно је и даље остало угрожено. Са развојем детета та угроженост би могла постати већа ако би оно постало свесно да је одгајано од родитеља зависника наркотика и да је било неадекватно одгајано и злостављано. Не сме бити занемарено да би одбијање усвојења негативно утицало на дете, имајући у виду чињеницу да је отац подносиатељке (деда детета по мајци) захтевао да се стара о детету, с обзиром на то да је он већ хранитељ другог детета подносиатељке (рођеног брата детета које се усваја). Уколико би се одбило заснивање усвојења, конфликт у породици би могао ескалирати. Даље, наводи се да су хранитељи детета дозволили знатно ширем кругу особа контакт са дететом, као и знатно више времена у погледу контакта са дететом него што је то законски предвиђено. Према ставу домаћег суда, то сведочи о отворености хранитеља да се контакт детета са биолошком породицом настави и након његовог усвојења. Подносиатељка се жалила да је одлука домаћих власти о усвојењу детета довела до повреде права на поштовање породичног живота.

ЕСЉП на закључак да усвојење неће довести до потпуног прекида личних односа подносиоце и детета. На основу изнетих чињеница ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Усвојење детета у светлу несарадње родитеља са социјалном службом уз историју постојања насиља у породици није противно Конвенцији. Интерес детета за стабилним породичним окружењем има примат над очувањем поремећених породичних односа.

У случају *Y. C. против Уједињеног Краљевства*,⁹⁵⁴ ЕСЉП је навео да је одлука о смештају детета на усвојење довела до мешања у породични живот подносиоце. У светлу насилне историје породичних односа, процена суда да је вероватно да може доћи до обнављања односа између подносиоце и оца детета, што би угрозило благостање детета, није била неразумна. Иако је у најбољем интересу детета да се породични живот са родитељима сачува колико је могуће, у контексту овог случаја, интерес детета за развојем, стабилним и сигурним новим породичним окружењем односи превагу. Извршени су покушаји да се породични односи изграде помоћу саветовања и асистирања у вршењу родитељског права. Подносиоца није учествовала у програму подршке од насиља у породици, иако је позвана да то учини, о чему сведоче извештаји социјалне службе и психолога. ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.⁹⁵⁵

Поверење између усвојитеља и биолошке породице има пресудан значај на одржавање контакта детета са својом биолошком породицом, с обзиром да инсистирање на контакту упркос противљењу усвојитеља не би допринело

⁹⁵⁴ *Y. C. v United Kingdom*, пред. бр. 4547/10, пресуда од 13. марта 2012. године. Подносиоца је држављанка Уједињеног Краљевства, која са својим партнером има дете рођено 2001. године. Породица је 2003. године доспела под надзор социјалних служби услед употребе алкохола. Будући да се употреба алкохола наставила и наредних година, до кулминације је дошло 2007. године када је у породици извршена полицијска интервенција. У јуну 2008. године дете је услед наношења телесних повреда од стране родитеља привремено смештено у хранитељску породицу. Родитељи су лишени родитељског права. Привремена мера хранитељства је на захтев социјалне службе и извештаја психолога неколико пута продужена. Отпочет је и поступак усвојења детета. У априлу 2009. године, социјална служба је одлучила да мајци, која не живи са оцем детета, пружи још једну прилику пре коначног одлучивања о статусу детета. Ипак, на захтев локалних власти суд је донео меру смештаја детета у усвојитељску породицу, са наводом да би још једно одлагање мере о смештају детета у усвојитељску породицу угрозило процес налажења дуготрајног облика заштите детета. Жалба подносиоце на ову одлуку је одбијена и дете је у јануару 2010. године смештено у усвојитељску породицу. Подносиоца се жалила да је давање детета на усвајање повредило њено право на поштовање породичног живота.

⁹⁵⁵ B. Sloan, *Conflicting Rights: English Adoption Law and the Implementation of the UN Convention on the Rights of the Child*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 25, No. 1, 2013, Bristol, стр. 46.

благостању детета. Стога се и истиче да домаћи судови ретко досуђују одређивање контакта детета са биолошком породицом када се усвојитељи томе противе.⁹⁵⁶

Право на поштовање породичног живота између детета и родитеља може престати одлуком о лишењу родитељског права, као и одлуком о заснивању усвојења. Неретко, одлука о лишењу родитељског права претходи одлуци о усвојењу детета. С обзиром на то да су то одлуке којима долази до прекида породичног живота, ЕСЉП тражи постојање озбиљних разлога. Неопходно је покушати поновно успостављање породичних односа између детета и родитеља. Уколико је дошло до одвајања детета од родитеља, обавеза на страни родитеља је да сарађују са социјалним службама у отклањању пропуста. Међутим, и поред обавезе домаћих држава да покушају успоставити породични однос између родитеља и детета, уколико интереси детета налажу да услед озбиљних пропуста у вршењу родитељског права дете буде усвојено, одлука о заснивању усвојења, сасвим оправдано, није противна Конвенцији. На тај начин дете има централну улогу у процесу усвојења и интерес детета за усвојењем (*Aune против Норвешке, У. С. против Уједињеног Краљевства*) претеже над правом на поштовање породичног живота родитеља.

1.7. Поништење усвојења

Поништење усвојења услед непостојања пропуста у вршењу родитељског права усвојитеља и противно жељама детета и родитеља, супротно је ЕКЉП и представља повреду права на поштовање породичног живота.

⁹⁵⁶ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 335.

У случају *Korochkin против Украјине*,⁹⁵⁷ ЕСЉП је нашао да у овом случају није реч о неправилном вршењу родитељског права, већ о томе да подносилац није имао ауторитет над дететом и пропустио је да му омогући правилан развој. Такав закључак изведен је на основу агресивног понашања детета према мајци. Ипак, у светлу развода брака супружника, није јасно да поништење усвојења у односу на мајку има утицаја на раздвајање детета и оца. Аргумент да поништење представља санкцију за агресивно понашање детета не показује се оправданим за раздвајање породичне заједнице између детета и оца. Домаће власти нису спровеле детаљну процену утицаја поништења усвојења на благостање детета, као ни могућност предузимања мање строжих мера у циљу раздвајања породице. Упркос жељи детета и оца да наставе заједнички живот, домаће власти ставиле су на оца терет доказивања у погледу подобности за даље одгајање детета. Накнадно постављање оца за старатеља детета било је у супротности са претходно донетом мером о смештају детета у социјалну установу. Мешање домаћих власти у породични живот подносиоца није било подржано адекватним разлозима, што је довело до закључка ЕСЉП да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Одбијање поништења усвојења услед недоличног понашања пунолетног усвојеника према усвојитељима не повлачи повреду ЕКЉП.

У случају *Gotia против Румуније*,⁹⁵⁸ ЕСЉП је навео да су домаћи судови у образложеним одлукама нашли да је одбијање поништења усвојења у складу са

⁹⁵⁷ *Kurochkin v Ukraine*, пред. бр. 42276/08, пресуда од 20. маја 2010. године. Подносилац је украјински држављанин рођен 1955. године, који је са својом супругом усвојио 2004. године напуштено дете рођено 1993. године. Након покретања поступка развода брака супруга је затражила 2006. године поништење усвојења услед тога што је усвојеник био насилан према њој а супруг није спречио те нападе. Супруг и дете оспорили су њене наводе и навели да желе и даље да живе заједно. После развода брака у марту 2007. године и закључења новог брака подносиоца, суд је поништио усвојење у августу 2007. године и донео меру смешаја детета у социјалну институцију на основу пропуста подносиоца да позитивно делује на дете и обезбеди његов нормалан развој. Ипак, дете је и даље наставило да живи са подносиоцем који је накнадно постављен за старатеља детета. Подносилац се жалио да је одлука о поништењу усвојења повредила његово право на поштовање породичног живота.

⁹⁵⁸ *Gotia v Romania*, пред. бр. 24315/06, пресуда од 5. октобра 2010. године. Подносиатељка је румунска држављанка која је 1983. године заједно са својим супругом потпуно усвојила дете рођено 1976. године. Подносиатељкин супруг преминуо је 1992. године. Подносиатељка је 2004. године поднела захтев за поништење усвојења, уз образложење да се тада 28-годишње дете, недолично понаша према њој. Домаће власти одбиле су такав захтев. Међутим, подносиатељка је поново, 2006. године, поднела захтев за поништење усвојења. И овај захтев је одбијен. Подносиатељка се жалила да је одбијање захтева за поништењем усвојења повредило њено право на поштовање породичног живота.

румунским Уставом. Даље, према Европској конвенцији о усвојењу деце коју је Румунија ратификовала маја 1993. године, не произлази обавеза држава потписница да усвоје правна правила о могућности поништења усвојења. Стога, одбијање да се дозволи поништење усвојења након 28 година од његовог заснивања, није у супротности са чланом 8. ЕКЉП и није дошло до повреде права на поштовање породичног живота. Сматрамо да у случајевима потпуног усвојења проблеми у понашању усвојеника, као и престанак заједнице живота усвојитеља, не могу бити разлози престанка усвојења, те да држава не треба да дозволи поништење усвојења. Као што ни престанак брака не утиче на постојање родитељског права, тако исто не утиче ни на пуноважност усвојења.

Поништење усвојења услед насталих повреда и непружања адекватне неге детету, без испитивања утицаја усвојитеља на те повреде и негативних ефеката поништења на емотивне односе усвојитеља и деце, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Ageyevu против Русије*,⁹⁵⁹ Суд је навео да је одузимање деце било оправдано постојањем сумње у злостављање, да је било предузето у најбољем интересу деце и ишчекивању исхода кривичног поступка против родитеља. Одлука о поништењу усвојења представља мешање у породични живот. Поништење усвојења заснивало се на површним оценама постојања пропуста у одгајању деце, отпочињања кривичног поступка против родитеља и постојања болести деце. Међутим, није утврђено порекло повреда (опекотина) детета, као ни порекло болести и одговорност усвојитеља за њихов настанак. Такође, није извршена процена емотивних односа између деце и усвојитеља, као ни постојање негативних ефеката које поништење усвојења може да произведе. Кривични поступак је показао да не постоји кривица једног родитеља, док је други осуђен

⁹⁵⁹ *Ageyevu v Russia*, пред. бр. 7075/10, пресуда од 18. априла 2013. године. Подносиоци су брачни пар, руски држављани, рођени 1962. и 1963. године. Они су 2008. године усвојили двоје деце рођене 2005. и 2006. године. У марту 2009. године једно дете је примљено у болницу са опекотинама. Домаће власти су усвојитељима одузеле децу услед сумње да су злостављана. Утврђено је да су деца имала неколико болести од који дуго нису лечена. Жалба усвојитеља на меру одузимања деце је одбијена у априлу 2009. године, а већ у јуну исте године донета је одлука о поништењу (престанку) усвојења услед пропуста у пружању адекватне неге деци и отпочињања кривичног поступка против родитеља поводом повреде детета из марта 2009. године. Одлука о престанку усвојења постала је коначна у августу 2009. године. У новембру 2010. године један родитељ је ослобођен оптужби, док је други осуђен на годину и по дана друштвено-корисног рада. Подносиоци су се жалили да је одузимање деце и поништење усвојења повредило право на поштовање породичног живота.

само за неиспуњење дужности надзора у односу на инцидент из марта 2009. године, не и за друге наведене пропусте у вршењу родитељског права. Одлука домаћих власти о поништењу усвојења није била оправдана. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Случајеви поводом поништења усвојења говоре да је реч о престанку права на поштовање породичног живота на основу понашања усвојеника и пропуста усвојитеља у вршењу родитељског права. Усвојењем настаје право на поштовање породичног живота између усвојитеља и усвојеника. Поништење усвојења од стране једног родитеља не односи се аутоматски и на другог родитеља, посебно ако тај родитељ не жели да дође до престанка права на поштовање породичног живота са усвојеником. Одбијање поништења усвојења из разлога недоличног понашања усвојеника није противно ЕКЉП. Оваквим одлукама ЕСЉП је, сасвим оправдано, стао на становиште да је однос усвојеника и усвојитеља уподобљен родитељском праву. Као што није могуће одрицање од родитељског права, тако није могуће ни да се поништи усвојење услед недоличног понашања усвојеника према усвојитељима.

2. Хранитељство

Основну одлику хранитељства, као облика породичне заштите детета, представља привременост. За разлику од усвојења које има за циљ трајну заштиту детета, хранитељство треба да постигне привремену заштиту детета. У складу са оваквом одликом хранитељства, родитељи у сваком тренутку имају супрематију свог права на поштовање породичног живота са дететом у односу на право на поштовање породичног живота хранитеља.⁹⁶⁰ Код хранитељства дете се налази на чувању, нези, одгајању и васпитању у хранитељској породици. Имамо са једне стране хранитеље који чињеницом да дете живи у њиховој породици конституишу породични живот са дететом, и родитеље који имају право на поштовање породичног живота у односу на дете, али који не живе са дететом. Могуће је да родитељи и даље имају породични живот са дететом тако што ће

⁹⁶⁰ За хранитељство видети, *Re M M* (Long-term fostering: placement with family members: wishes and feelings) (2013) EWHC 2061 (Fam).

одржавати контакт, али је и могуће да је породични живот (не и право на поштовање породичног живота) између родитеља и детета престао. Проблем код хранитељства управо се и јавља у случају сукоба права на породични живот две групе особа у односу на дете - родитеља и хранитеља. Породични живот родитеља и детета прекинут је или умањен смештајем детета на хранитељство. Право на поштовање породичног живота родитеља и деце, као централни део целокупног појма права на поштовање породичног живота, повлачи да се породични живот детета и родитеља у случају одвајања има поново успоставити. Родитељи детета када је оно на хранитељству имају и даље право на поштовање породичног живота, пре свега у виду права на контакт са дететом. Хранитељи правно врше део родитељског права и успостављају породични живот са дететом с обзиром на то да се дете налази код њих.⁹⁶¹ Из постојања породичног живота (породичног односа), хранитељи извлаче овлашћења у односу на дете, односно право на поштовање породичног живота. Проблем се јавља у томе да, неретко, хранитељство представља уводну, транзициону фазу ка усвојењу детета. Проблем око породичног живота хранитеља може настати и у односу на усвојитеље детета, када хранитељима није дозвољено усвојење детета, односно када се дете даје на усвајање другим особама, а не хранитељима, а хранитељи су успоставили породични живот са дететом.

Хранитељством, као најчешћом, прелазном формом заштите детета пре усвојења, успоставља се породични живот хранитеља са дететом. Иако се истиче да је хранитељство привремена заштита детета, некада се хранитељство види као подобнији вид породичне заштите у односу на усвојење.⁹⁶²

⁹⁶¹ Да између хранитеља и детета постоји породични живот, G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 130.

⁹⁶² E. Neil, *Adoption and Contact: A Research Review*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 294; Поштовање породичног живота између хранитеља и храненика било је предмет одлучивања у случају из енглеске судске праксе. *Smith v. Organization of Foster Families for Equality and Reform* (1997). Хранитељи су се противили одвајању деце која су била на хранитељству из њихове породице. Позивањем на доктрину психолошког родитеља они су сматрали да хранитељска породица испуњава идентичне функције као биолошка породица. Суд је утврдио да родитељи често губе везу са децом која се дају на хранитељство и да деца успостављају емоционалну везу са хранитељима. Иако се утврдило да постојање биолошке везе није *conditio sine qua non* за постојање породице, примат је дат праву биолошких родитеља на вршење родитељског права. О овом случају, R. Levesque, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008. стр. 50.

ЕСЈП није у много случајева одлучивао поводом повреде права на поштовање породичног живота хранитеља. Размотрићемо случајеве везане искључиво за хранитељство и неколико случајева који у себи обједињују хранитељство и право на контакт родитеља са дететом које се налази на хранитељству.

Однос између детета и хранитеља спада у породични живот. У том случају, необразложено одбијање захтева хранитеља да усвоје дете и давање детета на усвајање другој породици представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Moretti и Benedetti против Италије*,⁹⁶³ ЕСЈП је нашао да иако треба искључити чисто формални приступ заступању детета, подносиоци нису вршили родитељско право, нису били старатељи детета, нису имали биолошку везу са дететом, нити су имали овлашћење адвоката да заступају дете. Штавише, дете је пред домаћим судом заступао старатељ. У таквом чињеничном стању, подносиоци нису били овлашћени да заступају дете пред ЕСЈП. Даље, утврђено је да су подносиоци узели дете на чување када је имало само месец дана, да су скоро годину дана делили са њим битне, почетне фазе развоја. Током тог периода дете је живело са децом подносиоца - сестром и братом. Извештај експерта утврдио је да се током тог периода дете добро уклопило у породичну средину хранитеља и везало за подносиоце и њихову децу. Подносиоци су током развоја детета успоставили емотивну везу са њим, водили га са њима на одмор, излете и породичне свечаности. Ове чињенице сведоче да је оформљен породични однос налик односу родитеља и детета и да стога постоји *de facto* породични живот.⁹⁶⁴ Додатну јачину међусобне породичне везе потврђује подношење захтева

⁹⁶³ *Moretti and Benedetti v Italy*, пред. бр. 16318/07, пресуда од 27. априла 2010. године. Подносиоци су супружници, италијански држављани. У јуну 2004. године, једномесечно дете напушено од мајке на рођењу, смештено је код њих на хранитељство. У децембру 2005. године на основу одлуке суда дете је предато усвојитељској породици. Захтев за усвојење детета који су подносиоци предали у марту 2005. године, одбијен је у јануару 2006. године. Иако је првобитно Апелациони суд поништио одлуку о усвојењу детета, накнадно је суд је на основу мишљења експерта одлучио да би одвајање детета од усвојитеља било неповољно по његов развој и прогласио усвојење коначним. Подносиоци су се жалили да је одлука суда о усвојењу детета од стране других особа (усвојитеља) повредила њихово право на поштовање породичног живота.

⁹⁶⁴ Уставни суд Немачке стао је на становиште да када су хранитељи успоставили породични живот са храњеником и када би одвајање детета од хранитеља и давање на усвојење довело до угрожавања психолошке стабилности детета, суд је дужан да испита да ли су усвојитељи подобни да успешно интегришу дете у своју породицу, *Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 287.*

подносилаца за усвојење свог храненика. ЕСЈП је навео да у овом случају постоје сложени, међусобно супротстављени интереси, и то интереси детета и две породице. Примаран значај у процени супротстављених интереса има најбољи интерес детета. Од суштинског значаја је да се захтев подносилаца за усвојењем размотри пажљиво и хитно. Домаћи суд није навео разлоге одбијања захтева хранитеља за усвојење, и посебно, није размотрио сам захтев пре него што је дете прогласио подобним за усвајање и изабрао другу, нову породицу. Протек времена од одвајања детета из хранитељске породице имао је пресудан утицај на извештај експерта да се дете добро уклопило у нову породицу и да би даље одвајање детета проузроковало штетност по његов емотивни развој.⁹⁶⁵ Задатак ЕСЈП није оцена резоновања домаћег суда по питању благостања детета, међутим, неразматрање захтева хранитеља и одбијање истог без навођења разлога, довели су до пропуста у поступку и повреди њиховог права. ЕСЈП је на основу тих чињеница нашао да је дошло до повреди права на поштовање породичног живота подносилаца.

Давање детета у хранитељску породицу од стране мајке ради усвајања, без сагласности оца, као и пропуст утврђивања неподобности оца да врши родитељско право, сматра се противним ЕКЈП. Одбијање хранитеља да предају дете биолошком родитељу представља повреду права на поштовање породичног живота родитеља.

У случају *Santos Nunes против Португала*,⁹⁶⁶ ЕСЈП је истакао да је било потребно четири и по године да се спроведе одлука о вршењу родитељског права

⁹⁶⁵ Чест је случај да се суд суочава са проценом да ли ће за дете бити боља хранитељска или усвојитељска заштита. О томе, R. Bailey-Harris, C. Bridge, N. Lowe, *Family Law Reports*, 8/2014, London, стр. 1032.

⁹⁶⁶ *Santos Nunes v Portugal*, пред. бр. 61173/08, пресуда од 22. маја 2012. године. Подносилац је португалски држављанин који је 2002. године добио дете из везе са бразилском држављанком. На основу ДНК анализе, утврђено је очинство подносиоца и он је затражио вршење родитељског права. Мајка је претходно дала дете на чување и подизање (хранитељство) једној португалској породици. Хранитељи су навели да је мајка дала сагласност да се они старају о детету, с обзиром на то да она није била у могућности да одгаја дете. У светлу чињенице да нису могли биолошким путем да добију дете, хранитељи су поднели захтев да усвоје свог храненика. У јулу 2004. године суд је подносиоцу доделио вршење родитељског права. Након што су хранитељи одбили да предају дете, подносилац је тражио да се спроведе судска одлука. Током 2006. године дете није могло да се лоцира, и у складу са тим, супруг-хранитељ задржан је у притвору. Дете је накнадно пронађено, након чега је прегледано у болници и одређен је припремни период за предају детета подносиоцу. Међутим, дете је остало код хранитеља а отац је имао право на контакт са дететом. У децембру 2008. године дете је предато подносиоцу. Након што је у јануару 2009. године дете саслушано, донета је одлука о окончању припремног периода и дете је наставило да живи са оцем. Хранитељима је омогућен контакт са дететом. Хранитељи су накнадно осуђени за отмицу детета. Подносилац се жалио да је одлуком о смештају детета на хранитељство и каснијим отпочињањем поступка усвојења повређено његово право на поштовање породичног живота.

подносиоца. Поступак спровођења судске одлуке карактерисао је мањак сарадње хранитеља, како супруге, тако и супруга. И поред упозорења подносиоца, случај није одликовала примена начела хитности све до 2006. године, иако је подносилац обавестио домаће власти још 2004. године о одбијању сарадње од стране хранитеља. Пропуст домаћих власти огледа се и у нелоцирању детета у дужем временском периоду. Супруга-хранитељ предала је дете тек након што је њен супруг задржан у притвору. Домаће власти нису испуниле своју позитивну обавезу да заштите право на поштовање породичног живота детета и његовог оца. Иако је случај био сложен имајући у виду да су поред биолошких родитеља учествовале и друге особе (хранитељи), ЕСЉП је утврдио да је дошло до повреде подносиоачевог права на поштовање породичног живота.⁹⁶⁷

Одбијање домаћих власти да омогуће контакт оца и детета које се налази у хранитељској породици представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Görgülü против Немачке*,⁹⁶⁸ ЕСЉП је најпре утврдио да су домаће власти дужне да омогуће поновно уједињење родитеља и детета, као и да односи између детета и родитеља не буду одређени само на основу прости чињенице протекла времена. Према ставу ЕСЉП, иако су домаћи судови забранили предају детета и контакт са оцем позивајући се на најбољи интерес детета, односно

⁹⁶⁷ О правном односу хранитеља и биолошких родитеља детета, S. Cretney, *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford, 2005, стр. 706.

⁹⁶⁸ *Görgülü v Germany*, пред. бр. 74969/01, пресуда од 26. маја 2005. године. Подносилац је немачки држављанин рођен 1969. године, чије је дете из ванбрачне везе са мајком детета рођено 1999. године. Након што је подносилац сазнао да је мајка без његове сагласности дала дете на усвајање неколико дана након порођаја, отишао је у социјалну службу са захтевом да усвоји дете. Захтев је одбијен уз образложење да није утврђено његово очинство и да није пружио доказ да је он отац детета. Дете је смештено у хранитељску породицу. Након што је уз сагласност мајке признао дете, подносилац је 2000. године захтевао да му се омогући контакт са дететом и да се њему врати дете. Организовани су припремни сусрети подносиоца и детета у присуству социјалног радника, да би се постепено омогућио одлазак детета код оца. Домаћи суд је 2001. године одлучио да додели оцу самостално вршење родитељског права и истакао да су социјалне службе могле раније да изврше меру предаје детета оцу, под условом да нису наставиле са поступком усвајања. Предочено је да и након одласка детета код оца оно треба да задржи контакт са хранитељском породицом, с обзиром на то да се у многим случајевима контакт између детета и хранитеља показао као повољан за благостање детета. Међутим, на основу жалбе социјалне службе на одлуку суда и извештаја психолога да је дете са хранитељском породицом оформило породични живот и да би по њега било штетно да буде предато оцу, Апелациони суд укида претходну одлуку и забрањује одржавање контакта између детета и оца, наводећи да је то супротно интересима детета. Накнадно је подносилац, све до 2003. године, покушавао да ступи у контакт са дететом, међутим без успеха. Подносилац се жалио да је одлука о давању детета на усвојење као и одбијање права на контакт са дететом док је оно код хранитеља повредило његово право на поштовање породичног живота.

штетне ефекте које би прекид породичног живота са хранитељима изазвао по дете, њихов пропуст је у томе што нису посматрали дуготрајне штетне ефекте које по дете може изазвати одвајање од биолошког оца који је, притом, изразио жељу да врши родитељско право.⁹⁶⁹ На тај начин, непостојањем контакта између оца и детета, њихове породичне везе не би биле изграђиване, већ обратно, протеклом времена дошло би до њиховог умањења и потпуног престанка. Мера забране контакта између оца и детета у трајању дужем од годину дана довела је до неоправданог мешања у породични живот подносиоца. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Смештање браће и сестара у различите, географски удаљене хранитељске породице чиме је онемогућено одржавање личних односа између њих, као и спречавање контакта између родитеља и детета на хранитељству, повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Olsson против Шведске*,⁹⁷⁰ ЕСЉП меру забране повратка и ограничења контакта није сматрао оправданом и истакао да је обавеза домаћих власти да обезбеде поновно спајање детета и родитеља. Сва три детета смештена су у различите хранитељске породице које су биле међусобно удаљене стотинама километара. Географска удаљеност резултирала је у прекидању контакта између деце, браће и сестара. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.⁹⁷¹

Слично, случају *Zawadka против Пољске*,⁹⁷² ЕСЉП је нашао да је контакт између родитеља и детета које се налази на хранитељству од суштинског значаја за одржавање породичног односа. Смештај на хранитељство је мера привременог карактера која за крајњи циљ има поновно спајање детета и родитеља. Домаће

⁹⁶⁹ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 528.

⁹⁷⁰ *Olsson v Sweden*, пред. бр. 10465/83, пресуда од 24. марта 1988. године. Подносиоци су шведски држављани рођени 1941. и 1944. године, чија су деца смештена у хранитељске породице 1980 године. Након пет година од смештаја, домаћи суд је одлучио да нема потребе за даљом применом мере хранитељства. Ипак, социјалне службе одбиле су да дозволе повратак једног детета у биолошку породицу, позивајући се на то да је дете у протеклом периоду створило чврсте емотивне везе са хранитељском породицом и да би повратак детета у биолошку породицу могао да угрози психичко здравље и стабилност детета. Мајка је имала право на једну посету детету током два месеца. Подносиоци су се жалили да је одлука о останку детета на хранитељству повредила право на поштовање породичног живота.

⁹⁷¹ L. Clements, N. Mole, A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, London, 1999, стр. 178.

⁹⁷² *Zawadka v Poland*, пред. бр. 48542/99, пресуда од 23. јуна 2005. године.

власти су преко својих социјалних служби дужне да омогуће контакт детета на хранитељству и родитеља, као и да им пруже помоћ у остваривању контакта. Непружање помоћи у остваривању контакта са дететом довело је до трајног губитка контакта детета и оца.⁹⁷³ Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

ЕСЉП стоји на становишту да у случају постојања два паралелна породична живота - између детета и хранитеља и детета и биолошких родитеља, већу правну тежину има однос између родитеља и детета. Спречавање одржавања контакта између родитеља и детета на хранитељству повлачи одговорност домаће државе (*Görgülü против Немачке, Zawadka против Пољске*). Исто је и у случају одбијања хранитеља да предају дете биолошком родитељу (*Santos Nunes против Португала*). Смештај браће и сестара у различите хранитељске породице и спречавање контакта међу њима повлачи одговорност државе (*Olsson против Шведске*). Само уколико се дете налази на хранитељству, нема лични однос са родитељима и оформило је породични живот са хранитељима, одбијање захтева хранитеља за усвојење детета доводи до повреде Конвенције. Постојање породичног живота између хранитеља и детета у одсуству постојања породичног живота између детета и других особа, повлачи заштиту права на поштовање породичног живота хранитеља. У свим другим случајевима постојања породичног живота између детета, са једне, и родитеља, усвојитеља и хранитеља, са друге стране, право на поштовање породичног живота хранитеља бива потиснуто пред правом на поштовање породичног живота биолошких родитеља и усвојитеља. Сматрамо да хранитељи имају право на поштовање породичног живота са дететом. Једино у случају када се дете налази на хранитељству и оформило је породични живот са хранитељима, а нема родитеље или су родитељи лишени родитељског права, захтев хранитеља за усвојењем детета треба да буде заштићен правом на поштовање породичног живота. У том случају хранитељи позивањем на заштиту свог права на поштовање породичног живота имају првенство у односу на усвојитеље који су започели поступак усвојења, али нису остварили породични живот са дететом (као у случају *Moretti u Benedetti*). Постојање

⁹⁷³ G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 295.

родитеља имплицира потребу одржавања контакта детета и родитеља и обавезу хранитеља да то омогуће.

У области признања међудржавног усвојења нема обавезе државе да призна као усвојење други облик породичне заштите детета који је заснован у страниј држави, ако такав облик није предвиђен домаћим правом. Ово се пре свега односи на обавезу признања института *кафала* као усвојења. Обавеза државе је да призна потпуно усвојење засновано у страниј држави само од стране једне особе. Не постоји обавеза државе да преда децу страним усвојитељима и спроведе већ засновано усвојење уколико се деца изричито противе усвојењу.

Недостатак сагласности оца за усвојење детета доводи до повреде у зависности од тога да ли је дете остварило породични живот са неком другом особом. Држава има обавезу да тражи од оца сагласност за усвојење детета ако мајка не врши родитељско право. У том случају, обавеза државе је да омогући учешће оца у поступку усвојења. Са друге стране, ако је дете остварило породични живот са очухом, а нема контакт са оцем, нема обавезе државе да се тражи сагласност за усвојење од оца. Идентично, сматра се да држава има обавезу да омогући усвојење детета, иако мајка ускраћује сагласност за усвојење, уколико дете има формиран породични живот са маћехом. Држава има обавезу да тражи сагласност за усвојење од мајке детета иако је она лишена пословне способности.

Када је у питању усвојење детета од стране хомосексуалних особа, имамо супротна становишта. Не постоји обавеза државе да омогући усвојење особама хомосексуалне оријентације, али постоји обавеза да се држава не позива на хомосексуалност усвојитеља при доношењу одлуке о усвојењу. Нема обавезе државе да дозволи усвојење старијим усвојитељима уколико је разлика у годинама таква да би то било противно интересима детета.

Држава има обавезу да пре усвојења детета, услед лишења родитељског права, поново покуша успостављање породичног живота између биолошких родитеља и детета. Нема обавезе да држава омогући потпуно усвојење детета ако оно није напуштено од родитеља. Ако родитељи физички или емотивно угрожавају дете и услед тога су лишени родитељског права, обавеза је државе да омогући усвојење детета. Констатујемо извесну контрадикторност, с обзиром на то да се, са једне стране, утврђује обавеза да се омогући усвојење детета ако су га

родитељи угрожавали, а да се, са друге стране, ствара обавеза поновног успостављања породичног живота између родитеља и детета пре усвојења. Могуће је алтернативно остварење једног од два наведена циља - или успостављање породичног живота између родитеља и детета или прекидање породичног живота давањем детета на усвојење, посебно уважавајући чињеницу да до усвојења долази услед угрожавања детета од стране родитеља.

Начелно, држава нема обавезу да поништи усвојење. То се односи на случајеве када постоје пропусти у вршењу родитељског права, када се усвојеник недолично понаша, када се поништењу противе дете и један од усвојитеља. Држава има обавезу да утврди постојање узрочне везе између понашања усвојитеља и физичких повреда деце, као разлога за поништење усвојења.

У области хранитељства, држава има обавезу да хранитељима који су успоставили породични живот са дететом, омогући да буду потенцијални усвојитељи свог храненика. Држава нема обавезу да омогући усвојење детета од стране хранитеља када се један родитељ није сагласио са усвојењем, а није утврђена неподобност тог родитеља да врши родитељско право. Последишно, држава има обавезу да омогући том родитељу да му дете буде враћено од стране хранитеља. Обавеза је државе да омогући контакт између родитеља и детета које се налази у хранитељској породици. Када се даје више деце (браће и сестара) на хранитељство, обавеза је државе да сва деца буду дата у исту хранитељску породицу. Ако није могуће да сва деца буду смештена у исту хранитељску породицу обавеза је да деца међусобно одржавају личне односе.

Недостатак домаћег законодавства представља немогућност да родитељ лишен пословне способности да сагласност за усвојење свог детета. Потпуна правна празнина постоји поводом признања усвојења заснованог у иностраној држави. Не постоје одредбе о томе да сва деца (браћа и сестре) која се дају на хранитељство буду у истој хранитељској породици и да одржавају личне односе. Ову обавезу могуће је остварити доношењем подзаконских аката (правилника) којима се центру за социјални рад ставља обавеза да изврши смештај деце у исту породицу или обавеза одржавања личних односа уколико деца нису смештена у исту породицу.

Глава VII

Отмица деце

1. Утицај глобализације на породично право, међунационални бракови и *relocation* случајеви

Глобализација доводи до трансформације породичног права. Радници у потрази за послом напуштају своје државе остављајући породице и заснивајући нове породице у другим државама. Док су до краја XX века мушкарци били искључиви чланови породице који су мигрирали, почетак XXI века сведочи да жене чине 49% од укупног броја легалних и илегалних миграната.⁹⁷⁴ С обзиром на то да мајке у највећем броју случајева након развода брака врше родитељско право, поставља се и питање одласка детета са мајком у другу државу. Долази до екстратериторијалности као обележја савременог породичног права. Појављују се нова питања у породичном праву која до тада нису постојала, или барем нису била толико учестала: бракови особа различитог држављанства,⁹⁷⁵ међудржавно усвојење, отмица деце, случајеви промене пребивалишта родитеља (а самим тим) и детета, у теорији познати као *relocation*.⁹⁷⁶ Миграција на глобалном нивоу довела је до тога да десетине и стотине милиона људи закључује међунационалне бракове и добија децу из таквих бракова.⁹⁷⁷ Повећана стопа развода брака доводи у питање место пребивалишта детета и могућност да се родитељ који врши родитељско право одсели са дететом у другу државу - државу свог порекла. Породично право није више омеђено националним границама. Тако, наводи се да је унутар Европске уније чак 15% закључених бракова између особа различитог

⁹⁷⁴ D. Chambers, *A Sociology of Family Life Change and Diversity in Intimate Relations*, Cambridge, 2012, стр. 116.

⁹⁷⁵ О проблемима који могу настати када мушкарац шпанског држављанства има намеру да закључи брак са женом немачког држављанства, стога што шпанско право није признавало развод брака, изјашњавао се Уставни суд Немачке. Видети Federal Constitutional Court of Germany, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 101; C. S. Bruch, *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting It Wrong in Child Custody Cases*, *Family Law Quarterly*, Vol. 35, No. 3, Autumn 2004, Chicago, стр. 501 и даље.

⁹⁷⁶ B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 2.

⁹⁷⁷ Према неким подацима 642 милиона људи (око 10% светског становништва) налази се у породицама у којима има елеманата транснационалности, C. Suarez-Orosco, M. Suarez-Orosco, *Familyhood across Borders*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 281.

држављанства, а да око 5% становништва или 19 милиона грађана, нема држављанство земље у којој живи.⁹⁷⁸ Сви наведени подаци говоре да се породични живот увелико одвија изван националних граница.

Након развода брака родитељ који врши родитељско право одлучује о свакодневном васпитању детета, док одлуке које се односе на битн(и)ја питања у вези са дететом не може донети без сагласности другог родитеља. Међу одлукама око којих постоји спор родитеља, значајно место заузимају спорови поводом намере родитеља који врши родитељско право да промени своје и дететово место пребивалишта (*relocation*),⁹⁷⁹ било у удаљеном граду у истој држави, било у другој држави. На тај начин право детета и право другог родитеља на одржавање личних односа, као саставни делови права на поштовање породичног живота, стављају се под знак питања.⁹⁸⁰

Конвенција о правима детета изричито предвиђа да дете чији родитељи живе у различитим државама има право да одржава редовне личне односе и директни контакт са оба родитеља.⁹⁸¹ Одлуком да родитељ коме је поверено вршење родитељског права промени своје и пребивалиште заједничког детета,⁹⁸² може доћи до једне од две могућности, од којих нити једна није повољна, како по родитеља који не врши родитељско право, тако и по дете: или долази до прекидања личног односа (породичног живота) другог родитеља и детета, или, у најбољем случају, до знатног умањења.

Судови различито гледају на одлуку једног родитеља да промени место пребивалишта детета. Ако су разлози сведени на намеру онемогућавања другог родитеља и детета у одржавању личних односа, таква намера родитеља не треба

⁹⁷⁸ N. Dethloff, Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, у K. Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, Antwerpen, 2003, стр. 37.

⁹⁷⁹ Европски суд правде у случају *C-523/07 A (2009) ECJ I-02805*, дао је дефиницију дететовог пребивалишта. Пребивалиште детета у смислу члана 8. ст. 1. *Brussels II bis* Препоруке, јесте место које кореспондира са местом у коме се дете интергише у друштвену и породичну средину. Дужина боравка, легалност боравка, услови и разлози останка детета и породице на територији државе чланице ЕУ, националност детета, место похађања школе, познавање језика, социјалне и породичне везе детета - све наведене околности узимају се од стране суда као критеријуми при утврђивању пребивалишта детета.

⁹⁸⁰ Једно од питања које се јавља у *relocation* случајевима, тиче се трошкова посете детета родитељу који има право на контакт, P. Parkinson, Family Law and the Indissolubility of Parenthood, Cambridge, 2011, стр. 175.

⁹⁸¹ Члан 10. Конвенције о правима детета.

⁹⁸² Истиче се да у оквиру ЕУ годишње има око 170 000 развода између особа различитог држављанства, што чини 19% од укупног броја развода.

да добије одобрење суда. Проналазак новог (бољег) запослења или заснивање нове (ван)брачне заједнице сматрају се као оправдани разлози.⁹⁸³ Питање терета доказивања намеће се као једно од одлучујућих: доказивање родитеља који врши родитељско право да је у интересу детета да промени место пребивалишта (државу), или доказивање другог родитеља да у интересу детета није да промени пребивалиште.⁹⁸⁴ Упуштајући се у теоријско разматрање овог питања, на становишту смо да родитељ који жели да промени место живота детета треба да докаже да је то у најбољем интересу детета. Ако се као основни критеријум у развоју детета истиче стабилност, повезаност са одређеном средином, пријатељима, школом, рођацима, ако се при додељивању родитељског права често истиче критеријум првобитног старатеља, претпоставља се да промена животних околности неће бити у интересу детета, те стога, ако се тврди супротно, што сматрамо могућим, на родитељу који врши родитељско право је да докаже своје тврдње. Супротан став да *accessorium sequitur principale*, представља проширење правила да дете прати судбину једног од родитеља независно од најбољих интереса детета. Посматрајмо проблем супротно - који савестан родитељ ће бити вољан да потпише сагласност о одласку детета у удаљену државу и да се тиме фактички одрекне родитељског права.

Правило је да без сагласности другог родитеља, или одобрења суда, било родитељ који врши родитељско право, а посебно родитељ који има право на одржавање личних односа са дететом, нема право да са дететом напусти државу дететовог пребивалишта.⁹⁸⁵ Родитељ који непосредно не врши родитељско право има право на одржавање личних односа и ако се родитељ који врши родитељско право одсели са дететом у другу државу. Промена јурисдикције не утиче на његово стечено право. Ипак, услед географске удаљености, право родитеља на

⁹⁸³ Случајеви *Re H (1998) 1 FLR 848; Re M (1999) 2 FLR 334*.

⁹⁸⁴ У прилог *onus probandi* на страни оног родитеља код кога дете нема пребивалиште, случај *Re B (2001) 1 FCR 108*.

⁹⁸⁵ Последице отмице детета могу бити и на пољу имовинских односа детета и родитеља. У једном случају са почетка XX века, отац је приликом развода брака одвео децу из New Yorka на Средњи Запад. Тадашња правила нису предвиђала обавезу повратка оца и деце у место некадашњег пребивалишта, нити могућност да се оцу одузму деца. Суд је као казну за отмицу деце досудио целокупну заједничку имовину супружника стечену у New Yorku, мајци деце. О томе, J. D. Gregory, *The ALI Property Division Principles: A Model of Radical Paternalism*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 170.

одржавање личних односа са дететом, фактички и правно није истог обима као у случају када дете живи у истој држави са родитељем.

Промена животних прилика родитеља (запослење, заснивање нове породичне или брачне заједнице) не повлачи обавезу промене животних прилика детета. Избор родитеља у виду нове породице није и избор детета. Само ако је у интересу детета да промени животне прилике, суд треба да омогући пресељење детета. Ипак, тренд савремених законодавстава је да омогућавају пресељење родитеља који врши родитељско право и детета.⁹⁸⁶ Сматра се да пресељење треба дозволити имајући у виду да благостање и психолошка стабилност детета зависи од психолошке стабилности родитеља који врши родитељско право. Уколико би се пресељење забранило то би негативно утицало на родитеља, самим тим и на дете, тако да се благостање детета поистовећује са благостањем родитеља који врши родитељско право.⁹⁸⁷ Питање права на промену пребивалишта детета примарно се односи на сукоб права на поштовање породичног живота родитеља који не врши родитељско право, са правом на поштовање породичног живота родитеља код кога се дете налази. Постоји и аспект права на поштовање приватног живота оличеног у избору места рада и живота. Шире посматрано, у овим случајевима долази до сукоба неколико права, и то: родитеља који врши родитељско право на слободу кретања, права родитеља који не врши родитељско право на одржавање личних односа са својим дететом, права детета на стабилност већ постојећег породичног живота, права детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи, права детета да одржава личне односе са рођацима и блиским особама, права рођака и блиских лица на одржавање личних односа са дететом. Разматрајући ова супротстављена права, примећујемо да се само на страни родитеља који врши родитељско право јавља интерес за променом пребивалишта, док и на страни детета, другог родитеља, рођака и блиских лица постоје аргументи против пресељења детета.

⁹⁸⁶ Постоје и схватања да ускраћивање суда да се родитељ пресели са дететом представља угрожавање уставног права родитеља на слободно кретање и путовање, S. N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, 2011, стр. 114 и даље. Не видимо оправдање за овакво схватање, с обзиром на то да се не ради о ограничењу кретања родитеља, већ о одвођењу детета у другу државу. Родитељ је слободан да путује и да поведе дете са собом када путује, али не и да без сагласности другог родитеља (или суда) промени место пребивалишта детета.

⁹⁸⁷ D. Zacharias, *The Protection of Mothers in British and German Constitutional Law: A Comparative Analysis and a Contribution to the Implementatiton of the European Convention on Human Rights in the Domestic Legal Area*, *German Law Review*, Vol. 9, Num. 1/2008, стр. 41.

Сматрамо да код *relocation* случајева треба правити разлику у зависности од узраста детета. Ако је у питању дете у адолесцентском периоду које може изразити мишљење, онда то мишљење обавезује суд. Деца у том узрасту имају у центру својих интереса и особе изван уже породице - другове, рођаке, блиске особе, и мање се везују искључиво за родитеље, а у знатно већој мери за ширу заједницу. Проблеми се јављају код деце млађег узраста. Ту се интерес стабилности детета везује за родитеља који врши родитељско право. Стога, ускраћивање пресељења том родитељу неповољно би утицало и на дете. Са развојем и одрастањем детета проширује се круг особа које имају утицај на дете.

Уколико пресељење не онемогућава родитеља који не врши родитељско право да одржава личне односе са дететом, пресељење треба дозволити. Ако то није случај, родитељ који врши родитељско право треба да докаже постојање изузетних околности за пресељење. Мотиви родитеља који жели да се пресели, такође су на врху лествице судског разматрања. У случају да родитељ нема основан разлог за пресељење, а стабилан однос детета и другог родитеља би био прекинут уколико до пресељења дође, дозвољавање пресељења имало би карактер повреде прва на породични живот детета и родитеља који не врши родитељско право. Право на поштовање породичног живота родитеља који не врши родитељско право има јачу правну снагу у односу на забрану пресељења родитеља који врши родитељско право.

Наводи се да при одлучивању судова у случајевима пресељења (*relocation*) треба узети у разматрање следеће критеријуме: да ли је намера родитеља за пресељењем искрена и није мотивисана намером да се други родитељ онемогући у одржавању личних односа са дететом; да ли за пресељење постоје објективни разлози; да ли пресељење користи интересима детета;⁹⁸⁸ да ли је противљење родитеља који не врши родитељско право засновано на бризи о благостању детета; какав ће бити ефекат пресељења на односе родитеља и детета (да ли ће бити могуће одржавање односа између њих); какав ће бити ефекат пресељења на односе детета и других сродника у земљи тренутног пребивалишта детета; какав ће бити ефекат одбијања пресељења на родитеља који подноси такав захтев.⁹⁸⁹

⁹⁸⁸ О жељама детета поводом пресељења детета и родитеља, R. George, K. Bader, *Parents' Experiences of Relocation Disputes*, Family Law, Vol. 44, June 2014, Bristol, стр. 838.

⁹⁸⁹ О томе, S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 283.

Пре преласка на разматрање судске праксе ЕСЈП, осврнућемо се укратко на критеријуме усвојене у судској одлуци из САД поводом пресељења родитеља и детета у случају *Tropea v Tropea*.⁹⁹⁰ Апелациони суд државе *New York* узео је обзир следеће критеријуме при оцени оправданости пресељења родитеља: разлоге родитеља ради којих жели пресељење, разлоге другог родитеља који се противи пресељењу, однос детета са оба родитеља, утицај који пресељење може имати на однос детета и родитеља који не врши родитељско право, степен економског, емотивног и образовног утицаја пресељења на дете и родитеља који се сели, могућност очувања личних односа детета и родитеља који не врши родитељско право. У Аустралији у случају *R v R*, суд је одбио захтев да се мајка са четворо деце одсели у своју земљу порекла, Шкотску, уз образложење да би ускраћивање одржавања личних односа са оцем изазвало емоционалну штету за најмлађе дете.⁹⁹¹ Супротно, суд у Енглеској је у случају *Re A* пресудио да право мајке да промени своје, а самим тим и пребивалиште детета, има превагу над ускраћивањем сагласности оца са позивањем на поштовање његовог породичног живота на основу члана 8. ст. 1. Конвенције.⁹⁹² Правила исламског права налажу да се сагласност оца тражи увек, без изузетка, када дете треба да напусти исламску земљу,⁹⁹³ чак и када дете има страно (америчко) држављанство.⁹⁹⁴

2. Хашка конвенција о грађанским аспектима међународне отмице деце

Хашка конвенција о грађанским аспектима међународне отмице деце из 1980. године, у недостатку националних правила о отмици детета од стране једног родитеља, чини основу за одлучивање ЕСЈП у случајевима отмице деце. Хашка конвенција има двоструко поље примене. Најпре, када дете живи са једним

⁹⁹⁰ *Tropea v Tropea* 667 N.E. 2d 145 (1996). Видети још *Elkus v Elkus* 588 N.Y.S. 2d 138 (App. Div. 1992); *In re the Marriage of Francis* 919 P. 2d 776 (1996).

⁹⁹¹ H. Stalford, Concepts of Family Under EU Law - Lessons from the ECHR, International Journal of Law, Policy and Family, Vol 16, Issue 3, December 2002, стр. 415.

⁹⁹² *Re A* (2000) 2 FLR 225 CA.

⁹⁹³ E. Stiles, The Right to Marry: Daughters and Elders in the Islamic Courts of Zanzibar, Islamic Law and Society, Vol. 21, Num. 3, 2014, Leiden, стр. 261, о родитељским овлашћењима у Исламском праву.

⁹⁹⁴ B. Stark, International Family Law, Ashgate, 2005, стр. 184.

родитељем, а родитељ који има право на контакт са дететом одведе дете у другу државу. Такође, у случају када родитељ који врши родитељско право одведе дете у другу државу без сагласности родитеља који не врши родитељско право. Конвенција има примарни циљ да сачува *status quo* у погледу вршења родитељског права, тиме што ће се дете вратити у државу где је имало првобитно, стално пребивалиште.⁹⁹⁵ Конвенција се не упушта у меритум око вршења родитељског права, о чему треба да одлуче судови у држави из које је дете одведено. Велику ману Конвенције представља то што се примењује само ако је држава у којој се налази отето дете потписница Хашке конвенције.⁹⁹⁶ Хашка конвенција усвојена је у циљу спречавања отмице од стране родитеља који не врши родитељско право, али данашњи подаци говоре да је све чешћа ситуација да децу отимају родитељи који врше родитељско право. Последица отмице деце може бити зависна од чињенице (не)савесности. Родитељ може бити савестан да чини прекршај, али отмица може бити и резултат несавесности поводом чињенице да се премештањем детета из једне у другу јурисдикцију чини противправна радња. Ипак, чињеница савесности нема утицаја на противправност отмице детета.

Значајан проблем спровођењу Хашке конвенције ствара члан 21. који говори о пружању помоћи домаће државе у повратку детета, не и о спровођењу одлуке о повратку детета. Проблем односа права на поштовање породичног живота из ЕКЉП и правила Хашке конвенције, огледа се у томе што се ЕКЉП не примењује у многим државама потписницама Хашке конвенције. У случају да се дете налази у држави која није потписница Хашке конвенције умањене су могућности остваривања захтева родитеља за повратком детета. Међутим, то не значи да је држава ослобођена одговорности за кршење права на поштовање породичног живота, ако је потписница ЕКЉП.

Анализирајући разлоге отмице детета и пресељења родитеља са дететом у другу државу, као један од учесталих, примећујемо намеру родитеља који врши

⁹⁹⁵ О дефиницији пребивалишта у случајевима отмице детета, A. Dutta, A. Schulz, *First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels II A Regulation from C to Health Service Executive*, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, Num. 1, April 2014, Oxford, стр. 11.

⁹⁹⁶ За примену Хашке конвенције у Русији, В. Л. Кобанов, *Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей как компонент российского права*, Семейное и жилищное право 1/2014, Москва, стр. 29.

родитељско право да се након престанка брака врати код своје породице настањене у другој држави, или да услед побољшања животних услова (проналаска запослења, стамбеног простора) или заснивања нове (ван)брачне заједнице промени јурисдикцију у којој је дете имало пребивалиште. У једном делу примена Хашке конвенције је ограничена - у случајевима отмице деце када се не може утврдити локација детета и родитеља отмичара, други родитељ нема начин да оствари своје право и поред позивања на Хашку конвенцију.

У случају постојања сумње родитеља који врши родитељско право да ће други родитељ отети дете, родитељ може тражити да се досуди контакт другог родитеља са дететом уз надзор.⁹⁹⁷ Међутим, суптилност границе између сумње једног родитеља у отмицу детета и судског одређивања надзираног контакта говори о сложености случајева отмице детета.⁹⁹⁸ Могуће је у случају постојања опасности од отмице детета досудити судске мере ради спречавања отмице. Једна од мера огледа се у предаји пасоша родитеља који не врши родитељско право. Услед постојања два или више држављанства родитеља, ова мера може бити неделотворна, с обзиром на то да се предаје само један од пасоша. Мере надзора од стране социјалног радника или контакта детета и родитеља у одређеном простору, чини нам се као непримерена, с обзиром на то да се такве мере досуђују у случају ранијег постојања или сумње у тренутно угрожавање права детета. Тражи се постојање конкретне и тренутне опасности од отмице, а не генерални страх или сумња родитеља. Првобитна намера доношења Хашке конвенције огледала се у спречавању отмице деце од стране очева који су имали право контакта и на тај начин бежали са својом децом у другу државу. Међутим, сучајеви показују да се Хашка конвенција најчешће примењује против мајки које врше родитељско право и желе да се након развода брака врате са децом у државу свог порекла.⁹⁹⁹ Податак да је чак 70% родитеља отмичара женског пола, тумачи

⁹⁹⁷ Тако, М. Драшкић, Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права, у З. Поњавић, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 119.

⁹⁹⁸ У случају *Re A-K* (1997) 2 FLR 569, отац се жалио да је суд само на основу изјаве мајке да се брине да ће отац одвести дете у другу државу досудио меру надзирања контакта детета и оца. Некада се и религија призива у циљу јемства враћања детета. Мајка се у случају *Re A* (1999) 2 FLR 1, заклела на Курану да ће дете вратити из Саудијске Арабије у Енглеску. Некада се у циљу спречавања отмице дају обвезнице или јемство у новцу (50 000 фунти), *Re L* (2001) 1 FLR 241.

⁹⁹⁹ B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 183.

се постојањем насиља у породици и жељом мајке да напуштањем државе са дететом прекине насиље у породици.¹⁰⁰⁰

3. Отмица деце и Хашка конвенција у примени Европског суда за људска права

Проблематику отмице деце посматраћемо кроз призму Хашке конвенције о грађанским аспектима међународне отмице деце и пресуда Европског суда за људска права. У светлу чињенице да се Хашка конвенција примењује на случајеве отмице деце од стране родитеља, не и трећих особа, определили смо се за методологију анализе случајева отмице деце из аспекта детета, поступања родитеља, као и услова који утичу на ЕСЉП да утврди одговорност државе за пропусте у спровођењу Хашке конвенције и повратку деце.¹⁰⁰¹

3.1. Услови на страни родитеља за примену Хашке конвенције

3.1.1. Вршење родитељског права као услов за примену Хашке конвенције

Поседовање и вршење родитељског права од стране ванбрачног оца је услов за његово позивање на одредбе Хашке конвенције у вези са повратком детета. Одвођење детета од стране мајке без сагласности оца, не представља повреду Конвенције ако ванбрачни отац не врши родитељско право.

У случају *В. против Уједињеног Краљевства*,¹⁰⁰² ЕСЉП је навео да је исправна тврдња подносиоца да само брачни отац аутоматски стиче родитељско

¹⁰⁰⁰ D. Smith, Making Contact Work in International Cases: Promoting Contact Whilst Preventing International Parental Child Abduction, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 342.

¹⁰⁰¹ Да се члан 8. Конвенције интерпретира у односу на Хашку конвенцију, С. Grabenwarter, European Convention on Human Rights - Commentary-, München, 2014, стр. 212.

¹⁰⁰² *B. v United Kingdom*, пред. бр. 36337/97, пресуда од 14. децембра 1999. године. Подносилац је британски држављанин, ванбрачни отац детета. Он је тражио вршење родитељског права, а мајка, италијанска држављанка, одвела је у марту 1997. године, две и по године старо дете у Италију. Отац је у априлу 1997. године захтевао повратак детета у складу са Хашком конвенцијом, али је домаћи суд навео да отац формално не врши родитељско право и да стога не може тражити примену Хашке конвенције. Подносилац се жалио да је различито третирање брачних у односу на ванбрачне очеве повредило његово право на равноправност и право на поштовање породичног живота.

право, док то није случај са ванбрачним очевима. Ипак, уважавајући да се однос између ванбрачних очева и деце креће од потпуне незаинтересованости и пасивности, до чврстих стабилних односа, ЕСЈП је нашао да постоји оправдање различитог третирања брачних и ванбрачних очева по питању стицања родитељског права. У овом случају, видимо преклапање три области: ванбрачног очинства, вршења родитељског права и отмице деце, у светлу могућности родитеља који не врши родитељско право да тражи повратак детета кога је други родитељ одвео у страну јурисдикцију. Статус ванбрачног очинства, уколико у домаћој држави постоје разлике по питању вршења родитељског права, делегитимише тог родитеља за примену Хашке конвенције, а самим тим и утврђивање повреде права на поштовање породичног живота у случају отмице детета.¹⁰⁰³

У случају *Guichard против Француске*,¹⁰⁰⁴ ЕСЈП је на почетку истакао да породични живот постоји и у односима изван брака, последично и између ванбрачног оца и детета. Утврђено је да у време одвођења детета подносилац није вршио родитељско право, те да у складу са одредбама Хашке конвенције одвођење детета није било противправно, с обзиром на то да отац није имао право да одреди пребивалиште детета. Стога, ни француске власти нису имале позитивну обавезу да обезбеде повратак детета према Хашкој конвенцији. ЕСЈП не може да цени да ли је било оправдано да подносилац у складу са одредбама француског права не врши родитељско право. Сама чињеница да он не врши родитељско право делегитимисала га је за повратак детета и примену Хашке

¹⁰⁰³ K. Beevers, Child Abduction: Inchoate Rights of Custody and the Unmarried Father, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 18, No. 1, 2006, Bristol, стр. 506.

¹⁰⁰⁴ *Guichard v France*, пред. бр. 56838/00, пресуда од 2. септембра 2003. године. Подносилац је француски држављанин који је у Француској живео у ванбрачној заједници са канадском држављанком. Они су добили дете 1990. године које је подносилац признао. Мајка је самостално одлучила да одведе дете у Канаду 1992. године, где јој је додељено вршење родитељског права. Отац је два пута, 1993. и 1997. године, пред француским судом захтевао да се досуди заједничко вршење родитељског права и да се дете, у складу са Хашком конвенцијом, врати у Француску. Суд је одлучио да дете није противправно одведено, с обзиром на то да је мајка самостално вршила родитељско право у време отмице, те да на одвођење детета не може бити примењена Хашка конвенција. Подносилац се жалио да је одвођење детета од стране мајке у Канаду довело до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

конвенције. ЕСЉП је констатовао да није било повреде права на поштовање породичног живота.¹⁰⁰⁵

Утврђивање очинства и додељивање вршења родитељског права легитимише ванбрачног оца да тражи повратак детета у складу са Хашком конвенцијом. Одлука суда о повратку детета не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Mattenklott против Немачке*,¹⁰⁰⁶ ЕСЉП је истакао да су немачки судови имали у виду најбољи интерес детета при доношењу одлуке о повратку детета. Одлука о повратку детета ничим не прејудуцира изјашњавање тамошњих судова око вршења родитељског права. На основу Хашке конвенције немачки судови били су овлашћени да цене извод из матичне књиге рођених који је потврђивао очинство партнера мајке. Обавезивањем оца да плати алиментацију и изнајми стан, домаћи суд је узео у обзир тешкоће при повратку детета у САД.¹⁰⁰⁷ Подносиоци у САД стоје на располагању правни лекови у циљу остваривања својих родитељских права. ЕСЉП је навео да иако принудне мере, када се ради о детету, нису пожељне, њихова примена је неопходна када је одвођење детета резултат противправног деловања једног родитеља. ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота. У складу са пресудама поводом вршења родитељског права као услова за примену Хашке конвенције, сматрамо да аналогно са правилима домаћег права да родитељ који не врши родитељско право има право да одлучује о битним питањима која утичу на живот детета, а међу које

¹⁰⁰⁵ Видети, С. Dekar, J. Mc.B v. L.E.: The Intersection of European Union Law and Private International Law in Intra-European Union Child Abduction, *Fordham International Law Journal*, бр. 34/2011, стр. 1449.

¹⁰⁰⁶ *Mattenklott v Germany*, пред. бр. 41092/06, пресуда од 11. децембра 2006. године. Подносиоци је немачка држављанка која је током боравка у САД имала везу са америчким држављанином. Она је у априлу 2004. године родила дете, а њен партнер је уписан у матичну књигу као отац детета. У септембру 2004. године подносиоци се вратила са дететом у Немачку и наставила да живи са својим супругом. Немачке власти су издале извод из матичне књиге рођених у ком стоји да је отац детета супруг подносиоци. Партнер подносиоци је пред судом у САД покренуо поступак за утврђивање очинства. Након што је ДНК анализом утврђено његово очинство, суд је подносиоци привремено доделио вршење родитељског права. Одвођење детета од стране мајке проглашено је противправним, према Хашкој конвенцији. Подносиоци је покренуо и поступак пред немачким судом за повратак детета. Немачки суд је одредио да мајка врати дете, а уколико то не учини, да у најкраћем року преда дете немачким властима. Додатно је досуђено да ће одлука бити спроведена тек када партнер мајке плати издржавање за дете за протекла четири месеца и изнајми стан за дете и мајку у САД у трајању од два месеца. Подносиоци се жалила да је одлука о повратку детета повредила њено право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁰⁷ Да контакт детета са оцем зависи од односа мајке са оцем и обавезе плаћања издржавања за дете, J. Dunn, *Contact and Childrens Perspectives on Parental Relationships*, у A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 21.

спада и промена пребивалишта детета, уколико ванбрачни отац врши родитељско право, његова сагласност је неопходан услов за одлазак детета у другу државу.

3.1.2. Право родитеља на контакт са дететом и примена Хашке конвенције

Постојање права родитеља на контакт са дететом не повлачи право тог родитеља да тражи повратак детета у складу са Хашком конвенцијом. Одбијање државе да врати дете само на основу права родитеља на контакт не представља повреду Конвенције.

У случају *R. R. против Румуније*,¹⁰⁰⁸ Суд је навео да у светлу Хашке конвенције, члан 8. ЕКЉП не намеће обавезу домаћим властима да обезбеде повратак детета ако родитељ има само право на контакт са дететом. Обавеза румунских власти састоји се у томе да се дете врати у Румунију током три недеље када је оцу предвиђено право на контакт. Деловање румунских власти било је ажурно и ниједан државни орган (гранична полиција, социјалне службе, школа) није направио пропуст. Одговарајуће одлуке донете су након судског поступка у коме је подносилац могао предочити своје доказе и мишљење и био је заступан од стране адвоката. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁸ *R. R. v Romania*, пред. бр. 1188/05, пресуда од 10. новембра 2009. године. Подносилац је румунски држављанин који се са супругом развео 2000. године. Том приликом вршење родитељског права поводом детета старог четири године поверено је мајци. Мајка се преселила у САД и тамо поново удала. Дете је често путовало са мајком у САД. Подносилац је покренуо поступак за остваривање права на контакт са дететом и њему је у новембру 2005. године омогућено да виђа дете у САД три недеље годишње током летњег распуста. Отац је поднео и захтев за повратак детета у Румунију у складу са Хашком конвенцијом. Румунске власти су навеле, с обзиром на чињеницу да отац не врши родитељско право над дететом, да он није овлашћен да тражи повратак детета у складу са Хашком конвенцијом. Подносилац је само овлашћен да тражи да се мајка и дете врате током летњег распуста детета ради остваривања права на контакт. Подносилац се жалио да је одлука о одвођењу детета у другу државу повредила његово право на поштовање породичног живота. Видети и *Monory v Romania and Hungary*, пред. бр. 71099/01, пресуда од 5. априла 2005 године; За отмицу деце видети и *Iosub Caras v Romania*, пресуда од 27. јула 2006. године; *H. N. v Poland*, пред. бр. 77710/01, пресуда од 13. септембра 2005. године;

¹⁰⁰⁹ Слично, *Koons v Italy*, пред. бр. 68183/01, пресуда од 30. септембра 2008. године.

3.1.3. Давање сагласности родитеља за одвођење детета и повреда Хашке конвенције

Одлука о повратку детета у земљу његовог пребивалишта ако је оно задржано у земљи порекла једног родитеља, без сагласности другог родитеља, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Eskinazi* и *Chelouche против Турске*,¹⁰¹⁰ Суд је подвукао да се члан 8. Конвенције има тумачити у складу са одредбама Хашке конвенције. Нађено је да међусобни однос мајке и њеног детета представља фундаментални елемент породичног живота. ЕСЉП је нашао да одлука мајке да задржи дете, противно иницијалној сагласности оца да дете остане десет дана, представља противправно задржавање детета у складу са Хашком конвенцијом.¹⁰¹¹ Оцена подносиоце да је одлука рабинског суда донета у њеном одсуству, нема тежину, имајући у виду да одлука тог суда није улазила у меритум спора, већ се односила на обавезу повратка детета у складу са Хашком конвенцијом. Одлука турског суда да повратком детета у Израел мајка неће трпети емотивну угроженост, није била арбитерна. Турске власти нису прекршиле своје обавезе из Конвенције. Подносиоце се жалила да ће она и дете бити дискриминисани применом религијских критеријума рабинског суда у Израелу. Суд је приметио да је породица дуг временски период живела у Израелу и да је тамо постојао породични живот детета. Аргумент о несаслушању детета у поступку пред израелским судом, ЕСЉП је одбацио позивањем на недовољан узраст детета. На

¹⁰¹⁰ *Eskinazi and Chelouche v Turkey*, пред. бр. 14600/05, пресуда од 6. децембра 2005. године. Подносиоце је турско-француска држављанка израелске вере, са пребивалиштем у Турској. Подносиоце и њен супруг који живи у Израелу закључили су брак 1997. године. Они су 2000. године у Израелу добили ћерку. Супружници су живели на релацији Турска-Израел-Француска. Они су имали намеру да се населе у Француској, међутим, мајка је у априлу 2004. године одвела ћерку, тада стару 4 године, са собом у Турску и тамо покренула поступак развода брака. Мајци је додељено привремено вршење родитељског права. Отац је покренуо поступак развода брака пред рабинским судом у Израелу. Овај суд је без саслушања и присуства мајке у мају 2004. године донео одлуку да је она обавезна, у складу са Хашком конвенцијом, да врати дете у Израел, да је отац овлашћен да по повратку детета одузме његов пасош, као и да мајка и дете не смеју напустити територију Израела. У складу са овом одлуком рабинског суда, турски суд доноси одлуку да је мајка дужна да врати дете у Израел где је оно провело претежни део живота. Утврђено је да је мајка, супротно уверавањима да уобичајено путује у Турску на 10 дана, преварно поступила и задржала дете. Подносиоце се жалила да је одлука турског суда да врати дете оцу повредила њено право на поштовање породичног живота.

¹⁰¹¹ R. Schuz, *The Relevance of Religious Law and Cultural Considerations in International Child Abduction Disputes*, *Journal of Law and Family Studies*, бр. 12/2010, стр. 459.

основу свих чињеница, није нађена повреда права на поштовање породичног живота.

Наметање терета доказивања да родитељ чије је дете одведено у другу државу није дао сагласност за сталан, већ привремени боравак детета у другој држави, представља повреду Конвенције и права на поштовање породичног живота.

У случају *Carlson против Швајцарске*,¹⁰¹² ЕСЈП је приметио да домаће власти нису примениле одредбе Хашке конвенције, тачније да је евидентан пропуст да се донесе одлука у року од шест недеља. Обавеза држава је да у поступцима отмице детета делују хитно. Даље, домаћи суд је обавезао подносиоца да доказује да је његова сагласност била за привремени боравак детета, да се није сагласио са трајним останком детета, чиме је он постављен у тешку позицију у поступку повратка детета. Терет доказивања је окренут на његову штету. У тако осетљивим поступцима, као што је отмица детета, захтева се изузетно висок степен пажње, тако да у овом случају интереси детета у погледу његовог хитног повратка нису разматрани. Констатована је повреда права на поштовање породичног живота. Сагласни смо са одлуком Суда и сматрамо да је потребно давање оверене писмене сагласности родитеља за трајан одлазак детета са родитељем у другу државу. Усмена сагласност услед немогућности доказивања не би требало да има правну снагу. На тај начин би се отклонила дилема око тога да ли је дата сагласност за одлазак детета имала привремен или трајан карактер.

¹⁰¹² *Carlson v Switzerland*, пред. бр. 49492/06, пресуда од 6. новембра 2008. године. Подносилац је држављанин САД, отац детета рођеног 2004. године из ванбрачне заједнице оца са швајцарском држављанком. Родитељи су са дететом живели у САД. Мајка је 2005. године отпутовала са дететом у Швајцарску и одлучила да тамо трајно остане. Она је покренула поступак за развод брака и захтевала да добије вршење родитељског права. Подносилац је швајцарском суду поднео захтев да се дете, у складу са Хашком конвенцијом, врати у САД. Суд је одбио захтев, с обзиром на то да подносилац није доказао да је његова сагласност била само за привремени боравак мајке и детета, и да је, стога, она имала обавезу да се врати са дететом у САД. Другим речима, није утврђено да је одлазак детета био противраван у смислу одредби Хашке конвенције. Жалба подносиоца на одлуку суда је одбијена. Подносилац се жалио да је трајно одвођење детета у другу државу повредило његово право на поштовање породичног живота.

3.1.4. Обавеза учешћа родитеља у поступку повратка детета у складу са Хашком конвенцијом

Искључивање родитеља из поступка повратка детета које је противправно одведено у другу државу, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Karrer против Румуније*,¹⁰¹³ ЕСЉП је навео да су домаће власти одлучиле да не уваже одлуку аустријског суда о привременој додели родитељског права подносицу, само стога што је та мера донета након што је мајка узела дете и допутовала у Румунију. Социјалне службе нису испитивале утицај повратка детета у Аустрију. Одлука је у потпуности заснована на сведочењима мајке и њених родитеља, а суд није покушао да укључи подносиоца у поступак и чује његово мишљење. Он није имао прилику, било усмено, било у писаном облику, да узме учешће у одлучивању суда о повратку свог детета. У таквом стању, интереси детета нису довољно узети у разматрање. Поступак повратка детета трајао је око једанаест месеци, супротно одредбама Хашке конвенције о спровођењу поступка у року од шест недеља. ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

ЕСЉП је у случају *Lopez-Guio против Словачке*,¹⁰¹⁴ нашао да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота услед тога што подносилац, нити је учествовао, нити је био обавештен о поступку Уставног суда Словачке пред

¹⁰¹³ *Karrer v Romania*, пред. бр. 16965/10, пресуда од 21. фебруара 2012. године. Подносилац је аустријски држављанин који је 2004. године закључио брак са румунском држављанком. Они су живели у Аустрији и 2006. године добили дете. У јануару 2008. године мајка је поднела против подносиоца захтев за иселење из породичног дома услед вршења физичког насиља према њој. Тражена мера је изречена на период од три месеца и кумулативно је покренут кривични поступак против подносиоца. Супруга је поднела тужбу за развод брака и захтев за самосталним вршењем родитељског права. У јулу 2008. године суд је осудио подносиоца за наношење телесне повреде. У септембру 2008. године, док је још трајао поступак развода брака и доделе родитељског права, мајка је са дететом отишла да живи у Румунију код својих родитеља. Подносилац је покренуо поступак за повратак детета у складу са Хашком конвенцијом. Румунске социјалне службе захтевале су подношење извештаја о животним условима детета. Првостепени суд је одлучио да дете треба да се врати у Аустрију, али је виши суд преиначио ту одлуку са образложењем да би повратак могао довести до физичке и емотивне угрожености детета. У новембру 2008. године аустријски суд је доделио самостално вршење родитељског права подносиоцу. Подносилац се жалио да је одвођење детета у другу државу довело до повреде права на поштовање породичног живота.

¹⁰¹⁴ *Lopez-Guio v Slovakia*, пред. бр. 10280/12, пресуда од 3. јуна 2014. године.

којим је утврђено да одлука домаћих судова о повратку детета у складу са Хашком конвенцијом није у складу са уставним правима детета.

3.2. Услови на страни детета

3.2.1. Повратак детета у супротности са најбољим интересом детета

Постојање константног сукоба родитеља и самостално одвођење деце од стране родитеља од кога су деца првобитно била отета, повлачи да је повратак деце у супротности са њиховим најбољим интересом и да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Tiemann против Француске и Немачке*,¹⁰¹⁵ ЕСЈП је истакао да, иако је одлука судова да мајци доделе вршење родитељског права представљала мешање у породични живот подносиоца, судови у Француској и Немачкој засновали су пресуде на релевантним и довољним доказима: документованим извештајима психолога, саслушању деце и родитеља, закључку суда да би у интересу деце било да живе са мајком, имајући у виду озбиљност конфликта родитеља. Иако је заједнички живот детета и родитеља фундаментални сегмент права на поштовање породичног живота, Суд посебно цени најбољи интерес детета. Подносиоцу је било омогућено да у довољној мери преко свог заступника учествује у поступку. Није доказано да он није учествовао у поступку у степену

¹⁰¹⁵ *Tiemann v France and Germany*, пред. бр. 47457/99 и 47458/99, пресуда од 27. априла 2000. године. Подносилац је немачки држављанин који је од августа 1989. године био у браку са француском држављанком. Они су добили двоје деце, 1990. и 1994. године. Пар се развео у јануару 1997. године. У поступку пред немачким властима, тамошњи суд је фебруара 1997. године донео одлуку о заједничком вршењу родитељског права, пошто је мајка изјавила пред судом да неће децу одвести из Немачке. Међутим, у јулу исте године мајка је одвела децу у Француску без знања оца. На основу тога, суд је доделио оцу самостално вршење родитељског права и прогласио одвођење деце отмицом у контексту Хашке конвенције. У марту 1998. године, отац је самостално одузео децу од мајке у Француској и вратио их у Немачку. Мајка је поднела суду у Немачкој захтев да се деца врате њој. Суд је поставио експерта који је након вештачења дао мишљење да је интересу деце да живе са мајком. Након саслушања деце и оба родитеља, суд у Немачкој је донео одлуку да се у складу са Хашком конвенцијом деца врате мајци. Жалба подносиоца на овакву одлуку је одбијена и након тога су деца враћена мајци у Француску. Паралелно са поступком у Немачкој, водила се бракоразводна парница на захтев мајке у Француској. Суд је донео одлуку да, иако је отмица деце од стране мајке била противправна, повратак деце код оца био би у супротности са интересима деце. Подносилац се жалио на овакву одлуку француског суда, али је жалба одбијена. Током средине 1999. године оцу је додељено право на контакт са децом. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке о повратку деце, као и каснија измена одлуке о вршењу родитељског права узроковала повреду права на поштовање породичног живота.

потребном да заштити своје интересе. Суд је истакао да је случај изузетно сложен и осетљив, и да је одлука француског суда донета у светлу најбољег интереса детета и константног и озбиљног сукоба између подносиоца и мајке детета. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.¹⁰¹⁶

Понашање родитеља и самостално предузимање принудних мера повратка отетог детета може довести до погоршања односа тог родитеља са дететом и измене судске одлуке о повратку детета. У светлу тих околности, промена одлуке о повратку детета сматра се у најбољем интересу детета и не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Serghides против Пољске*,¹⁰¹⁷ Суд је навео да су домаће власти донеле одлуку о повратку детета али да та одлука никада није извршена. Протек времена од годину и по дана, колико одлука није извршена, довео је до преиначења одлуке на штету подносиоца. Домаћи суд је нашао да су се битне околности промениле и да повратак детета у Уједињено Краљевство може изложити дете штетним ефектима, у складу са одредбама Хашке конвенције и најбољим интересом детета. Покушај оца да силом одузме дете од мајке неповољно је деловао на емотивно стање детета. Тиме је дошло до прекида емотивних веза подносиоца са дететом, уз константан негативан утицај мајке. На основу тога, не може се сматрати да је протек времена пресудни разлог за промену околности. Иако је постојало неколико мањих одлагања, домаће власти су спроводиле поступак повратка детета регуларно, и не може се рећи да су биле

¹⁰¹⁶ Према неким схватањима, истиче се незнатан утицај ове пресуде на област отмице деце, А. Schulz, *The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights*, у Р. Lodrup, Е. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 705.

¹⁰¹⁷ *Serghides v Poland*, пред. бр. 31515/04, пресуда од 2. новембра 2010. године. Подносилац је британски држављанин рођен 1971. године. Он је у Лондону закључио брак са пољском држављанком. Супружници су живели у Лондону где се 1998. године родило њихово дете. Супружници су се развели 2001. године и суд је мајци доделио вршење родитељског права, а оцу је признао право на контакт са дететом. Мајка је 2002. године противправно, без сагласности оца, одвела дете у Пољску. Отац је пољском суду поднео захтев за враћањем детета у складу са Хашком конвенцијом. У априлу 2004. године, другостепени суд је по жалби донео одлуку о повратку детета у Лондон. Међутим, након те одлуке, мајка је нестала са дететом и није се могло утврдити њихово боравиште. Отац је уз помоћ приватних детектива нашао дете и присилно га одвојио од мајке ради повратка у Енглеску. Накнадно, родитељи су се договорили да дете привремено буде враћено мајци. На основу новог поступка пред судом, током 2005. године, одлучено је да би повратак детета штетио његовим интересима у светлу новонасталих околности, с обзиром на то да је услед принудног одвајања детета, емотивна веза између оца и детета ослабљена. Жалба оца на ову одлуку суда је одбијена у децембру 2005. године. Подносилац се жалио да је неактивност домаћих власти у вези повратка детета временом довела до слабљења његових емотивних веза са дететом и до промене одлуке о повратку детета, што је узроковало повреду права на поштовање породичног живота.

значајно неактивне. Супротно, понашање оца констатовано и у извештајима експерата, представља пресудни разлог за промену околности. Иако је подносилац био заступан од стране адвоката, он није искористио сва правна средства предвиђена домаћим правом да осигура контакт са дететом. Целокупан поступак око отмице детета трајао је три и по године, и током тог периода ЕСЈП није нашао значајне периоде неактивности државних органа. Домаће власти спровеле су поступак уз поштовање дужне пажње. Стога, ЕСЈП сматра да преиначење пресуде о повратку детета код оца није довело до повреде права на поштовање породичног живота подносиоца.¹⁰¹⁸ Сматрамо да је за повратак детета у складу са Хашком конвенцијом неопходно да родитељ самостално не предузима мере одузимања и повратка детета, с обзиром на то да примена тих мера за резултат има погоршање емотивне стабилности детета и измену одлуке суда о повратку детета - налази се да је повратак детета супротан његовим најбољим интересима.

Дужина боравка детета у земљи у коју је одведено, непостојање адекватних личних односа са родитељем у земљи првобитног пребивалишта, као и личне и материјалне прилике родитеља, условљавају да је повратак детета противан његовим најбољим интересима. Одлука суда о повратку детета, у светлу ових околности, представља повреду права на поштовање породичног живота.

¹⁰¹⁸ Поводом отмице деце у Уједињеном Краљевству видети још случајеве: *Re A* (Abduction: Children's Objections: Domestic Violence) (2013) EWCA Civ 1256; *Re LC* (Reunite: International Child Abduction Centre Intervening) (2014) UKSC 1; *Re KL* (Abduction: Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) (2013) UKSC 75; *CB v CB* (Abduction: Child Objections) (2013) EWHC 2092 (Fam); *Re M* (Abduction: Paternity: DNA Testing) (2013) EWCA Civ 1131; *Larbie v Larbie* (Hague Abduction Convention: Effect of Reversal of Return Order on Appeal) (No.2) (2013) EWCA Civ 743; *LCG v RL* (Abduction: Habitual Residence and Child's Objections) (2013) EWHC 1383 (Fam). Из наведених случајева може се закључити да се у породичном праву ретко јавља изолован породични однос који у себи не обухвата и друге породичноправне институте. Реч је о отмици деце у констелацији са утврђивањем порекла детета, одређивањем пребивалишта детета, насиљем у породици.

У случају *Neulinger и Shuruk против Швајцарске*,¹⁰¹⁹ ЕСЉП је навео налазе домаћих судова да мајка одбија да се врати са дететом у Израел, притом подвлачећи да повратак детета у Израел може бити спроведен само ако мајка путује са дететом. У овом случају дете, швајцарски држављанин, добро је интегрисано у државу у којој живи континуирано већ четири године. Иако се дете налази у периоду када је адаптација и даље могућа (седам година), поновно пресељење детета имало би више штете него користи по његове интересе. ЕСЉП је разматрао и личност оца, наводећи да се он од развода брака два пута поново оженио, да је добио ново дете, али да није плаћао издржавање за дете из новог брака.¹⁰²⁰ ЕСЉП је сумњао да би такве околности (претходно понашање оца и мањак материјалних средстава) могле позитивно утицати на благостање и развој детета. Додатно, отац никада није живео сам са дететом и није видео дете од његовог одласка из Израела када је оно имало две године. Са друге стране, повратак мајке у Израел могао би је изложити затворској казни, што никако не би било у најбољем интересу детета, с обзиром на то да је мајка једина особа са којом је дете емотивно повезано. Стога, одбијање повратка мајке и детета, према мишљењу ЕСЉП, није неоправдано.¹⁰²¹ На основу свих показатеља ЕСЉП није сматрао да би повратак детета у Израел био у најбољем интересу детета и утврдио повреду права на поштовање породичног живота.¹⁰²²

¹⁰¹⁹ *Neulinger and Shuruk v Switzerland*, пред. бр. 41615/07, пресуда од 6. јула 2010. године. Подносиатељка је швајцарска држављанка, рођена 1959. године, која се доселила у Израел и тамо 2001. године закључила брак са супругом са којим је 2003. године добила дете. Мајка се није сагласила са намером оца да одведе дете у строгу верску заједницу изван земље. Суд је 2004. године забранио да дете до пунолетства напушта Израел и одредио је заједничко вршење родитељског права, са пребивалиштем детета код мајке. Накнадно је право оца на контакт са дететом ограничено услед његовог насилног понашања. Након што је суд у фебруару 2005. године развео брак супружника, мајка је после четири месеца напустила са дететом Израел и отпутовала у Швајцарску без сагласности оца. Швајцарски Савезни суд је у августу 2007. године досудио, по жалби оца на одлуке нижестепених судова, да је мајка у складу са Хашком конвенцијом обавезна да врати дете у Израел. Подносиатељка се жалила да је одлука о повратку детета у Израел повредила њено право на поштовање породичног живота.

¹⁰²⁰ О правилима израелског права поводом развода брака, J. Mair, E. Örücü, *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, Cambridge, 2011, стр. 217.

¹⁰²¹ С правом стоји аргумент да је пресудом у овом случају примена Хашке конвенције онемогућена. Одбијањем повратка детета у јурисдикцију из које је отето, позивањем на благостање детета, ЕСЉП је увео оправданост одлучивања домаћих судова о меритуму спора, о суштини, не о процедури, што је (био) главни циљ Хашке конвенције. Видети, Н. Stalford, *Children and the European Union*, Oxford, 2012, стр. 105.

¹⁰²² R. Schuz, *The Relevance of Religious Law and Cultural Considerations in International Child Abduction Disputes*, *Journal of Law and Family Studies*, br. 12/2010, стр. 472; L. Crowley, *Family Law*, Dublin, 2013, стр. 454.

Уколико је дете интегрисано у средину државе у коју је противправно одведено и ако је тамо провело дужи период времена, повратак детета биће супротан најбољем интересу детета а одлука о повратку детета представља повреду Конвенције.

У случају *В. против Белгије*,¹⁰²³ ЕСЈП је навео да домаћи судови при одлучивању нису били јединствени. Извештај психолога је указао да није у најбољем интересу детета да буде раздвојено од мајке и да би повратак у САД изложио дете опасности. Другостепени суд је своју одлуку засновао на извештају експерта једне стране и пропустио је да консултује друге психологе који би указали на потенцијалну штетност повратка детета у светлу најбољег интереса детета. Даље, није испитивана могућност да мајка може да се пресели у САД и тако оствари своје право на контакт са дететом. Она је у случају повратка у САД била суочена са затворском казном и губитком родитељског права. Дете је дуго времена од повратка из САД живело у Белгији, било је интегрисано у тамошњу средину, похађало школу, говорило холандски језик. Ипак, временски фактор у овом случају је пресудни елемент који треба узети у обзир при оцени последица повратка детета. Домаћи суд, стога, није ценио постојање ризика повратка детета у складу са Хашком конвенцијом.¹⁰²⁴ Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

И поред пропуста домаћих власти да примене принудне мере и спроведу повратак детета, непостојање контакта отетог детета и родитеља у дужем временском периоду, повлачи да одлука о останку детета позивањем на његов најбољи интерес није повредила право на поштовање породичног живота.

¹⁰²³ *B. v Belgium*, пред. бр. 4320/11, пресуда од 10. јула 2012. године. Подносиатеља је белгијска држављанка која је била у ванбрачној вези са држављанином САД. Она је 2003. године родила заједничко дете. Прве четири године живота дете је живело са мајком. Подносиатеља је 2004. године затражила од оца да се одрекне вршења родитељског права, што је он одбио. У току 2006. године, мајка је осуђена за превару око социјалног осигурања што је условило покретање поступка поводом вршења родитељског права. У октобру 2008. године подносиатеља је без одобрења оца одвела дете у Белгију. У јануару 2009. године паралелно су покренута два поступка: од стране власти САД за повратком детета у складу са Хашком конвенцијом, и од стране подносиоца за добијањем самосталног вршења родитељског права. Белгијски првостепени суд одбио је захтев за повратак детета, али је суд у другом степену усвојио захтев оца и наредио повратак детета. Подносиатеља се жалила да је одлука о повратку детета повредила њено право на поштовање породичног живота.

¹⁰²⁴ S. M. King, *The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence*, *Family Law Quarterly*, Vol. 47, Num. 2, Summer 2013, Chicago, стр. 301.

У случају *Hromadka* и *Hromadkova protiv Русије*,¹⁰²⁵ ЕСЈП је навео недостатак домаћег законодавства које није предвиђало могућност да отац оствари контакт са својим дететом док се не оконча поступак доделе родитељског права пред чешким судом. У случају непостојања договора родитеља око контакта са дететом, домаћа правила не омогућавају заштиту породичног живота подносиоца и детета чиме је повређено право на поштовање породичног живота. Даље, домаће власти су имале обавезу да установе боравиште мајке и да омогуће одржавање породичних односа оца и детета. Међутим, власти нису деловале по хитном поступку и омогућиле су да мајка и дете нестану, чиме је подносилац онемогућен у одржавању и развијању породичног живота са дететом, које је живело у Чешкој три године. ЕСЈП је, упркос оваквом налазу, закључио да је након отмице детета, оно од 2011. године изгубило сваки контакт са оцем, да од 2008. године живи у домаћој држави и да би стога повратак детета био противан његовим најбољим интересима. Стога, одбијање домаћих власти да спроведу одлуку о повратку детета није довело до повреде права на поштовање породичног живота.¹⁰²⁶

3.2.2. Повратак детета и примена принудних мера

Примена принудне мере одузимања детета у случају отмице детета и одбијања сарадње родитеља-отмичара у циљу повратка детета, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

¹⁰²⁵ *Hromadka and Hromadkova v Russia*, пред. бр. 22909/10, пресуда од 11. новембра 2014. године. Подносилац је чешки држављанин рођен 1970. године, који је од 2003. године био у браку са руском држављанком. Они су живели у Чешкој и добили дете 2005. године (други подносилац). Супруга је 2007. године поднела тужбу за развод брака, а оба супружника су захтевала вршење родитељског права. У време бракоразводног поступка, мајка је 2008. године одвела дете у Русију без сагласности оца. Након што је чешки суд привремено доделио вршење родитељског права оцу, руски суд је одбио да призна и спроведе ову одлуку чешког суда. Додатни захтеви оца за контактом са дететом су одбијени. Иако је чешки суд 2011. године доделио вршење родитељског права оцу, он је након тога изгубио сваки контакт са дететом, с обзиром на то да је мајка одбила да дозволи чак и телефонски контакт оца и детета. Захтев подносиоца да се спроведе коначна одлука чешког суда о додељивању родитељског права одбијен је 2012. године. У време одлучивања ЕСЈП, подносилац и даље није знао где се дете налази. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке о повратку детета и додељивању родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

¹⁰²⁶ Међутим, не слажемо се са оваквом одлуком Суда, с обзиром на то да је претходно констатовао одговорност домаће државе и повреду права на поштовање породичног живота услед непредузимања свих потребних мера за проналажење детета и родитеља и неомогућавања њиховог породичног живота.

У случају *Paradis против Немачке*,¹⁰²⁷ ЕСЉП је навео да би повратак деце код оца подразумевао привремено раздвајање мајке и деце. На тај начин је дошло до мешања државе у породични живот подносиоце. Такво раздвајање би, пак, било оправдано с обзиром на то да се окончава противправна ситуација задржавања деце од стране мајке у Немачкој. Домаћи суд саслушао је децу и мајку и дао оправдано образложење одлуке о повратку деце. Када је реч о употреби силе, истиче се да иако принудне мере нису пожељне у поступцима везаним за децу, њихова примена не може бити искључена у случају противправног понашања једног од родитеља. Такве примењене мере не могу се сматрати непропорционалним. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

У случају *Maumousseau и Washington против Француске*,¹⁰²⁸ ЕСЉП је истакао да се принцип најбољег интереса детета примењује без обзира на то која међународна конвенција је у питању.

¹⁰²⁷ *Paradis v Germany*, пред. бр. 4783/03, пресуда од 15. маја 2003. године. Подносиоца је немачка држављанка која се 1994. године удала за канадског држављанина са којим има троје, од своје четворо деце. Породица је живела у Канади. У фебруару 1997. године мајка је са децом одбегла у сигурну кућу. Деца су касније отишла да живе код оца и њему је привремено поверено вршење родитељског права. У децембру 1998. године, мајци је додељено самостално вршење родитељског права, док су отац и његови родитељи (баба и деда деце по оцу) имали право на контакт са децом. У погледу контакта, утврђено је да мајка може највише две недеље да одведе децу у посету њеним родитељима (баби и деди деце по мајци) у Немачку. У јуну 2000. године, мајка је са децом отпутовала у Немачку и није се вратила у Канаду. Она је пред немачким судом у августу 2000. године покренула поступак за развод брака и затражила самостално вршење родитељског права. Месец дана касније, канадски суд је осудио мајку на тридесет дана затвора и доделио самостално вршење родитељског права оцу. Док је немачки суд одбио захтев оца за повратак деце у складу са Хашком конвенцијом, канадски суд прогласио је отмицу деце од стране мајке противправном. Након додатних жалби оца на примену мере повратка деце у складу са Хашком конвенцијом, немачки суд отпочео је поступак враћања деце. Психолог је утврдио да деца не желе да се врате код оца, али та чињеница, према ставу немачког суда, није онемогућавала повратак деце. Процењено је да би се деца могла адаптирати на услове у Канади, чак и у случају када би била принудно враћена. Одређено је да се деца присилно одузму од мајке. Жалба мајке на ову одлуку је одбијена. Деца су враћена код оца у Канаду. Подносиоца се жалила да је одлука немачких власти о повратку деце представљала повреду права на поштовање њеног породичног живота.

¹⁰²⁸ *Maumousseau and Washington v France*, пред. бр. 39388/05, пресуда од 6. децембра 2007. године. Подносиоци су француска држављанка и њено дете француско-амерички држављанин. Подносиоца је закључила брак са својим супругом, држављанином САД, у мају 2000. године. Њихово дете је рођено у августу 2000. године. Дете, са пребивалиштем у САД, уз сагласност оца је дошло са мајком на одмор у Француску, марта 2003. године, али је мајка одлучила да се не врати у САД и задржи ћерку. У септембру 2003. године суд у САД је привремено доделио вршење родитељског права оцу. Недуго затим, отац је захтевао повратак детета у САД у складу са Хашком конвенцијом. Судови у Француској отпочели су поступак против мајке. Најпре је у првом степену одлучено да није у интересу детета да буде враћено у САД, да би суд у другом степену, маја 2004. године, одлучио да дете треба одмах да буде враћено код оца, с обзиром на то да нема опасности да би повратак поставио дете у неугодну ситуацију и изложио га штетним физичким и психичким

Француски суд узео је у разматрање најбољи интерес детета и правилно га тумачио као хитну реинтеграцију детета у средину у којој је одрасло. Одлука о повратку детета заснована је на процени породичног стања и разматрању многих фактора. Према виђењу Суда, несаслушање четворогодишњег детета није представљало кршење члана 8. ЕКЉП. Даље, ЕСЉП примећује да је сакривање детета од стране мајке након доласка у Француску показало потпуно одбијање мајке да сарађује са француским властима. Околност принудног одузимања детета од стране полиције резултат је константног одбијања мајке да преда дете. Иако полицијска интервенција није најпожељнији начин одузимања детета и враћања у јурисдикцију из које је противправно одведено, с обзиром на то да може прузроковати стресне ефекте код детета, одузимање је предузето уз присуство надлежних органа који су донели одлуку о одузимању детета. Штавише, суочене са физичким отпором чланова породице, француске власти нису наставиле са принудним извршењем - одузимањем детета. Имајући у виду све чињенице случаја, одлука о враћању детета у САД била је у складу са најбољим интересима детета. ЕСЉП је закључио да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.¹⁰²⁹ Имајући у виду да су домаће власти примениле принудне мере против родитеља-отмичара и да то није довело до повреде, налазимо да је у случају *Hromadka* и *Hromadkova против Русије*, такође, требало применити принудне мере против родитеља и онемогућити да протек времена доведе до тога да одлука о повратку буде противна најбољем интересу детета.

последикама. У јулу 2004. године, мајка је обавештена да ће бити кривично одговорна ако и даље буде задржавала дете. У септембру 2004. године покушано је принудно одузимање детета уз помоћ полиције, али је око детета у његовој школи направљан физички штит од стране мајке, бабе и деде детета, школског особља и других мештана, тако да је полиција услед напете ситуације одустала од принудног извршења. Након тога, суд је прво одредио да дете буде смештено у институцију, али је недуго затим, пресуђено да дете буде враћено код оца, тако да је у децембру 2004. године дете отишло у САД. У фебруару 2006. године, суд у САД је одредио право мајке на контакт са дететом уз надзор. Мајци је наређено да преда пасош. У априлу 2007. године француски суд је досудио да мајка врши родитељско право, а да отац има право на контакт. Подносиатељка се жалила да је одлука о враћању детета у САД била у супротности са интересима детета, да је интервенција полиције довела до штетних ефеката по дете, што је за последицу имало повреду права на поштовање породичног живота.

¹⁰²⁹ О различитом посматрању случајева *Mautousseau u Washington против Француске* и *Neulinger u Shuruk против Швајцарске*, L. Crowley, *Family Law*, Dublin, 2013, стр. 459.

3.3. Држава као учесник у поступку отмице деце

3.3.1. Противправно одвођење детета из државе која није потписница Хашке конвенције

Уколико држава није потписница Хашке конвенције, те у случају отмице детета не постоји могућност заштите родитеља на основу овог међународног уговора, постоји одговорност домаће државе за повреду члана 8. Конвенције и права на поштовање породичног живота.

У случају *Bajrami против Албаније*,¹⁰³⁰ Суд је најпре подвукао да је суштински циљ члана 8. Конвенције заштита појединаца од арбитрерних поступка домаћих власти. У поступцима спровођења одлука из области породичног права цени се да ли су домаће власти предузеле све неопходне мере које се разумно могу очекивати. Стога, адекватност мера се цени имајући у виду критеријум брзине спровођења. ЕСЉП је навео да одлука о вршењу родитељског права није спроведена око две године и да се то не може уписати у одговорност подносиоца који је предузео адекватне мере да се изврши повратак детета. Према албанском праву, нема ефикасне мере за повратак детета одведеног од стране родитеља у другу државу, будући да та држава није потписница Хашке конвенције. Међутим, домаће власти нису захтевале од грчких органа, на основу постојања билатералног споразума, утврђивање локације мајке и детета. Иако ЕКЉП не намеће обавезу домаћим државама да ратификују међународне уговоре, она им намеће обавезу да предузму све неопходне мере да пружи појединцима заштиту на основу члана 8. Конвенције - конкретно да омогуће поновно спајање родитеља и детета. Такође, домаћи правни систем не предвиђа ниједну другу алтернативну,

¹⁰³⁰ *Bajrami v Albania*, пред. бр. 35853/04, пресуда од 12. децембра 2006. године. Подносилац је албански држављанин, рођен 1964. године, који је закључио брак са супругом 1993. године. Заједничко дете рођено је 1997. године. Супружници су 1998. године престали да живе заједно. Супруга се након престанка заједничког живота одселила са дететом код њених родитеља у Грчку. Подносилац је успео само једном да види своју ћерку, с обзиром на то да су мајка и њени родитељи забранили оцу контакт са дететом. Подносилац је 2003. године покренуо поступак развода брака, у исто време захтевајући од полиције да узме детету пасош уз образложење да мајка намерава да одведе дете у Грчку. И поред упозорења подносиоца, мајка је успела да 2004. године одведе дете у Грчку. Накнадно је суд доделио вршење родитељског права подносиоцу, међутим, та одлука никада није спроведена. Подносилац се жалио да је неактивност домаћих власти довела до противправног одвођења детета и повреде његовог права на поштовање породичног живота.

ефикасну и конкретну меру за заштиту права предвиђених чланом 8. ЕКЉП. Независно од тога што Албанија није ратификовала међународне уговоре у овој области, Суд налази да домаћи правни систем није пружио адекватан оквир за заштиту права на поштовање породичног живота. На основу тога, ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.¹⁰³¹

На основу ове пресуде видимо да се успоставља правило да, иако држава није потписница Хашке конвенције, њене власти могу бити одговорне за неактивност која као резултат има одвођење детета у другу државу и немогућност повратка детета код родитеља од кога је противправно одведено.

3.3.2. Разматрање најбољег интереса детета у контексту његовог повратка

Неразматрање најбољег интереса детета и могућности утицаја промене средине на стабилност детета у случају досуђивања његовог повратка у складу са Хашком конвенцијом, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Šneersonе* и *Kampanella против Италије*,¹⁰³² ЕСЉП је навео да је одлука италијанског суда о повратку детета била у складу са Хашком конвенцијом, у циљу заштите породичног живота између оца и детета. Ипак, домаћи суд није узео у обзир предлоге летонских власти, посебно извештај два психолога о штетном утицају повратка на здравље детета. Није испитана подобност очевих породичних и стамбених услова за смештај малог детета.

¹⁰³¹ О овој пресуди, D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, стр. 393.

¹⁰³² *Šneersonе and Kampanella v Italy*, пред. бр. 14737/09, пресуда од 12. јула 2011. године. Подносиоци су мајка, летонска држављанка, и дете италијански држављанин. Дете је рођено 2002. године у Италији у ванбрачној вези подносиоце и оца, италијанског држављанина. Веза родитеља престала је 2003. године и дете је остало да живи код мајке. У септембру 2004. године, италијански суд доделио је вршење родитељског права мајци. Она је са дететом у априлу 2006. године отишла у Летонију са намером трајног останка, након чега је италијански суд доделио самостално вршење родитељског права оцу. Летонски суд је 2007. године одлучио, на основу извештаја психолога, да би повратак детета у Италију био у супротности са његовим најбољим интересима и да би могао изазвати психичке проблеме код детета. Италијански суд је захтевао повратак детета у складу са Препоруком Савета Европе 2201/2003 о Признању и спровођењу одлука у брачним поступцима и вршењу родитељског права. Жалбу летонских власти на овај захтев одбила је Европска комисија. Подносиоци су се жалили да је одлука италијанског суда о повратку детета била у супротности са најбољим интересом детета, као и да је домаћи суд спровео поступак у одсуству подносилаца, што је довело до повреде права на поштовање породичног живота.

ЕСЈП не сматра да су италијанске власти довољно размотриле тешкоће које се могу јавити поводом повратка детета у Италију. Свођење контакта између мајке и детета на једну посету годишње у трајању од 30 дана, уз постојање часова руског језика и неге у обданишту, не могу оправдати значајно умањење породичне везе која би настала повратком детета у средину, језички и културолошки непознату за дете. Италијански судови нису разматрали ни могућност досуђивања контакта детета и оца. ЕСЈП је нашао да постоји повреда права на поштовање породичног живота.

Обавеза је домаћих власти да размотре најбољи интерес детета и могућност контакта родитеља и детета пре него што донесу одлуку о повратку детета у складу са Хашком конвенцијом. Пропуштање ове дужности повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *X. против Летоније*,¹⁰³³ ЕСЈП је навео да мешање домаћих власти у породични живот није оправдано ако особа о чијем се праву одлучује није довољно укључена у поступак одлучивања, и ако домаћи суд пропусти да испита целокупну породичну ситуацију у светлу психолошких, емотивних и медицинских околности на страни детета. Најбољи интерес детета у случајевима примене Хашке конвенције има пресудан утицај. Подносиатељка је по више основа пред домаћим судом истицала да би повратак детета штетио његовом емотивном здрављу, документујући своје тврдње извештајем психолога. Постојао је ризик од трауме за дете уколико би одмах било одвојено од своје мајке. Судови су пропустили да размотре извештаје психолога у светлу најбољег интереса детета и постојања стандарда „озбиљног ризика“ из Хашке конвенције, иако су на то били

¹⁰³³ *X. v Latvia*, пред. бр. 27853/09, пресуда од 26. новембра 2013. године. Подносиатељка је летонска држављанка која је са својим партнером, аустралијским држављанином, живела у Аустралији где је 2005. године родила дете. Очинство детета није утврђено. Подносиатељка је у јулу 2008. године напустила Аустралију и вратила се да живи са дететом у Летонију. Након одласка мајке и детета, партнер мајке је у августу 2008. године поднео суду захтев за вршењем родитељског права, као и захтев за повратак детета у складу са Хашком конвенцијом, будући да није дао сагласност мајци и детету да отпутују у Летонију. Суд је констатовао да су мајка и њен партнер заједнички вршили родитељско право. Мајка је пред летонским судом, који је обавештен о отмици детета, оспорила наводе оца. Ипак, летонски суд донео је у јануару 2009. године одлуку о повратку детета у Аустралију у року од шест недеља. У својој жалби, мајка је навела да се дете добро уклопило у летонску средину и поднела извештај психолога да дете не би требало да се раздваја од мајке. Њена жалба је одбијена. У марту 2009. године отац је узео дете и вратио се у Аустралију. Аустралијски суд доделио је самостално вршење родитељског права оцу, док је мајци признато право на контакт са дететом под надзором, уз забрану да прича са дететом на летонском језику. Подносиатељка се жалила да је одлука летонских власти о повратку детета повредила њено право на поштовање породичног живота.

обавезни.¹⁰³⁴ Такође, пропуст домаћег суда огледа се и у непроцењивању могућности мајке да одржава контакт са дететом ако оно буде враћено у Аустралију. Породична ситуација и најбољи интерес детета нису сагледани у потпуности. На основу тога, ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.¹⁰³⁵ Налазимо да принцип најбољег интереса детета има посебан значај у случајевима отмице и повратка детета. Наиме, поновна промена животних услова на стабилност детета, након већ извршене отмице, треба да буде разматрана од стране суда кроз призму најбољег интереса детета, пре доношења коначне одлуке о повратку детета.

3.3.3. Обавеза саслушања детета

Одлука о повратку детета код родитеља од кога је отето, упркос мишљењу детета које се изричито противи повратку, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Gajtani против Швајцарске*,¹⁰³⁶ Суд је навео да је мешање у породични живот подносиоце било засновано на Хашкој конвенцији. На основу тога, спорно питање је да ли је требало да домаће власти уваже исказано мишљење детета. Апелациони суд је нашао да исказано мишљење детета није

¹⁰³⁴ F. Burton, *Family Law*, London, 2003, стр. 470, о постојању озбиљног ризика као разлога за одбијање повратка детета, али и као облика манипулације родитеља-отмицара да спречи повратак детета.

¹⁰³⁵ За овај случај видети још, R. Bailey-Harris, C. Bridge, N. Lowe, *Family Law Reports*, 9/2014, London, стр. 1181; Видети, такође, *Povse v Austria* пред. бр. 3890/11, пресуда од 18. јуна 2013. године, О томе R. Bailey-Harris, C. Bridge, N. Lowe, *Family Law Reports*, 8/2014, London, стр. 963 и даље; *Pakhomova v Russia*, пред. бр. 22935/11, пресуда од 24. октобра 2013. године, О томе, R. Bailey-Harris, C. Bridge, N. Lowe, *Family Law Reports*, 1/2014, London, стр. 44 и даље.

¹⁰³⁶ *Gajtani v Switzerland*, пред. бр. 43730/07, пресуда од 9. септембра 2014. године. Подносиоца је рођена 1970. године, пореклом из Србије (Косова и Метохије) а живела је у Македонији са супругом и двоје деце. У новембру 2005. године она се развела од супруга и дошла је са децом да живи у Србију (Косово и Метохију), где се удала за италијанског држављанина. Супружници и деца су отишли да живе у Швајцарску. Отац је 2006. године поднео захтев за повратак деце у складу са Хашком конвенцијом. Њему је суд у Македонији, у децембру 2006. године, доделио самостално вршење родитељског права. У истом месецу, поступајући по захтеву македонских власти, швајцарске власти су саслушале дете старости једанаест и по година. У марту 2007. године, домаће власти су одбиле захтев за повратак деце уз образложење да се старије дете снажно противи повратку, али и сваком виду контакта са оцем. Оваква одлука првостепеног суда је поништена од стране другостепеног суда у јуну 2007. године, уз објашњење да дете нема довољан узраст да би његово противљење могло да спречи повратак. У октобру 2007. године деца су уз помоћ полиције, без мајке, враћена оцу у Македонију. Подносиоца се жалила да је повратак деце, упркос противљењу старијег детета, повредио право на поштовање породичног живота.

било зрело, као и да је узроковано намером заштите мајке од било каквог вида одговорности, посебно за отмицу њега и брата. Домаћи суд је нашао да се дете налазило у конфликту лојалности између родитеља, плашећи се да ће бити напуштено од мајке ако прихвати контакт са оцем. На основу тога, закључак Апелационог суда о неприхватљивости мишљења детета поводом његовог повратка није био неразуман. Подносиатељка није захтевала да и друго дете буде саслушано, нити је тврдила да постоји неки од основа из Хашке конвенције (стандард „озбиљног ризика“) који спречавају повратак детета. Суд је додатно подвукао да према Хашкој конвенцији не постоји обавеза домаћих власти да саслушају дете. Није нађена повреда права на поштовање породичног живота. Сматрамо да мишљење детета поводом повратка детета у складу са Хашком конвенцијом треба да буде један од услова које ће домаћи судови ценити, али никако једини и одлучујући. Могућност принуде и манипулације детета јављају се само као неке од мањкавости давања искључивог значаја мишљењу детета.

3.3.4. Протек времена и неактивност домаћих власти

Неактивност домаћих власти и непредузимање било каквих мера у циљу повратка деце и остваривања контакта између родитеља и отете деце, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Ignaccolo-Zenide против Румуније*,¹⁰³⁷ ЕСЉП је утврдио да су румунске власти пропустиле да предузму адекватне и ефикасне мере у циљу

¹⁰³⁷ *Ignaccolo-Zenide v Romania*, пред. бр. 31679/96, пресуда од 25. јануара 2000. године. Подносиатељка је француска држављанка која се удала за држављанина Румуније 1980. године. Они су живели у Француској и добили две ћерке, 1981. и 1984. године. Француски суд развео је њихов брак 1989. године, доделио вршење родитељског права оцу, а мајци доделио право да виђа децу. Отац се следеће године одселио са децом у САД и на тај начин ускратио мајци право да виђа децу. Мајка се више пута безуспешно обраћала судовима у САД да јој дозволе да види децу. Суд у Француској је 1991. године одлучио да деца треба да живе са мајком. Отац се 1994. године из САД одселио са децом у Румунију. Мајка се позвала на Хашку конвенцију, да би румунске власти вратиле децу у Француску. Власти САД и Француске су у новембру и децембру 1994. године захтевале од румунских власти да врате децу у складу са одредбама Хашке конвенције. У децембру 1994. године отац је одвео децу из школе и скривао се са њима од домаћих власти. Према одлуци румунског суда од децембра 1994. године, отац је био дужан да преда децу домаћим властима у циљу њиховог повратка код мајке. Подносиатељка је осам пута боравила у Румунији, али је тек 1997. године прави пут успела да види једно дете на 15 минута. Деца су на саслушању пред румунским судом изразила жељу да у будућности не виђају мајку. Подносиатељка се жалила да је неспровођење одлуке о повратку деце повредило њено право на поштовање породичног живота.

спајања детета и родитеља. Иако принудне мере у случајевима који се односе на родитељско право нису пожељне, њихова примена може бити неопходна ако родитељи противправно задржавају дете.¹⁰³⁸ У случајевима отмице деце, адекватност мера цени се брзином њихове примене, услед тога што протек времена, што се може видети у овом случају, доводи до умањења породичних веза отете деце и другог родитеља. Утврђено је да домаће власти у периоду дужем од годину дана (од краја 1995. до почетка 1997. године) нису предузеле никакве мере да омогуће контакт мајке са децом, нити да спроведу одлуку о повратку деце. Домаће власти нису учиниле довољне напоре да омогуће мајци да види своју децу, иако је она осам пута путовала у Румунију. Организована је само једна посета и то у школи коју деца похађају, у присуству друге деце, наставника и другог особља. Даље, није изречена нити једна казна против оца који је константно одбијао да преда децу. Домаће власти нису организовале припремне састанке мајке и деце, нити су консултовале психолога у циљу успостављања личних односа мајке и деце. ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота. У овом случају ЕСЉП је утврдио утицај једног међународног уговора (Хашке конвенције) на стварање позитивне обавезе државе на права из Конвенције и брзину спровођења одлуке о повратку деце из Хашке конвенције.¹⁰³⁹ Сагласни смо са одлуком Суда, међутим, ако се већ утврди обавеза примене принудних мера против родитеља-отмичара, као и обавеза активног деловања домаћих власти, поставља се питање зашто тако није поступано и у случајевима *Serghides против Пољске* и *В. против Белгије*. У овим случајевима нису примењене принудне мере против родитеља-отмичара, иако сматрамо да је то требало учинити, а протек времена је довео до тога да повратак детета буде супротан његовим најбољим интересима.

Неспровођење одлуке о повратку детета у складу са Хашком конвенцијом од стране домаћих власти у дужем временском периоду, може довести до отуђења родитеља од детета и преиначења одлуке о повратку детета, што представља повреду члана 8. Конвенције и права на поштовање породичног живота.

¹⁰³⁸ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 133.

¹⁰³⁹ A. Schulz, *The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 712.

У случају *Sylvester против Аустрије*,¹⁰⁴⁰ ЕСЉП је истакао да у случајевима отмице деце, као што је овај, брзина спровођења одлуке о повратку детета има одлучујућу улогу, с обзиром на то да протек времена може имати неповратне последице на односе детета и родитеља од кога је дете отето. Одлука суда о укидању повратка детета код оца и додели вршења родитељског права мајци, донета је превасходно позивањем на протек времена и чињеницу отуђења детета од оца које је узроковано, управо, протеклом времена услед неажурности домаћих власти. Више од три месеца било је потребно суду да одлучи о жалби мајке, као и више од пет месеци да прибави мишљење вештака. Одлука домаћег суда у потпуности је заснована на протеклу времена, што је резултат неактивности домаћих власти које су пропустиле да предузму све неопходне мере. Утврђена је, од стране ЕСЉП, повреда права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁴⁰ *Sylvester v Austria*, пред. бр. 36812/97 и 40104/98, пресуда од 26. септембра 2002. године. Подносиоци су отац, држављанин САД, и његово дете. Подносилац је 1994. године у САД закључио брак са држављанком Аустрије. У октобру 1995. године, мајка је напустила породични дом у Мичигену и повела дете са собом у државу њеног порекла - Аустрију. Следећег дана отац је, у складу са Хашком конвенцијом, затражио од аустријских власти да дете врати у САД. У децембру 1995. године аустријски суд је одлучио да се дете врати у САД. У априлу 1996. године отац је добио од стране суда у САД развод брака и самостално вршење родитељског права. Након још једне поднете жалбе мајке, аустријски суд је одложио одлуку о повратку детета. У априлу 1997. године, суд у Аустрији је одбио захтев оца за спровођењем одлуке о повратку детета и навео да би протек времена од када је дете последњи пут видело оца (годину и по дана), психолошки неповољно утицало на дете које би сада оца посматрало као страну особу. Жалба оца на овакву одлуку је одбијена и аустријски суд је доделио самостално вршење родитељског права мајци. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке о повратку детета, а затим и њено преиначење, довело до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

У случају *Bianchi против Швајцарске*,¹⁰⁴¹ ЕСЉП је истакао да није уверен у оправданост одлуке домаћег суда из 2004. године о задржавању детета у Швајцарској, с обзиром на то да је та одлука погоршала стање изазвано иницијалном отмицом детета од стране мајке. Спровођење додатне истраге, након већ девет месеци раније донете одлуке домаћег суда о повратку детета, не сматра се оправданим. Није пружено постојање промењених околности случаја које би наметале спровођење новог поступка. Посебан пропуст огледа се у томе што домаћи суд током спровођења нове истраге није понудио оцу да у том периоду оствари контакт са дететом и тако одржи породичне везе и породични живот са дететом. Такође, суд је одлучио о захтеву подносиоца за повратком детета тек након четири месеца од подношења захтева. Чињеница да се дете противило повратку код подносиоца, у потпуности се може уписати у неактивност домаћих власти да тек након четири месеца одлуче о његовом захтеву. Посебно се наводи пропуст домаћих власти да не досуде контакт подносиоца и детета док је трајао поступак поводом новог захтева за повратком детета. ЕСЉП не сумња у напор швајцарских власти да пронађу дете и мајку, али сматра необјашњивим да је мајка након што је одбила да преда дете слободно напустила полицијску станицу, и да није задржана имајући у виду претходну отмицу детета и њено кажњавање пет месеци раније. Пасивно понашање домаћих власти довело је до потпуног прекидања контакта детета и оца у трајању од две године. Узимајући у обзир

¹⁰⁴¹ *Bianchi v Switzerland*, пред. бр. 7548/04, пресуда од 22. јуна 2006. године. Подносилац је италијански држављанин који је са супругом, швајцарском држављанком, живео у Италији. У новембру 1999. године они су добили дете. Након што су се 2002. године развели, мајка је без сагласности оца одвела дете у Швајцарску. У фебруару 2003. године, на основу извештаја психолога, италијански суд је доделио вршење родитељског права оцу. Подносилац је пред швајцарским судом покренуо поступак за повратак детета у складу са Хашком конвенцијом. Швајцарски суд је у априлу 2003. године донео одлуку о повратку мајке и детета, након чега су се они вратили у Италију. У децембру 2003. године, подносилац је предао дете мајци ради остваривања њеног права на контакт. Мајка је након тога нестала са дететом. Отац је поново пред швајцарским судом поднео захтев за повратак детета у складу са Хашком конвенцијом. Суд је, најпре, истакао да дете треба да остане у Швајцарској до завршетка поступка, а затим је у мају 2004. године казнио мајку новчано. Накнадно, донета је одлука да, иако је отмица детета била противправна а отац врши родитељско право, дете не може бити враћено с обзиром на то да се оно противи повратку. На основу жалбе подносиоца, виши суд је у јулу 2004. године донео одлуку о хитном повратку детета, уколико је неопходно, уз асистенцију полиције. Мајка се жалила на ову одлуку суда. Она је прво пред полицијским органима одбила да преда дете, а потом и поред напора швајцарских власти, након августа 2004. године није се могло установити где се она и дете налазе. Жалба мајке је одбијена и суд је потврдио одлуку о повратку детета. У новембру 2004. године, издата је међународна потерница против мајке. Подносилац се жалио да је неспровођење одлуке швајцарских власти о повратку детета повредило његово право на поштовање породичног живота.

узраст детета, све то је довело до растућег отуђења детета од оца, што се не може сматрати да је у најбољем интересу детета. ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Macready против Чешке*,¹⁰⁴² ЕСЉП је навео да се однос оца и детета сматра породичним животом. Хашка конвенција се у овом случају примењује на одвођење детета у Чешку од стране мајке. У предметном случају прошло је више од двадесет месеци док домаћи суд није донео одлуку о повратку детета у САД. Протек тако дугог периода времена довео је до тога да није могуће успоставити претходно стање. Повратак детета у окружење из кога је одведено када је имало осамнаест месеци није био могућ, стога, што средина у САД детету више није била позната. Ово је додатна отежавајућа околност, имајући у виду да је дете аутистично и да би свака промена свакодневне рутине неповољно деловала на његов развој. Пре доношења одлуке о вршењу родитељског права, домаћи суд је требало да одлучи о повратку детета у САД. У том контексту, домаће власти нису у довољној мери предузеле активности да осигурају право оца на контакт, с обзиром на то да је он путовао из САД у Чешку и да је повремено контакт био једини начин на који је отац могао да врши своје родитељско право. Чињеница да је суд *ex post* сазнао за немогућност одржавања контакта, не ослобађа домаће власти од одговорности. Консултовање социјалних служби, асистенција психолога или примена принудних мера против мајке, биле су неопходне активности ради омогућавања контакта детета и оца. Из наведених разлога, ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁴² *Macready v Czech Republic*, пред. бр. 4824/06 и 15512/08, пресуда од 22. априла 2010. године. Подносилац је држављанин САД који је са супругом, чешком држављанком, и дететом рођеним у децембру 2002. године, живео у САД. Дете је рођено са аутизмом. Подносилац је покренуо поступак за развод брака и у мају 2004. године суд је донео привремену меру о заједничком вршењу родитељског права. Међутим, мајка је без сагласности оца одвела дете у Чешку. Суд у тој држави је, незнајући за отмицу детета, у јуну 2004. године доделио вршење родитељског права мајци. У октобру 2004. године, подносилац је пред чешким судом покренуо поступак за повратак детета у складу са Хашком конвенцијом. Домаћи суд је у априлу 2005. године донео одлуку о повратку детета у САД. На основу жалбе мајке суд је наредио подношење извештаја експерта. Суд је на основу поднетог мишљења вештака донео одлуку да дете остане са мајком, уз објашњење да би повратак детета могао нанети непоправљиву штету детету и изазвати погоршање његовог менталног здравља. Жалбе подносиоца на нову одлуку суда одбијене су у фебруару и септембру 2007. године. Од октобра 2004. године отац је поднео више захтева да се оставари контакт између њега и детета. Упркос противљењу мајке, неколико сусрета се остварило тек у јануару 2006. године. Подносилац се жалио да је наективност чешких власти и неспровођење, а накнадно и измена одлуке повратку детета, повредила његово право на поштовање породичног живота.

Одбијање домаће државе да примени принудне мере против родитеља који је отео дете и одбија да га врати, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Maire против Португала*,¹⁰⁴³ ЕСЉП је навео да у овом и сличним случајевима где је суштински критеријум хитност примене, протек времена може имати неповратне последице у вези са правом на поштовање породичног живота детета и родитеља. На основу тога, цени се да ли су домаће власти предузеле све неопходне мере да спроведу одлуку о повратку детета. Утврђено је да нису дати оправдани разлози пропуста домаћих власти да лоцирају мајку и врате дете оцу.¹⁰⁴⁴ У периоду од четири и по године, од када је послат захтев француских власти за повратком детета, мајка није пронађена. Власти су пропустиле да санкционишу одбијање сарадње мајке и тиме допустиле настајање и одржавање противправне ситуације. У случајевима одбијања сарадње родитеља принудне мере домаћих власти нису искључене. Интереси детета посматрају се као примарни, тако да је одлука португалског суда о додељивању родитељског права мајци била оправдана. Ипак, дуг период времена у коме дете није пронађено, створио је фактичку ситуацију неповољну за подносиоца, посебно имајући у виду да је дете било млађег узраста. ЕСЉП је потврдио повреду права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁴³ *Maire v Portugal*, пред. бр. 48206/99, пресуда од 26. јуна 2003. године. Подносилац је француски држављанин, отац детета рођеног 1995. године у браку са супругом, португалском држављанком. Отац је 1996. године у току бракоразводног поступка добио привремену меру вршења родитељског права. У јуну 1997. године мајка је одвела дете у Португал. Отац је поднео захтев за повратак детета у складу са Хашком конвенцијом. Мајка је од стране португалског суда више пута позивана да се изјасни о отмици детета, али се није одазивала на судске позиве. Она је у јулу 1998. године обавестила суд да је поднела захтев за вршењем родитељског права. Француски суд је 1998. године донео пресуду о разводу брака подносиоца и његове супруге и том приликом поверио вршење родитељског права оцу, док је мајка имала право на контакт са дететом. Мајка се након одлуке португалског суда да преда дете, дуже времена крила и одбијала да се повинује таквој судској одлуци. Након што је мајка пронађена, децембра 2001. године, португалске власти су наредиле да буде извршена процена могућности да дете буде враћено оцу, с обзиром на то да се оно интегрисало у португалску средину и да је протекао значајни период времена. Суд је усвојио мишљење психолога да се дете већ интегрисало у нову средину, и да се, имајући у виду одлуку француског суда из 1998. године, родитељско право у новонасталим околностима додели мајци. Подносилац се жалио да је наспровођење одлуке о повратку детета и додељивање родитељског права мајци повредило његово право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁴⁴ О томе да ли мајке или очеви чешће отимају децу, N. Lowe, K. Horosova, *The Operation of the 1980 Hague Abduction Convention - A Global View*, *Family Law Quarterly*, Vol. 41, No. 1, Spring 2007, Chicago, стр. 67.

У случају *Karadžić против Хрватске*,¹⁰⁴⁵ ЕСЈП је подвукао да се у случајевима отмице деце обавеза домаћих власти огледа у хитном деловању, с обзиром на то да протек времена може изазвати неповратне последице на односе детета и родитеља од кога је дете отето. Утврђено је да су у овом случају постојали периоди одлагања спровођења одлуке из 2003. године, као и недовољна активност да се спроведе одлука суда о повратку детета мајци, што се огледа у нелоцирању оца и пропусту његовог задржавања када је он побегао из притвора. Од тренутка подношења захтева немачких власти, протекло је пет месеци док домаће власти нису отпочеле поступак повратка детета. Такође, ниједна од предвиђених казни није ефикасно примењена на оца. Иако принудне мере против родитеља нису пожељне, њихова примена у оваквим околностима не може бити искључена. Домаће власти су пропустиле да предузму адекватне и правовремене мере ради повратка детета подносиоци у складу са Хашком конвенцијом.¹⁰⁴⁶ ЕСЈП је констатовао повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Stochlak против Пољске*,¹⁰⁴⁷ ЕСЈП је навео да у поступцима поводом вршења родитељског права и отмице деце извршење одлуке домаћег суда захтева хитно деловање, уважавајући чињеницу да протек времена може

¹⁰⁴⁵ *Karadžić v Croatia*, пред. бр. 35030/04, пресуда од 15. децембра 2005. године. Подносиоци је држављанка БиХ која живи у Немачкој и самостално врши родитељско право над дететом рођеним ван брака 1995. године. Отац детета се из Немачке преселио у Хрватску 1999. године. Током посете детета оцу у Хрватској 2000. године, отац је спречио да мајка врати дете у Немачку. Она је успела следеће године да врати дете, али је отац ускоро поново одвео дете у Хрватску. На захтев мајке, немачки суд је 2001. године утврдио да је отац противправно задржао дете према одредбама Хашке конвенције. Хрватским властима је у мају 2001. године послат захтев да се изврши повратак детета. У октобру 2001. године социјалне службе у Хрватској започеле су поступак повратка детета. У мају 2003. године хрватски суд је навео да дете не може бити враћено мајци услед тога што није лоцирано. У септембру 2004. године, домаће власти су уз присуство полиције покушале да одузму дете, међутим, отац се физички сукобио са њима. Отац је притворен али је касније успео да побегне. На саслушању пред судом у фебруару 2005. године, отац је изјавио да је вратио дете мајци, на основу чега је суд обуставио даљи поступак повратка детета. Мајка је изјавила да јој дете није враћено и да се и даље налази код оца у Хрватској. Подносиоци се жалила да је неспровођење одлуке о враћању детета, у складу са Хашком конвенцијом, довело до повреде њеног права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁴⁶ J. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 865.

¹⁰⁴⁷ *Stochlak v Poland*, пред. бр. 38273/02, пресуда од 22. септембра 2009. године. Подносиоци је канадски држављанин који је са супругом, пољском држављанком, и дететом живео у Канади. Док је дете било са мајком у Пољској на распусту 1996. године, мајка је одлучила да остане са дететом у овој држави. Подносиоци је пред пољским судом у јануару 1997. године, покренуо поступак за повратак детета у складу са Хашком конвенцијом. Суд је у октобру 1998. године донео одлуку да је мајка обавезна да врати дете у Канаду. Дете је враћено оцу у Канаду тек у априлу 2003. године. Подносиоци се жалио да је неспровођење одлуке о повратку детета повредило његово право на поштовање породичног живота.

довести до непоправљивих последица по односе детета и родитеља од кога је дете одузето. Јасно је да је подносилац покренуо поступак у јануару 1997. године, када је утврђено да је дете противправно одузето, а ипак, било је потребно годину и по дана да се донесе одлука о повратку детета. Одлука суда из октобра 1998. године, обавезала је мајку да врати дете у року од три недеље, међутим, домаће власти нису предузеле потребне мере да спроведу одлуку. Власти су два пута пронашле мајку али нису успеле да нађу дете. Домаће власти су у светлу одбијања сарадње мајке требале да предузму ефикасне санкције против ње, имајући у виду чињеницу да су кривични поступци покретани три пута за седам година, али без успеха. Ниједна принудна мера у грађанском поступку није предузета против мајке. На основу тога, ЕСЉП је утврдио да домаће власти нису предузеле потребне мере, што је довело до повреде права на поштовање породичног живота.¹⁰⁴⁸

У случају *Raw и други против Француске*,¹⁰⁴⁹ Суд је навео да се ЕКЉП примењује у складу са принципима међународног права. У случају отмице деце обавеза спајања детета и родитеља, према члану 8. Конвенције, цени се у складу са Хашком конвенцијом. Неактивност домаћих власти огледа се у томе што су оне стајале са поступком повратка до тренутка док су деца постала отуђена од родитеља и док повратак деце није био штетан по њихове интересе. Домаће

¹⁰⁴⁸ Видети сличну одлуку Суда у случају *V. P. v Russia*, пред. бр. 61362/12, пресуда од 23. октобра 2014. године.

¹⁰⁴⁹ *Raw and others v France*, пред. бр. 10131/11, пресуда од 7. марта 2013. године. Подносиатељка је британска држављанка рођена 1972. године, мајка троје деце, од тога двоје рођене 1995. и 1997. године, са супругом, француским држављанином. Супружници су се раздвојили 1999. године. Мајка је 2001. године отишла са децом да живи у Велику Британију. У јуну 2001. године брак је разведен, а одлуком француског суда од јануара 2002. године родитељи су заједнички вршили родитељско право, с тим да је пребивалиште деце било код мајке, а отац је имао право да посећује децу и да она бораве код њега. У децембру 2008. године, док су деца била на распусту код оца, он је домаћим властима предочио да деца исказују чврсту жељу да се не врате код мајке. У јануару 2009. године, француски суд је донео одлуку на основу противљења деце и извешаја психолога, да пребивалиште деце буде код оца. Мајка је у фебруару исте године поднела захтев за повратак деце у складу са Хашком конвенцијом. Суд је у фебруару донео одлуку да се деца врате код мајке. Следећег месеца мајка је поднела нов захтев за спровођење одлуке о повратку деце. У мају 2009. године, организован је састанак у Француској између мајке, деце, оца и домаћих власти. Након тога, мајка је поднела захтев да француске власти примене принудне мере против оца и деце. Домаће власти су истакле, имајући у виду адолесценско доба и противљење деце, да постоје тешкоће у примени принудних мера и повратка деце. У децембру 2009. године једно дете је тајно захтевало од мајке да дође по њега, што је мајка учинила и вратила га у Велику Британију. Друго дете је наставило да живи са оцем до јануара 2011. године, када је постало пунолетно. Подносиатељка се жалила да је неспровођење одлуке о повратку деце од стране домаћих власти повредило право на поштовање породичног живота.

власти су предузеле разне методе да убеди оца да врати децу. Иако је процена домаћих власти о штетности повратка деце, након састанка мајке са децом била правилна, француске власти нису сарађивале са властима Велике Британије. Такав закључак Суда произлази из потпуне неактивности домаћих власти у спровођењу повратка између јесени 2009. и пролећа 2010. године. Иако, узимајући у обзир најбољи интерес деце, принудне мере против деце нису пожељне, Суд не налази разлоге зашто домаће власти нису предузеле принудне мере против оца. Суд прихвата тешкоће које су домаће власти имале с обзиром на то да су се деца снажно противила повратку. Међутим, иако се мишљење деце треба уважити, противљење деце, ни према Регулативи *ЕС 2201/2003*,¹⁰⁵⁰ не може бити разлог да се спречи њихов повратак у складу са Хашком конвенцијом. Имајући у виду наведене чињенице, Суд налази да домаће власти нису предузеле све неопходне мере и да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Пропуст доношења првостепене одлуке поводом повратка детета у складу са Хашком конвенцијом у року од шест недеља, као и накнадно недonoшење одлука по жалби у прописаним роковима, уз неактивност домаћих власти у проналажењу и лоцирању детета и родитеља-отмичара, представља повреду права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁵⁰ О односу Регулативе *ЕС 2201/2003* Хашке конвенције, видети случај *Povse v Austria*, пред. бр. 3890/11, пресуда од 18. јуна 2013. године.

У случају *Shaw против Мађарске*,¹⁰⁵¹ ЕСЉП је истакао, с обзиром на то да су родитељи заједнички вршили родитељско право, да је за одвођење детета у другу државу била потребна сагласност оца. ЕСЉП је навео да, иако је према Регулативи 2201/2003 требало донети првостепену одлуку у року од шест недеља, она је донета након седам недеља, другостепена одлука након додатних тринаест недеља, а одлука Врховног суда након једанаест недеља од одлуке другостепеног суда. Иако су одлагања била узрокована паузом суда од пет недеља услед одмора, у оваквим хитним поступцима то није оправдавајућа околност. Даље, од тренутка доношења одлуке о принудној предаји детета до нестанка мајке и детета прошло је годину дана. Током тог периода од мајке је једино захтевано да добровољно преда дете, уз изрицање једне симболичне новчане казне. Ситуацију додатно погоршава чињеница да отац више од три и по године није могао да оствари контакт са дететом. Све чињенице се у потпуности могу приписати неадекватном и неажурном поступању мађарских власти, што је навело ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.

Пропуст примене изречених казни на родитеља-отмичара повлачи повреду права на поштовање породичног живота.¹⁰⁵²

¹⁰⁵¹ *Shaw v Hungary*, пред. бр. 6457/09, пресуда од 26. јула 2011. године. Подносилац је ирски држављанин који је закључио брак са супругом мађарског држављанства. Супружници су живели у Паризу док се нису развели, 2005. године, када је суд одредио заједничко вршење родитељског права. У децембру 2007. године мајка је одвела дете на одмор у Мађарску, и том приликом остала тамо и уписала дете у мађарску школу без сагласности оца. Отац је у марту 2008. године пред мађарским судом покренуо поступак за повратак детета у складу са Хашком конвенцијом и Регулативом 2201/2003 о Признању и спровођењу одлука о брачним поступцима и вршењу родитељског права. Суд је утврдио да је пребивалиште детета у Француској, да родитељи заједнички врше родитељско право и да, стога, ниједан родитељ не може без сагласности другог да промени пребивалиште детета. На основу тога, суд је одредио у мају 2008. године да мајка преда дете полицији или да врати дете оцу до јуна 2008. године. На основу поднете жалбе, мајци је дато додатно време да изврши одлуку. Након што је мајка одбила спровођење одлуке кажњена је новчано. Суд је у априлу 2009. године одредио да ако мајка не преда дете оно ће бити присилно одузето у јулу 2009. године. Покушај принудног извршења није успео, с обзиром на то да су мајка и дете нестали. На основу налога француских власти, мајка је ухапшена у јулу 2009. године, али је убрзо пуштена пошто је утврђено да се против ње у Мађарској не води кривични поступак. Упркос многим мерама - праћењу њене телекомуникације, надзору школе, увида у здравствено осигурање, мађарске власти нису успеле да лоцирају мајку и дете. На основу тога, одлука о повратку детета није могла бити спроведена. Подносилац се жалио да је неспровођењем одлуке о повратку детета повређено његово право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁵² Супротно, у случају *A. B. v Poland*, пред. бр. 33878/96, пресуда од 18. октобра 2001. године, држава је деловала активно и применила санкције за родитеља-отмичара. Утврђено је да нема повреде права на поштовање породичног живота подносиоца који је притворен услед тога што је отео дете и одбио да врати дете мајци.

У случају *Hansen против Турске*,¹⁰⁵³ ЕСЉП је истакао да обавеза државе да омогући поновно спајање детета и родитеља није апсолутна и да се разматра у светлу најбољег интереса детета. Такође, поновно спајање родитеља и детета може захтевати предузимање припремних мера. Мере домаћих власти цене се кроз хитност примене, с обзиром на то да протек времена може имати неповратне последице на личне односе детета и родитеља од кога је дете одузето. Домаће власти имају позитивну обавезу да предузму све неопходне мере да обезбеде поновно спајање детета и родитеља у што је могуће краћем року.¹⁰⁵⁴ Упркос томе што је судском одлуком омогућен контакт мајке и деце, непредузимање адекватних радњи у лоцирању деце, као и пропуст примене изречених затворских казни на оца, говоре у прилог пасивном деловању турских власти. Принудне мере биле су оправдане у светлу потпуног одбијања сарадње оца. Иако су деца одбијала да виде мајку, то се не може уписати у одговорност домаћим властима. Међутим, подносиатељка није имала прилику да развије породични живот са својом децом у мирној атмосфери, што се може приписати одговорности домаћих власти, с обзиром на то да нису ангажовале дечијег психолога и друге социјалне службе. ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота подносиатељке.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵³ *Hansen v Turkey*, пред. бр. 36141/97, пресуда од 23. септембра 2003. године. Подносиатељка је исландска држављанка која је живела у ванбрачној заједници са турским држављанином на Исланду. Они имају двоје заједничке деце, рођене 1981. и 1982. године. Ванбрачни партнери су закључили брак 1984. године и потом се развели 1989. године. Отац је 1990. године одвео децу на одмор у Турску и обавестио мајку да ће деца остати са њим у Турској. Исландски суд је 1992. године доделио мајци вршење родитељског права. Подносиатељка је отишла у Турску и тамо покренула поступак за развод брака и вршење родитељског права. Она је покренула и поступак за повратак деце у складу са Хашком конвенцијом. У новембру 1992. године турски суд је саслушао децу која су изразила жељу да живе са оцем, и на основу тога, као и чињенице да су се деца адаптирала на живот у Турској, доделио вршење родитељског права оцу, док је мајци признато право на контакт са децом сваке године током јула месеца у трајању од 30 дана. Мајка је више пута подносила жалбе, с обзиром на то да је у периоду од 1992. до 1998. године успела да види децу само четири пута. Она је више од 50 пута долазила на адресу где деца станују са оцем и уз пратњу полиције захтевала да види децу, али сваки пут су деца била сакривана од ње. Одбијање оца да дозволи контакт мајке и детета санкционисано је више пута у кривичном поступку, али изречене затворске казне блажег карактера нису спроведене. Деца су 1999. и 2000. године постала пунолетна чиме је престало право мајке на контакт. Подносиатељка се жалила да је неспровођење одлуке о повратку деце и контакту са децом проузроковало повреду права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁵⁴ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. стр. 500.

¹⁰⁵⁵ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 155.

Пропуст државе да примени мере предвиђене у Хашкој конвенцији када се утврди да је дете противправно отето, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Iglesias Gil и Urcero Iglesias против Шпаније*,¹⁰⁵⁶ ЕСЉП је истакао да право на поштовање породичног живота намеће позитивне обавезе државама да омогуће поновно спајање детета и родитеља у случају раздвајања. Од тренутка када је утврђено да се отац са дететом налази у САД, те да је дете противправно одведено у другу државу, домаће власти нису предузеле никакве мере да се омогући повратак детета у складу са одредбама Хашке конвенције. С обзиром на то да су обе државе потписнице Хашке конвенције, нејасно је зашто домаће власти нису предузеле неку од мера предвиђених Хашком конвенцијом. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота. Када је реч о пропустима и застоју у кривичном поступку, утврђено је да то представља последицу одредби домаћег права које евентуално треба изменити, али да у том делу нема повреде права на поштовање породичног живота.

Породични живот постоји између детета и родитеља, како у брачним заједницама, тако и у ванбрачним. Стога постоји и право на поштовање породичног живота оба родитеља са својом децом. Након развода брака или током трајања заједничког живота може доћи до одвођења детета од стране једног родитеља у другу државу, чиме долази до прекида или престанка права на поштовање породичног живота.

Када се посматрају родитељи као учесници у поступку пред ЕСЉП, за примену одредаба Хашке конвенције захтева се поседовање и вршење

¹⁰⁵⁶ *Iglesias Gil and Urcero Iglesias v Spain*, пред. бр. 56673/00, пресуда од 29. априла 2003. године. Подносиатеља је шпанска држављанка, рођена 1965 године. Она је закључила брак 1989. године са супругом, држављанином САД. Супружници су се развели 1994. године а недуго затим, 1995. године добили су дете. Мајци је додељено вршење родитељског права, а отац је имао право на контакт са дететом. Током посете детету 1997. године, отац је противправно одвео дете у САД. Мајка је поднела кривичну пријаву против оца и чланова његове породице, као помагача, за отмицу детета, захтевајући да се изда потерница за њим. Кривични суд је наредио оцу да врати дете, али је одбио да изда налог за његово хапшење. Суд је навео да се према домаћем праву не може издати налог за хапшење за отмицу против особе која врши родитељско право над дететом. Жалбе подносиатељке на овакве одлуке суда више пута су одбијене. У фебруару 1999. године, суд надлежан за породичне спорове лишио је оца родитељског права и доделио самостално вршење родитељског права мајци. Мајка је први пут од отмице видела дете априла 2000. године, а пар месеци касније, у јуну 2000. године, дете јој је враћено. Од тада се мајка са дететом сакривала у сигурној кући за жене. Подносиатеља се жалила да је наективност домаћих власти поводом отмице детета довела до повреде права на поштовање породичног живота. Видети и *Mihailova v Bulgaria*, пред. бр. 35978/02, пресуда од 12. јануара 2006. године.

родитељског права. Само уколико родитељ врши родитељско право могуће је да Суд нађе повреду права на поштовање породичног живота услед отмице дече. Следствено, прави се разлика између брачног и ванбрачног оца (*B. против Уједињеног Краљевства, Guichard против Француске*). За ванбрачне очеве се тражи да поседују и врше родитељско право да би се утврдила повреда права на поштовање породичног живота (*Mattenkloft против Немачке*). Вршење само појединих права и дужности из садржине родитељског права, такође, не легитимише родитеља да тражи повратак детета и утврди одговорност домаће државе за пропуст у повратку детета. Тако, поседовање права на контакт не повлачи право родитеља да тражи повратак детета (*R. R. против Румуније*).

Претпоставка је да дата сагласност за привремени боравак детета у другој држави не обухвата сагласност за трајни боравак. Наметање државе да родитељ треба да докаже да је дао сагласност за привремени боравак, представља повреду права на поштовање породичног живота. Обавеза је домаће државе да обезбеди учешће родитеља у поступку повратка детета у складу са Хашком конвенцијом.

Најбољи интерес детета, као врховно начело примене у поступцима у којима се дете јавља као страна, сведочи да право на поштовање породичног живота родитеља од кога је дете отето има мању правну снагу. Наиме, иако је отмица детета противправна, домаћа држава неће бити одговорна уколико не дозволи повратак детета позивањем да то није у најбољем интересу детета. Дуг период времена које је дете провело у другој држави и непостојање личних односа детета и родитеља од кога је отето, интегрисање детета у нову средину (похађање школе, постојање пријатеља, рођака и блиских особа) представљају чињенице које говоре у прилог томе да је повратак детета у супротности са његовим најбољим интересом. На тај начин се посредством најбољег интереса детета легализује једна *de facto* противправно створена ситуација настала отмицом детета. Такође, самостално предузимање радњи на повратку детета од стране родитеља од кога је дете отето, доводи до погоршања личних односа детета и тог родитеља. Повратак детета сматра се супротним најбољем интересу детета и последично долази до измене одлуке о повратку детета.

Државе имају обавезу да при одлучивању о повратку детета узму у обзир најбољи интерес детета. Пропуштање разматрања најбољег интереса детета

доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Иако принудне мере нису пожељне у поступцима везаним за дете, уколико је један родитељ отео дете, држава је дужна да предузме и принудне мере у циљу повратка детета. То ће бити посебно случај када родитељ-отмичар не сарађује са домаћом државом. Предузимање принудних мера ради повратка детета тумачи се у складу са најбољим интересом детета. Пропуштање предузимања принудних мера повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

Иако се Хашка конвенција примењује само у државама које су потписале овај међународни акт, постоји позитивна обавеза државе потписнице ЕКЉП да пружи заштиту права на поштовање породичног живота у случају отмице детета, чак и ако домаћа држава није потписница Хашке конвенције.

Један од базних проблема везаних за отмицу детета и повреду права на поштовање породичног живота родитеља чије је дете отето, представља неактивност, пасивно понашање домаће државе у којој се налазе дете и родитељ-отмичар. Неактивност се може посматрати из два аспекта: непредузимање принудних мера против родитеља који је отео дете у случају његове несарадње са домаћим властима и протек одређеног времена. Када је у питању непредузимање мера, најпре се одговорност домаће државе јавља поводом непримењивања мера предвиђених Хашком конвенцијом. Потом, повреда права на поштовање породичног живота настаје и када домаће власти изрекну мере прописане Хашком конвенцијом, али пропусте да примене изречене мере. Најчешће, повреда права на поштовање породичног живота настаје када домаћа држава пропусти да примени већ изречене принудне мере одузимања детета од родитеља-отмичара у циљу враћања у јурисдикцију из које су противправно одведена. Протек времена доводи до повреде права на поштовање породичног живота уколико држава не донесе у прописаном року одлуке (првостепене и другостепене) поводом захтева родитеља за повратком детета. Протек времена и непредузимање принудних мера могу довести до тога да се сматра да је противно најбољем интересу детета да буде враћено у државу из које је отето. Стога, активно и хитно деловање домаћих власти има суштинску улогу за очување породичног живота, а самим тим и права на поштовање породичног живота између родитеља и детета у случајевима отмице деце. У случајевима пенденције извршења већ донете одлуке домаћег суда

о повратку детета, важан сегмент права на поштовање породичног живота представља контакт родитеља и детета. У околностима отмице детета контакт представља једини начин одржавања породичног живота родитеља и детета. У свим случајевима отмице у којима је био прекинут контакт родитеља и детета у дужем временском периоду, у тој мери да је нарушио личне односе детета и родитеља, повратак детета није био могућ позивањем ЕСЈП на супротност са најбољим интересом детета. И протек времена и пропуст примене принудних мера доводе, најпре, до отуђења детета од родитеља¹⁰⁵⁷ и престанка одржавања личних односа, а коначно, и до трајног престанка породичног живота између родитеља и детета (*Hansen protiv Турске*).

Држава нема обавезу да спроведе враћање детета у складу са Хашком конвенцијом ако родитељ не врши родитељско право. Након утврђивања очинства и додељивања родитељског права, држава има обавезу да спроведе повратак детета. Не постоји обавеза да се омогући повратак детета само на основу чињенице да родитељ има утврђено право на контакт са дететом, већ се захтева да тај родитељ врши родитељско право. Ако је дете задржано у држави порекла једног родитеља без сагласности другог родитеља, држава има обавезу да изврши враћање детета. Држава има обавезу да терет доказивања о давању сагласности за трајан боравак детета у другу државу стави на страну родитеља који је одвео дете у другу државу. Обавеза је државе да родитељу чије је дете одведено у другу државу омогући учешће у поступку повратка детета. Нема обавезе државе да омогући повратак детета ако је родитељ самостално предузео принудне мере повратка детета, што је довело до погоршања односа између детета и родитеља и измене одлуке о повратку детета. Такође, нема обавезе да се изврши повратак детета ако се оно интегрисало у другу државу, ако је провело дужи период времена у држави у коју је одведено и ако не постоје адекватни лични односи између детета и родитеља од кога је дете отето. Са оваквом обавезом државе се не можемо сложити стога што је то изузетак од *ratio legis* Хашке конвенције, да се не улази у меритум спора и не одлучује о вршењу родитељског права и чињеничним питањима, већ да се дете врати у јурисдикцију из које је противправно одведено.

¹⁰⁵⁷ Навели смо у Глави I да је последица дуготрајног одвојеног живота детета и родитеља, у теорији често навођен, тзв. *Parental alination syndome* (PAL) - синдром отуђења детета од родитеља. Овај синдром посебно се јавља код случајева отмице детета.

На тај начин се отвара опасна могућност легитимисања отмице деце позивањем на протек времена и стабилност детета. Нема обавезе да се изврши повратак детета ако дете и родитељ од кога је дете отето нису имали контакт у дужем временском периоду, чак и ако држава није спровела принудне мере против родитеља отмичара. Држава има обавезу да спроведе принудне мере против родитеља отмичара који не сарађује у поступку повратка детета. Обавеза заштите родитеља и повратка детета постоји и ако држава из које је дете противправно одведено није потписница Хашке конвенције. Оправдано је на тај начин проширена супсидијарна заштита путем ЕКЈП. Постоји обавеза да се пре повратка детета размотри најбољи интерес детета, утицај промене средине на стабилност детета и могућност контакта детета и родитеља који је отео дете. Постоји обавеза државе да омогући повратак детета иако се дете изричито противи повратку. Активност домаћих власти, предизимање мера ради повратка детета и остваривање контакта између детета и родитеља од кога је дете отето, намећу се као обавезе државе. Обавеза је да се спроведе одлука о повратку детета у складу са начелом хитности и тако онемогући отуђење детета од родитеља и измена одлуке о повратку. Држава је обавезна да спроведе принудне мере против родитеља отмичара, да донесе првостепену одлуку у року од шест недеља, као и да предузме мере ради проналажења и лоцирања отетог детета. Додатна обавеза састоји се, не само у изрицању већ и у примени изречених казни за родитеља отмичара. Држава има обавезу да примени мере предвиђене у Хашкој конвенцији када утврди да је дете противправно одведено у другу државу.

Имајући у виду да је област отмице деце у потпуности уређена Хашком конвенцијом, усклађеност домаћег права цени се испуњењем обавеза из тог међународног уговора.

Глава VIII

Депортација и окупљање породице

1. Ограничење права на поштовање породичног живота чланова породице код депортације

Недовољна пажња породичноправне науке посвећује се вршењу родитељског права код мигрантских породица које одликују процеси раздвајања и поновног спајања чланова породице.

Примена права на поштовање породичног живота унутар држава чланица Савета Европе и Европске уније има неколико спорних аспеката. Један од њих односи се на слободно кретање људи (чланова породице) унутар Европске уније.¹⁰⁵⁸ Уважавање чињенице да је неко члан породице, не гарантује по аутоматизму право на поштовање породичног живота унутар државе чланице Европске уније. Ради се о опасности стицања (за домаћу државу чланицу) низа погодности (само) на основу чињенице да је неко члан породице. Стога, државе чланице имају рестриктивна правила за стицање одређених, превасходно социјалних права, на основу чињенице постојања породичног живота у домаћој држави. Неретко је „чланство“ у породици улазна карта, како за настањивање, тако и за стицање читавог низа права резервисаних за чланове породице (социјално осигурање, здравствено осигурање, право на образовање,¹⁰⁵⁹ право на рад¹⁰⁶⁰). Прихватањем концепта породице као широког појма различитих личних

¹⁰⁵⁸ О слободном кретању људи унутар Европске уније, S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford, 2010, стр. 469 и даље. За слободно кретање чланова породице радника миграната унутар ЕУ, J. Kenner, *European Union Legislation 2010-2011*, London, 2011, стр. 270.

¹⁰⁵⁹ Да ће се деца радника миграната која бораве на територији домаће државе, под истим условима као и домаћи држављани укључити у опште образовне курсеве, J. Kenner, *European Union Legislation 2010-2011*, London, 2011, стр. 267.

¹⁰⁶⁰ Тако, у случају *Safet Еуир*, Европски суд правде одлучивао је о примени члана 8. ЕКЉП. Супружници турског порекла, господин и госпођа *Еуир*, били су легално настањени у Аустрији. Они су се развели али су наставили да живе заједно и касније добили четворо заједничке деце. Осам година након развода брака они су поново закључили брак. Госпођа *Еуир* је прихватила понуду за сталан посао, али није могла да добије радну дозволу, с обзиром на то да период проведен у ванбрачној заједници између првог и другог брака са господином *Еуирот* није узет у обзир од стране аустријских власти да би се добила радна дозвола. Европски суд правде се позвао на члан 8. ЕКЉП, и на тумачење Конвенције у светлу друштвених промена по питању правног признања ванбрачне заједнице, на тај начин признајући период проведен у ванбрачној заједници

односа, отвара се могућност коришћења права повезаних са слободом кретања и настањивања чланова породице унутар територије Европске уније, али и досељавања у Европску унију из других држава (чланица Савета Европе).

Ограничење, тачније мешање државе у породични живот посебно је приметно на пољу депортације једног члана или целе породице. Неретко је случај да депортација једног члана породице, нарочито родитеља који врши родитељско право, аутоматски повлачи одлазак деце са тим родитељем у државу порекла, иако то формално-правно није последица депортације родитеља. На тај начин, норме јавног поретка и његова заштита оличена у ограничењу настањивања на домаћој територији, односе превагу у сукобу са правом на поштовање породичног живота и већ формираним породичним животом унутар одређене државе. Мера депортације одређеног члана породице из државе чланице ЕУ, као и одбијање да се дозволи члану породице да се придружи другом члану породице у држави ЕУ,¹⁰⁶¹ представља мешање у породични живот. Чињеница да особа која се депортује има породицу и децу у земљи из које се протерује не спречава депортацију под условом да је депортација у складу са националним законодавством. У овој области националне имиграционе норме имају јачу правну снагу у односу на члан 8. ЕКЉП.¹⁰⁶² Међутим, пракса ЕСЉП говори да се у новије време захтевају све строжи услови да би депортација имиграната који су формирали породични живот у домаћој држави била оправдана.

Основни критеријуми при процени да ли члан породице или породица као заједница, има право да развија породични живот у домаћој држави оличени су у држављанству и пребивалишту. Националност (држављанство) као критеријум, за разлику од пребивалишта одликује стабилност, с обзиром на то да се захтева да особа има обавезу боравка одређеног периода времена на домаћој територији да би добила држављанство. Тако, у Француској се друга и трећа супруга емиграната из Северне Африке и Средњег Истока не сматрају законитим супругама, иако је

на исти начин као и онај у браку, за потребе стицања радне дозволе. *Safet Eyup v Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg* (2000), C-65/98.

¹⁰⁶¹ Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 245.

¹⁰⁶² T. Haugli, E. Shinkareva, The Best Interest of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference Into Family Life and Separation of Parents and Children in Connection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 3, 2012, стр. 354.

то по праву земље порекла миграната законит брак.¹⁰⁶³ Кад је реч о депортацији, води се рачуна о томе која је генерација емиграната у питању. Прави се разлика између прве и друге генерације емиграната, будући да се друга генерација емиграната која је рођена у домаћој држави више штити од депортације - они су рођени у тој држави и, по правилу, немају тако чврсте везе са државом порекла.¹⁰⁶⁴

Имигранти досељавањем у домаћу државу доносе своје породичне културне обрасце, неретко различите од доминантних домаћих породичних форми.¹⁰⁶⁵ У додиру више породичних образаца долази до њиховог прожимања, али и сукоба. Последица емиграција огледа се, између осталог, и у раскидању породичних веза детета и биолошких родитеља који обезбеђују материјалну подршку деци радећи у другој држави, док чланови шире породице (бебе и деде, браћа, сестре, стричеви и други сродници) постају одговорни за свакодневно васпитање деце, посебно у ситуацији када је мајка родитељ који одлази у другу државу.¹⁰⁶⁶ У случајевима емиграције јавља се питање вршења родитељског права од стране других сродника, с обзиром на то да родитељи нису фактички у могућности да врше родитељско право. Уопштено посматрано, емиграција једног члана породице, примарно родитеља, производи две последице - једна представља останак примарне породице у земљи порекла, док друга последица представља стварање нове породице родитеља емиграната у држави имиграције.

У случајевима депортације долази до директног угрожавања права детета да живи са својим родитељима.¹⁰⁶⁷ Приметна је тенденција ЕСЉП да се одбија

¹⁰⁶³ B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 17.

¹⁰⁶⁴ C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights -Commentary-*, München, 2014, стр. 231. Некада су разлози давања привилегије придруживања другим члановима породице у домаћој држави, имигрантима друге и треће генерације, политичке природе, имајући у виду да они поседују активно бирачко право, H. Wray, *Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home*, Ashgate - Surrey, 2011, стр. 144.

¹⁰⁶⁵ О начину стицања држављанства ванбрачног детета када је отац држављанин САД, K. A. Collins, *Illegitimate Borders: Jus Sanguinis Citizenship and the Legal Construction of Family, Race and Nation*, *The Yale Law Journal*, Vol. 123, Num. 7, May 2014, New Haven, стр. 2141.

¹⁰⁶⁶ C. Suarez-Orosco, M. Suarez-Orosco, *Familyhood across Borders*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 280.

¹⁰⁶⁷ Комитет о правима детета, као орган који се стара над применом Конвенције о правима детета, изјашњавао се поводом случајева депортације родитеља и повреде права детета. Тако, у случају *Winata v. Australia*, одлучивано је о жалби Индонезанског пара који је 14 година илегално боравио у Аустралији. Они су дошли са студентским визама и у међувремену су добили дете. Након 10 година од рођења детета оно је добило аустралијско држављанство, а потом су и родитељи поднели захтев за добијање истог. Њихов захтев је одбијен и они су депортовани. Комитет је

депортација члана породице ако је у питању мања повреда имиграционих правила (мањи прекршаји). Супротно је у случајевима када је реч о угрожавању безбедности земље и извршења кривичних дела, посебно оних тежег карактера.

2. Парадокс породичне имиграције

Услед константних промена у савременом породичном животу, више пута у току рада је разматрана проблематика парадокса различитих породичноправних института. Парадокс није мимоишао ни област породичне миграције. У чему се огледа парадокс савремене породичне миграције? Намера да се услед неадекватних, сиромашних услова живота успостави благостање породице, да се породица постави на нове, боље (материјалне) основе, одлазак чланова породице у друге државе ради проналаска запослења и материјалних средстава, доводи до њене дезинтеграције и веома често до стварања нове породице у земљи имиграције. Најчешће су деца имиграната одвојена од родитеља дуг период времена што утиче на (не)постојање породичног живота између њих. У случају депортације имиграната долази до директног сукоба права на поштовање породичног живота детета, родитеља и других чланова породице, са једне, и норми о заштити јавног поретка државе кроз регулисање дозволе боравка и настањивања страних држављана на својој територији, са друге стране. Стога, оправдано стоји мишљење да област депортације и окупљања породице - шире, имиграционог права, пружа најслабију заштиту праву на поштовање породичног

нашао да је држава пропустила да обезбеди заштиту детету, као малолетном лицу, узимајући у обзир дужину боравка детета у Аустралији од 13 година и значајне везе детета које су у том периоду успостављене у домаћој држави. Депортација родитеља није била у складу са Конвенцијом о правима детета. Случај *Madafferi v. Australia* односио се на италијанског држављанина који је дошао са студентском визом у Аустралију 1989. године, тамо се оженио и накнадно добио четворо деце. Након што је студентска виза истекла он је поднео захтев за добијање визе на основу брачног статуса, што је одбијено услед извршења кривичног дела подносиоца у Италији пре него што је дошао у Аустралију. Последње од његово четворо деце рођено је док је он био у притвору и чекао депортацију. При одлучивању, Комитет за права детета позвао се на појам породичног живота који, према мишљењу Комитета, обавезно подразумева постојање деце. Чињеница мање опасног кривичног дела, није требала у толикој мери утицати на прекидање породичног живота оца са децом, који траје већ четрнаест година. Комитет је применио два критеријума: значај разлога за депортацију и степен тешкоћа у остваривању породичног живота између родитеља и детета који изазива депортација.

живота, како детету као централном субјекту права на поштовање породичног живота, тако и другим члановима породице, али и породици као целини.¹⁰⁶⁸

У случајевима депортације, у великој мери, долази поред угрожавања права на поштовање породичног живота, и до угрожавања најбољег интереса детета. Сукоб приватног (очување породичног јединства) и јавног интереса (имиграционих правила), у наведеном односу неретко се решава у корист јавног интереса. Уочићемо кроз поступање ЕСЈП, да се најбољи интерес детета узима као *ultima ratio* у процени низа околности које утичу на депортацију чланова породице из домаће државе, насупрот тенденцији ЕСЈП у областима контакта, одвајања детета од родитеља, утврђивања порекла детета, усвојења, отмице деце, да се најбољи интерес детета узима као одлучујући, примарни критеријум при процени повреде права на поштовање породичног живота.

Случајеви депортације пред ЕСЈП значајни су за наше истраживање, с обзиром на то да се насупрот општем ставу Суда да не даје дефиницију породице, некада ипак дефинише појам породице, и то методом негативне енумерације. Тако, у случају *Slavenko против Летоније*, ЕСЈП даје појашњење појма породице тако да у породицу не спадају старији чланови породице, родитељи подносиоца представке, већ само деца као зависни чланови.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁸ T. Haugli, E. Shinkareva, The Best Interest of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference Into Family Life and Separation of Parents and Children in Connection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 3, 2012, стр. 358. *Geraldine Van Bueren* сматра да ЕСЈП заузима став: да су државе у потпуности овлашћене да контролишу улазак страних држављана на своју територију; да члан 8. ЕКЈП не гарантује право на избор најпогодније државе за развој породичног живота; да члан 8. ЕКЈП, исто тако, не намеће обавезу државама да поштују право супружника да изабере државу боравка, чак иако је дете држављанин те државе. G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998, стр. 81. и даље.

¹⁰⁶⁹ Члан 2. и 3. Директиве 2004/38 под чланом породице радника који се настанио унутар ЕУ, независно од националности, подразумева: супружнике, партнере из регистрованог партнерства (хомосексуалне заједнице) у државама које признају овакав облик породичне заједнице, директне потомке испод 21. године или особе које зависе од радника или његовог партнера, директне претке радника који зависе од њега или његовог партнера, било које друге чланове породице који зависе од радника, а који у домаћој држави живе у истом породичном домаћинству или који услед озбиљних здравствених проблема захтевају личну негу, било које друге чланове породице који су у земљи одакле је радник емигрирао били зависни од њега или су живели у заједничком домаћинству или услед озбиљних здравствених проблема захтевају личну негу, партнери са којима је радник остварио дуготрајан однос. Видети, К. Davies, *Understanding European Union Law*, New York, 2011, стр. 150. Најпре, начин дефинисања чланова породице, умногоме пружа аргументацију у прилог нашој хипотези да право на поштовање породичног живота између родитеља и деце постоји док траје родитељско право. Наиме, зависност детета или родитеља поставља се као услов да се сматрају члановима породице. Такође, у наведеној пресуди *Slavenko*, Суд изричито наводи да се под породицом сматрају само деца која зависе од родитеља. То би значило потврду једне од

Парадокс савремене породичне имиграције, огледа се и у следећем: са једне стране, појединцима (и њиховим породицама) се гарантује право на слободно кретање, добијање азила и настањивање у другој држави ради налажења запослења, док је, са друге стране, право на развијање породичног живота, као и право на поштовање већ успостављеног породичног живота, у највећој мери ограничено управо кроз норме о забрани настањивања на домаћој територији и депортацији чланова породице. Међутим, критика ограничења права на поштовање породичног живота има и своју другу страну. Треба имати у виду да током историје развоја европске правне цивилизације, никада није постојао већи степен права појединца на слободно кретање и настањивање на територији друге државе, имајући у виду правила ЕУ о слободном кретању људи.

3. Вршење кривичних дела

3.1. Непостојање брака и породице учиниоца

Непостојање брака, као ни личних односа са својом ванбрачном децом, не повлаче да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Djaid против Француске*,¹⁰⁷⁰ ЕСЉП је, најпре, истакао да је трајна депортација довела до мешања у породични живот подносиоца. Ипак, подносилац није био ожењен, није био у стабилној заједници са неком особом у Француској, нити постоје докази да је одржавао емотивну везу са својом децом. У време зачећа првог детета подносилац је био свестан да ће бити депортован. Такође, он се није одрекао алжирског држављанства, нити је захтевао добијање француског, иако је

основних хипотеза рада да право на поштовање породичног живота постоји између родитеља и деце која су зависна од родитеља, тачније, деце у односу на коју родитељи врше родитељско право. Овај услов није испуњен уколико је дете пунолетно и родитељ не врши родитељско право.

¹⁰⁷⁰ *Djaid v. France*, пред. бр. 38687/97, пресуда од 9. марта 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је дошао у Француску напосредно након рођења када је имао неколико месеци, са својим родитељима, браћом и сестрама и од тада је стално живео у Француској. Он је 1994. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на затворску казну и доживотну депортацију из Француске. Подносилац је постао отац два детета 1996. и 1998. године, чије је очинство признао. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота. Француске власти одбиле су његову жалбу. Подносилац се жалио ЕСЉП да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП.

имао право на то. Озбиљност почињеног дела подвучена је као додатни разлог да ЕСЉП утврди да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Непостојање супруге или деце у земљи извршења дела кривичног дела, не доводи то тога да је депортација учиниоца повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Baghli против Француске*,¹⁰⁷¹ ЕСЉП је навео да је подносилац провео скоро цео живот у Француској, да се тамо школовао и запослио, да су његови родитељи, браћа и сестре живели у Француској, те да је, стога, одлука о депортацији довела до мешања у његов породични живот. Ипак, таква мера француских власти била је у складу са домаћим законодавством, ради превенције криминала и спречавања јавног нереда. Суд је даље навео да је подносилац био самац, да није имао децу, и да упркос постојању могућности, није поднео захтев да добије француско држављанство. Он је говорио арапски језик, служио је војску у Алжиру и био тамо неколико пута на одмору. Иако је већина његових породичних и социјалних веза била у Француској, он је задржао везе са земљом свог порекла. Трговина наркотицима представља озбиљно кривично дело, тако да мера депортације у периоду од десет година, према ставу ЕСЉП, није довела до повреде права на поштовање породичног живота.

3.2. Поновно вршење кривичних дела

Поновно вршење кривичних дела уз непостојање супруге и деце учиниоца и поред слабих веза са државом порекла, не доводе да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁷¹ *Baghli v. France*, пред. бр. 34374/97, пресуда од 30. новембра 1999. године. Подносилац је алжирски држављанин који је 1967. године дошао у Француску кад је имао две године. Школовао се и обављао различите послове у Француској, осим у периоду од 1984. до 1985. године, када је служио војну службу у Алжиру. Подносилац је 1987. године отпочео емотивну везу са француском држављанком. Недуго затим, подносилац је ухапшен када је ухваћен да дилује наркотику из Африке и осуђен на три године затвора и депортацију из Француске. Његова жалба да ће депортација довести до повреде права на поштовање породичног живота одбијена је у јуну 1994. године, и он је током 1994. године депортован у Алжир на период од десет година. Подносилац се жалио да је одлуком о депортацији повређено његово право на поштовање породичног живота.

У случају *Mutlag против Немачке*,¹⁰⁷² ЕСЉП је навео, да као и у случају *Maslov против Аустрије*,¹⁰⁷³ треба да постоје нарочито оправдани разлози у случају депортације насељених имиграната који су законито провели претежни део или целокупно своје детињство у домаћој држави. Подносилац је већ у 19. години починио кривична дела и био је условно пуштен и упозорен да ће бити депортован ако поново изврши кривично дело. Он је читав живот провео у Немачкој, говорио је течно немачки језик, али није навео да је развио друштвене везе са још неким особама, осим са својом породицом и психологом, нити да је засновао своју породицу. Кад је реч о вези са земљом порекла, он није говорио арапски језик. Ипак, поред чврстих породичних веза у Немачкој, ЕСЉП је нашао да тежина кривичних дела, њихова насилна природа и константно вршење, проузрокују одлуку немачких власти о депортацији подносиоца као оправдану. Стога, није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

Одлука о депортацији услед поновног вршења лакшег кривичног дела, уколико се учинилац понашао примерно након извршења дела и има децу са којом може да одржава личне односе само у домаћој држави, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁷² *Mutlag v Germany*, пред. бр. 40601/05, пресуда од 25. марта 2010. године. Подносилац је јордански држављанин који је рођен 1981. године у Немачкој, где је одрастао и стекао целокупно образовање. Он је 2006. године депортован у Јордан након што је починио више тежих кривичних дела услед којих је осуђен на две године и једанаест месеци затвора. Подносилац се жалио да је његова депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁷³ *Maslov v Austria*, пред. бр. 1638/03, пресуда од 23. јуна 2008. године. Суд је у овој пресуди заузео став да је депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота. Насупрот ставу већине судија да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота, судија *Loucaides* сматрао је да природа, озбиљност и понављање вршења кривичних дела, мањак социјалних веза са домаћом државом и прописивање депортације на одређено време, условљавају да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота, F. Tulkens, A. Kovler, D. Spielmann, L. Cariolou, Judge Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Leiden-Boston, 2008, стр. 252.

У случају *Udeh против Швајцарске*,¹⁰⁷⁴ ЕСЉП је нашао да два учињена дела не могу подносиоца сматрати повратником. Његово понашање у затвору и након извршења другог дела се побољшало, што је чињеница коју треба узети у разматрање при процени одлуке о депортацији.¹⁰⁷⁵ У складу са тиме, тешко се може прихватити да је казна подносиоца од 42 месеца затвора доказ да представља претњу по јавни поредак и безбедност у будућности. У време доношења одлуке о депортацији подносилац је боравио већ седам и по година у Швајцарској, где се налази центар његовог приватног и породичног живота. Ова дужина боравка се може сматрати значајним периодом. Посебно значајна чињеница је да подносилац има децу и да су деца швајцарски држављани. Депортација подносиоца утицала би на њих негативно, с обзиром на то да би деца одрасла без оца. У њиховом најбољем интересу је да одрастају уз оба родитеља, посебно имајући у виду да би услед развода родитеља, останак подносиоца у држави био једини начин за одржавање контакта са децом. Ценећи да је подносилац извршио само једно теже дело и да је касније понашање било примерно, одлука о депортацији била је изван поља слободне процене домаће државе. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

3.3. Везе учиниоца са државом порекла и домаћом државом

Постојање јаких социјалних и културних веза учиниоца са државом порекла и поред закључења брака и рођења деце у домаћој држави, доводи до тога да депортација није повредила право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁷⁴ *Udeh v Switzerland*, пред. бр. 12020/09, пресуда од 16. априла 2013. године. Подносилац је нигеријски држављанин рођен 1983. године, који је 2003. године дошао у Швајцарску и закључио брак са домаћом држављанком. На основу закљученог брака добио је дозволу боравка. Непосредно пре закључења брака супружници су добили двоје деце. Подносилац је 2001. године у Аустрији осуђен на четири месеца затвора за поседовање мале количине наркотика. Подносилац је 2006. године у Немачкој осуђен на 42 месеца затвора за продају наркотика. Швајцарске власти су позивањем на извршење кривичних дела одбиле да му продуже дозволу боравка. Он је 2009. године обавезан да напусти државу. Подносилац је 2011. поднео жалбу на одлуку да има забрану уласка у домаћу државу до 2020. године. У међувремену супружници су се развели, мајци је додељено вршење родитељског права а подносиоцу је признато право на контакт. Он је 2012. године са другом швајцарском држављанком добио треће дете. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила његово право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁷⁵ Понашање након извршеног дела био је одлучујући критерију за Суд да у случају *Moustaquim v Belgium* утврди повреду права на поштовање породичног живота одређивањем депортације. Видети, *Moustaquim v Belgium*, пред. бр. 12313/86, пресуда од 18. фебруара 1991. године.

У случају *Üner против Холандије*,¹⁰⁷⁶ ЕСЉП је навео да подносилац има чврсте везе са домаћом државом: живео је скоро цео свој живот у Холандији, има супругу и једно дете, шира породица подносиоца живела је у Холандији. Са друге стране, ЕСЉП не прихвата да је подносилац проводио тако мало времена у Турској да он више нема никакве социјалне, језичке и културне везе у тој држави. Почињена кривична дела, уз насилну историју, показују да подносилац има склоности ка криминалним активностима. У време депортације подносиоца, деца су још увек била у адаптабилном добу. Поседовање холандског држављанства, уколико деца одлуче да оду са оцем, није их спречавало да се врате у Холандију. Узимајући у обзир озбиљност почињених дела и ограничење забране уласка на десет година, ЕСЉП није нашао да је повређено право на поштовање породичног живота.¹⁰⁷⁷

Чврстина веза учиниоца са државом порекла и могућност да се породица, посебно дете, адаптирају на прилике у држави порекла не повлаче повреду права на поштовање породичног живота услед депортације.

У случају *Katanic против Швајцарске*,¹⁰⁷⁸ ЕСЉП је утврдио да је мера депортације довела до мешања у породични живот подносиоца, али да је с обзиром на извршена кривична дела, она била у складу са законом. ЕСЉП је

¹⁰⁷⁶ *Üner v Netherlands*, представка број 46410/99, пресуда од 18. октобра 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1969. године, који је у Холандију дошао 1981. године са мајком и два брата у циљу придруживања оцу који се већ налазио у тој држави. Подносилац је 1988. године добио сталну боравишну дозволу, а 1991. године отпочео заједнички живот са холандском држављанком са којом је добио дете. Подносилац се одселио 1992. из породичног дома али је остао у блиском контакту са супругом и дететом. Две године касније, подносилац је осуђен за напад и убиство без умишљаја на седам година затвора. Претходно је подносилац већ био осуђиван за насилне прекршаје. Друго дете подносиоца рођено је 1996. године. Оба детета стекла су холандско држављанство и подносилац их је признао. Супруга и деца су једном недељно посећивали подносиоца у затвору. Ни супруга ни деца нису говорили турски језик. Домаће власти су 1997. године повукле дозволу боравка подносиоца и донеле одлуку о депортацији и забрани уласка у државу у трајању од 10 година. Подносилац је депортован у Турску 1998. године. Подносилац се жалио да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁷⁷ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, стр. 420.

¹⁰⁷⁸ *Katanic v Switzerland*, пред. бр. 54271/00, пресуда од 5. октобра 2000. године. Подносилац представке, држављанин Босне и Херцеговине, дошао је у Швајцарску 1987. године и тамо се оженио са држављанком БиХ. Они су две године касније добили дете. Подносилац је добио инвалидску пензију као последицу незгоде на раду. Он је 1995. године осуђен за превару око осигурања и поседовање оружја на затворску казну и депортацију у трајању од пет година. Подносилац је покушао да добије продужетак боравка, међутим, швајцарски суд је то одбио. Док је био у притвору, подносилац је осуђен и за поседовање наркотика. Подносилац је депортован у земљу порекла у јануару 2000. године. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

закључио да је подносилац задржао везе са земљом порекла и да је више пута посећивао БиХ током одмора. Његова супруга је, такође, држављанка БиХ, тако да упркос стабилном запослењу у Швајцарској нема препрека да се и она врати у БиХ. Њихово дете, тада старо 11 година, сматрано је као подобно да се адаптира на нову средину. Из наведених чињеница, ЕСЈП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Постојање језичких и културних веза, као и породице у држави порекла учиниоца, уз вршење кривичног дела против свог детета, не доводи да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Comert против Данске*,¹⁰⁷⁹ ЕСЈП је утврдио да, иако је подносилац од своје 13. године живео у Данској, да су му супруга и троје деце, као и три брата живели у Данској, он је своје детињство провео у Турској, држави са којом је задржао културне и језичке везе, у коју је путовао током сваког одмора, у којој има мајку и петоро браће и сестара. Накнадно, његов отац и брат су се вратили из Данске у Турску. Породични живот између њега и бивше супруге више не постоји, а породичне везе између њега и два млађа детета су постојале кроз посете деце оцу у Турској. Не постоје докази да је подносилац спречен да и у будућности одржава породични живот са двоје млађе деце на тај начин. Додатно, кривично дело услед којег је подносилац депортован, такве је природе да је његовим чињењем он самостално повредио свој породични живот. У светлу наведених околности, ЕСЈП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Депортација учиниоца, уколико је он рођен у домаћој држави у којој има супругу и децу, а са друге стране, нема никаквих веза са државом порекла, доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁷⁹ *Comert v Denmark*, пред. бр. 14474/03, пресуда од 10. априла 2006. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1967. године, који се преселио из Турске у Данску када је имао 13 година. Он се у Данској оженио турском држављанком са којом је добио двоје деце рођене у Турској, 1987. и 1989. године. Деца и супруга су се 1992. године придружиле подносиоцу у Данској. Њихово треће дете рођено је 1994. године у Данској. Подносилац је 2002. године осуђен за сексуално злостављање најстаријег детета на затворску казну и доживотну депортацију из Данске. Супруга се развела од подносиоца у Данској 2003. године и њој је додељено вршење родитељског права. Подносилац је након пуштања из затвора, 2004. године депортован у Турску. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела до повреде његовог права на поштовање породичног живота.

У случају *Mehemi против Француске*,¹⁰⁸⁰ Суд је истакао да је подносилац имао породичне везе у Француској, да је ожењен француском држављанком са којом има троје деце, да му у Француској живе родитељи, два брата и две сестре, да је рођен, читав живот провео и целокупно образовање стекао у Француској. Стога, одлука о депортацији у земљу са којом није имао никакву повезаност довела је до мешања у његов породични живот. Са друге стране, од тренутка подношења захтева за повратак у Француску до отпочињања решавања захтева, не може се сматрати да је дошло до протекла значајног периода времена нити да су постојала непотребна одлагања. Чињеница да је подносилац имао децу и супругу у Француској и да је трајна депортација довела до престанка успостављеног породичног живота, навела је ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.

Јачина породичних веза у домаћој држави и немогућност адаптације деце учиниоца у државу његовог порекла, повлаче да је депортација довела до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Omojudi против Уједињеног Краљевства*,¹⁰⁸¹ ЕСЉП је навео да се може разматрати само криминална активност подносиоца после одлуке о трајном боравку подносиоца из 2005. године, с обзиром на то да су домаће власти знале за претходну криминалну прошлост подносиоца. На основу тога, не може се тврдити да је подносилац сексуални преступник, имајући у виду да сексуално

¹⁰⁸⁰ *Mehemi v France*, пред. бр. 53470/99, пресуда од 10. априла 2003. године. Подносилац је алжирски држављанин, рођен 1962. године у Француској, где се оженио 1986. године француском држављанком са којом има троје деце. Он је 1991. године осуђен за кривично дело трговине наркотицима на шест година затвора и трајну депортацију. Његова жалба на ову одлуку је одбијена и он је депортован у фебруару 1995. године. Након тога, он се поново жалио на одлуку о трајној депортацији, а суд је на основу жалбе смањио депортацију на период од десет година. У новембру 1997. године, Министарство спољних послова донело је одлуку да поносилац може одмах да се врати у Француску. Њему је дата привремена виза и обавезан је да се јавља два пута месечно у локалну полицијску станицу. Подносилац се жалио да је његова депортација проузроковала повреду права на поштовање породичног живота. Видети и *Sayoud v France*, пред. бр. 70456/01, пресуда од 7. децембра 2006. године.

¹⁰⁸¹ *Omojudi v United Kingdom*, пред. бр. 1820/08, пресуда од 24. новембра 2009. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је 1982. године, као двадесетдогодишњак, дошао у Уједињено Краљевство. Он се оженио британском држављанком и добио троје деце. Његов најстарији син добио је дете рођено у Уједињеном Краљевству. Подносилац је 1989. године осуђен на четири године затвора за кривично дело преваре. Подносилац је, ипак, и поред осуде, 2005. године добио трајну дозволу боравка. Он је затим 2006. године осуђен на 15 месеци затвора за сексуално узнемиравање. Том приликом суд није одредио меру депортације, али су извршне власти донеле одлуку о депортацији са позивањем на превенцију криминала, нереда и заштиту здравља и морала. Подносилац је депортован у Нигерију у априлу 2008. године. Подносилац се жалио да је мера депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

узнемиравање, у спектру сексуалних преступа, није међу тежим делима. ЕСЉП је имао у виду стабилност породичних веза подносиоца у Уједињеном Краљевству и тешкоће са којима би се породица суочила повратком у Нигерију. Сва деца подносиоца су трајно живела у породици, као једној целини, до депортације оца, а двоје млађе деце је рођено у Уједињеном Краљевству и нису у адаптабилном добу, тако да би искусили значајне тешкоће ако би се преселили у Нигерију. Најстарије дете подносиоца има двогодишњу ћерку рођену у Уједињеном Краљевству и за њих би, такође, било немогуће да се преселе у Нигерију. Јачина породичних веза подносиоца са домаћом државом, његова дужина боравка и тешкоће са којима би се суочила деца у Нигерији, били су аргументи да ЕСЉП утврди да је депорација довела до повреде права на поштовање породичног живота.¹⁰⁸²

3.4. Измена околности на страни учиниоца након извршења кривичног дела

Измена одлуке о трајној депортацији на депортацију у трајању од десет година, уколико се учинилац након извршеног дела социјализовао, запослио и засновао сопствену породицу, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Emre против Швајцарске*,¹⁰⁸³ ЕСЉП је, најпре, установио да домаћи суд умањењем депортације на период од десет година, уместо укидања, није у потпуности прихватио наводе у пресуди ЕСЉП из 2008. године. ЕСЉП је поновио да домаћи суд при процени потребе депортације у односу на јавни

¹⁰⁸² Члан 8. ЕКЉП довео је до повећања права имиграната да им се супружници придруже у Уједињеном Краљевству, посебно након 1998. године и доношења Закона о људским правима, Н. Wray, *Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home*, Ashgate- Surrey, 2011, стр. 141.

¹⁰⁸³ *Emre v Switzerland*, пред. бр. 5056/10, пресуда од 11. октобра 2011. године. Подносилац је турски држављанин, рођен 1980. године, који је 1986. године дошао у Швајцарску са својим родитељима. На основу многих кривичних дела почињених између 1994. и 2000. године, подносилац је 2003. године осуђен на трајну депортацију из Швајцарске. Одлуку о депортацији потврдио је Савезни суд. Подносилац је 2004. године поднео представку ЕСЉП (пред. бр. 42034/04) који је у мају 2008. године утврдио повреду члана 8. ЕКЉП. На основу те пресуде ЕСЉП, Савезни суд је на захтев подносиоца ограничио период депортације на десет година. Након што се 2009. године оженио са немачком држављанком и стекао немачку дозволу боравка, подносилац је захтевао да се укине мера депортације да би могао да живи у Швајцарској. Његов захтев је одбијен. Подносилац се жалио да је одлука швајцарских власти о продужењу депортације довела до повреде права на поштовање породичног живота.

интерес треба да размотри следеће околности: природу почињених прекршаја, озбиљност изречених санкција, временски период у коме је подносилац живео у Швајцарској, време које је протекло од учињених прекршаја до изрицања мера, понашање подносиоца током тог периода, јачину социјалних, културних и породичних веза подносиоца са домаћом државом, као и државом порекла, околности случаја попут здравствених проблема подносиоца.¹⁰⁸⁴ Депортација подносиоца у периоду од десет година није била пропорционална природи почињених дела која се могу окарактерисати као грешке из младости у потпуности схваћене од стране подносиоца. ЕСЉП прихвата да се подносилац након почињених дела понашао одговорно, налазио се у легалним токовима, додатно то легитимишући заснивањем своје породице. ЕСЉП, стога, наводи да потпуно и тренутно повлачење мере о депортацији подносиоца представља поштовање одлуке ЕСЉП из 2008. године. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Одсуство понављања кривичног дела након издржане казне учиниоца, као и његова успешна социјализација, повлаче да је одлука о депортацији противна члану 8. Конвенције и праву на поштовање породичног живота.

У случају *А. А. против Уједињеног Краљевства*,¹⁰⁸⁵ ЕСЉП је навео да се питање депортације малолетне особе која још није основала своју породицу, а створила је породични живот са својом мајком, тиче, не само права на поштовање породичног живота, већ и његовог права на поштовање приватног живота. Домаће власти су при процени одлуке о депортацији узеле у обзир релевантне околности,

¹⁰⁸⁴ Тако и Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 399. Истиче се да је ова пресуда занимљива стога што се подносилац два пута обратио ЕСЉП и оба пута добио спор. Први пут услед повреде права на поштовање породичног живота, а други пут услед незадовољства на начин на који је домаћа држава спровела одлуку ЕСЉП.

¹⁰⁸⁵ *A. A. v United Kingdom*, пред. бр. 8000/08, пресуда од 20. септембра 2011. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је са својих тринаест година, 2000. године, дошао у Уједињено Краљевство да се придружи мајци. Он је две године касније осуђен на четири године затвора за силовање тринаестогодишње девојчице. Подносилац је 2004. године пуштен условно, услед доброг владања и примерног понашања у затвору. Мера депортације, изречена приликом осуде на затворску казну, најпре је повучена, да би на поновном претресу имиграционог суда поново била активирана. У међувремену, након изласка из затвора, подносилац је наставио са образовањем, дипломирао на факултетеу и чак стекао диплому мастера. Он се запослио у локалним органима власти и наставио да живи са мајком, држављанком Уједињеног Краљевства. У септембру 2010. године подносилац је обавештен да су имиграционе власти одлучиле да спроведу депортацију. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

попут озбиљности кривичног дела и узраста подносиоца. Последња одлука о депортацији подносиоца датира из 2007. године и након тога није вршена даља процена околности. ЕСЈП примећује да у периоду од пуштања на слободу подносилац није учинио ново кривично дело, ризик од поновљеног вршења дела процењен је као низак, искоришћена је могућност образовања у затвору, настављено је образовање по напуштању затвора и стечено је стабилно запослење.¹⁰⁸⁶ Домаће власти нису навеле постојање нити једног ризика по јавни поредак на страни подносиоца у периоду од седам година од учињеног кривичног дела. Примерно поначање подносиоца, повећани напор да се рехабилитује и реинтегрише у друштво, говоре против става домаћих власти да се основано може очекивати да подносилац узрокује неред и да се поново укључи у криминалне активности. На основу тога, ЕСЈП је сматрао да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота. Суд је у оба случаја поступио идентично као и у случају *Udeh против Швајцарске*, са чиме смо потпуно сагласни, и нашао да понашање након извршеног дела уз постојање јаких веза са домаћом државом повлаче да је депортација повредила право подносиоца.

4. Кршење имиграционих правила

4.1. Губитак дозволе боравка

Немогућност одвијања контакта између детета и родитеља, и поред несавесности родитеља поводом свог имиграционог статуса, доводи до тога да је одлуком о депортацији повређено право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁸⁶ О томе да се при депортацији особе која има супругу и дете у домаћој држави, узима у обзир запослење и стамбене прилике те особе, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 136.

У случају *Rodrigues da Silva u Hoogkamer против Холандије*,¹⁰⁸⁷ ЕСЉП је констатовао да боравак подносиоце у Холандији ниједног тренутка није био легалан. Спорно питање за ЕСЉП је да ли ускраћивање дозволе боравка онемогућава мајку да развије породични живот са дететом. Истакнуто је да се подносиоца од рођења, заједно са бабом и дедом детета по оцу, старала о детету, с тим да је отац имао споредну улогу у одгајању детета. Депортација подносиоце у Бразил учинила би немогућим одржавање контакта између мајке и детета. Боравак подносиоце у домаћој држави није био легалан и она у периоду од три године није покушала да свој статус учини законитим. Њен статус могао би постати легалан да је веза са оцем трајала непрекидно између 1994. и 1997. године. Ипак, утицај депортације на обављање родитељске функције мајке и немогућност одвијања контакта са дететом, уз уважавање најбољег интереса детета да мајка буде поред њега, довели су до закључка да економско благостање државе не може имати превагу над правом подносиоце да развија породични живот са дететом у земљи рођења детета. Утврђена је повреда права на поштовање породичног живота.

Постојање чврстих културних и социјалних веза са домаћом државом, толерисање нелегалног имиграционог статуса у дужем временском периоду од стране домаћих власти и интереси деце да одржавају личне односе са родитељем, представљају изузетне околности које надилазе несавесност родитеља поводом свог имиграционог статуса. У том случају депортација доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁸⁷ *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v Netherlands*, пред. бр. 50435/99, пресуда од 31. јануара 2006. године. Подносиоци су мајка и дете. Мајка, бразилска држављанка, дошла је у Холандију 1994. године и почела заједнички живот са холандским држављанином са којим је добила дете 1996. године. Пар се развео 1997. године и родитељско право је додељено оцу. Ова одлука је поништена од стране Врховног суда и предмет је враћен на поновно суђење. Мајка је 1997. године тражила продужење дозволе боравка, али је њен захтев одбијен 1998. године, са образложењем домаћих власти да је она радила илегално и да није плаћала порезе и доприносе за социјално осигурање. Донета је одлука о њеној депортацији уз наводе да су економски интереси државе имали претежнији утицај од права подносиоце да борави у Холандији. У јулу 1999. године, суд је донео одлуку да отац врши родитељско право и да би било трауматично по развој детета да се оно одсели из Холандије са мајком и буде одвојено од оца и његових родитеља са којима је живело. Подносиоца се жалила на ову одлуку 2002. године, али је њена жалба одбијена. Подносиоца се жалила да је одлука о њеној депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Jeunesse против Холандије*,¹⁰⁸⁸ ЕСЈП је на основу своје претходне праксе подвукао, да у случају настанка породичног живота у тренутку када је члан породице био свестан да његов имиграциони статус повлачи несавесност породичног живота *ab initio*, депортација ће бити противна члану 8. Конвенције само уз постојање изузетних околности. Боравак подносиоца је био противправан од самог почетка - од тренутка истека туристичке визе. Стога, она је била свесна свог статуса. Са друге стране, она није имала кривични досије, сви чланови њене породице били су домаћи држављани и створили су породични живот у Холандији, њена адреса је била позната домаћим властима током 16 година илегалног боравака који је толерисан. Тако дуг временски период довео је до формирања чврстих породичних, културних и социјалних веза са домаћом државом. Депортација подносиоца довела би до великих тешкоћа за целу породицу. Посебно се нису уважили интереси деце у светлу одбијања боравишне дозволе за њихову мајку. Сви наведени разлози могу се сматрати изузетним околностима, што је навело Суд да констатује повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Zakayev и Safanova против Русије*,¹⁰⁸⁹ ЕСЈП је констатовао недовољно уважавање чињенице негативног утицаја депортације на породични живот родитеља и њихове деце. Законит брак родитеља у трајању од 10 година, постојање чврстих веза између деце и оца и одсуство тежине извршеног дела довело је до утврђивања повреде права на поштовање породичног живота.

4.2. Престанак брака

Постојање личног односа детета и родитеља и интерес да дете одржава контакт са родитељем који не врши родитељско право, налажу да депортација

¹⁰⁸⁸ *Jeunesse v Netherlands*, пред. бр. 12738/10, пресуда од 3. октобра 2014. године. Подносиоца је држављанка Суринама, рођена 1967. године, која је дошла у Холандију 1997. године са туристичком визом. Она је закључила брак са холандским држављанином 1999. године и добила троје деце рођене 2000., 2005. и 2010. године, која су аутоматски стекла домаће држављанство. Након што је истекла виза, подносиоца се обраћала неколико пута да добије дозволу боравака али је њен захтев увек одбијан. Током 2010. године она је била четири месеца у притвору чекајући да буде депортована. До депортације није дошло услед трудноће подносиоца. Подносиоца се жалила да је одбијање издавања дозволе боравака повредило њено право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁸⁹ *Zakayev and Safanova v. Russia*, пред. бр. 11870/03, пресуда од 11. фебруара 2010. године.

родитеља услед престанка брака и губитка радне дозволе представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Berrehab против Холандије*,¹⁰⁹⁰ ЕСЉП је истакао да Конвенција, у принципу, не забрањује државама да регулишу улазак и дужину боравка страних држављана. Међутим, предузете мере треба да одражавају социјалну потребу државе и да буду пропорционалне циљу ради кога се предузимају. Суд је, даље, навео да се породични живот не гаси ако деца и родитељи више не живе заједно. Заједнички живот детета и родитеља није *conditio sine qua non* породичног живота.¹⁰⁹¹ Међутим, у овом случају дете је развило емотивну везу са оцем, тако да одлука холандских власти није била неопходна у демократском друштву. Битан аспект ове, али и других одлука ЕСЉП у погледу депортације, односи се на постојање криминалне активности члана породице који се депортује. Уколико је лице учествовало у криминалним активностима, то би могло да надвлада разлоге повреде већ успостављеног породичног живота тог лица и другог члана породице. Значај *Berrehaba* огледа се у успостављању принципа да брак није искључива форма за постојање породичног живота. Млађи узраст детета и потреба да оно остане у контакту са оцем утицали су да се утврди повреда права на поштовање породичног живота подносиоца.¹⁰⁹²

Депортација услед престанка брака и губитка дозволе боравка онемогућава родитеља да одржава личне односе са дететом, што доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁹⁰ *Berrehab v Netherlands*, пред. бр. 10730/84, пресуда од 21. јуна 1988. године. Подносилац је држављанин Марока рођен 1952. године, отац детета рођеног 1979. године. Он је протеран из Холандије 1984. године након што је 1979. године дошло до развода брака са мајком детета, држављанком Холандије, и немогућности продужења радне дозволе. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији довела је до тога да породични живот оца са својим дететом буде прекинут - што је за последицу имало повреду права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁹¹ H. Swindells, A. Neaves, M. Kushner, R. Skilbeck, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999, стр. 44.

¹⁰⁹² C. Forder, *Family Rights and Immigration Law: a European Perspective*, *Irish Journal of Family Law*, 4/2003, Dublin, стр. 6; B. Hale, *Families and the Law: The Forgotten International Dimension*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 21, No. 1, 2009, Bristol, стр. 415; B. Verschraegen, "Family Members", the Right to Family Life, and Family Reunification, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 938; G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998, стр. 105.

У случају *Ciliz против Холандије*,¹⁰⁹³ ЕСЉП је, најпре, истакао да породични живот постоји између родитеља и детета рођеног у браку и да породични живот између њих не престаје разводом брака или фактичким раздвајањем родитеља. Догађаји након развода брака немају карактер изузетних околности које би довеле до престанка породичне везе родитеља и детета која представља породични живот. Домаће власти имају обавезу да омогуће одвијање породичног живота детета и родитеља након развода брака, тако да је мера депортације довела до онемогућавања одвијања породичног живота и самим тим до мешања у исти. Иако је мера депортације била у складу са домаћим правом и економским благостањем државе, таква одлука утицала је на поступак одређивања права на контакт, посебно уважавајући чињеницу да депортацијом подносилац више није могао да (активно) утиче на лични однос са дететом. Депортација је утицала да протеклом времена, *de facto*, дође до немогућности одређивања права на контакт. Наведеним радњама држава није деловала у правцу развијања породичних веза, већ умањења, што је довело до повреде права на поштовање породичног живота.

4.3. Претња по националну безбедност

Несаслушање особе поводом одлуке о депортацији и прекидању породичног живота са супругом и децом представља повреду члана 8. Конвенције. Одлука о депортацији треба да буде предмет преиспитивања искључиво у судском поступку.

¹⁰⁹³ *Ciliz v Netherlands*, пред. бр. 29192/95, пресуда од 11. јула 2000. године. Подносилац је турски држављанин који се доселио у Холандију 1988. године, где је исте године закључио брак са турском држављанком. Супружници су добили дете 1990. године и развели се 1991. године. Услед развода брака, подносилац је изгубио право да борави у Холандији. Подносилац је накнадно успео да продужи боравак на основу радне дозволе. Он је поднео захтев суду да му се додели право на контакт са дететом, што је суд одбио, али је подржао одвијање неформалног облика контакта који је већ постојао између њега и детета. Подносилац се жалио на наведену одлуку суда и поново тражио омогућавање права на контакт. Међутим, пре доношења одлуке, он је 1995. године депортован. Апелациони суд је у мају 1998. године, без присуства подносиоца, одбио његово право на контакт са дететом, имајући у виду протекло време у ком подносилац није видео дете. Накнадно, подносилац је дошао у Холандију и поднео захтев у коме је поново тражио право на контакт са дететом, што је суд још једном одбио. Подносилац се жалио да је одлука домаћих власти о његовој депортацији и каснијем одбијању права на контакт са дететом, проузроковала повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *C. G. и други против Бугарске*,¹⁰⁹⁴ ЕСЈП је нашао да је подносилац законито боравио у Бугарској до депортације 2005. године. Одлука о депортацији довела је до мешања у његов породични живот. Након депортације он је само неколико пута на кратко време могао да види супругу и децу. ЕСЈП је навео, да чак и када је национална безбедност у питању, мера депортације треба да подлеже судској процени и да доведе до омогућавања саслушања особе која се депортује. Депортација је у целости заснована на тајној информацији о праћењу тако да подносиоцу није дата могућност да пружи адекватне доказе у своју одбрану, нити да буде саслушан. Овакве норме домаћег права не пружају ни минимум стандарда које гарантује члан 8. ЕКЉП. У случају подносиоца није утврђено да ли је мера тајног праћења била у складу са законом. На основу утврђеног стања, ЕСЈП је нашао да је било повреде права на поштовање породичног живота.

Пропуст навођења разлога за депортацију, уз немогућност адаптације деце и успостављања породичног живота у држави порекла, повлаче да је одлука о депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Liu и Liu против Русије*,¹⁰⁹⁵ ЕСЈП је навео да однос подносиоца са супругом и децом представља породични живот и да је, стога, мера домаћих

¹⁰⁹⁴ *C. G. and others v Bulgaria*, пред. бр. 1365/07, пресуда од 24. априла 2008. године. Подносилац је турски држављанин који се 1992. године доселио у Бугарску где је закључио брак и добио дете. Он је добио сталну дозволу боравка, али је 2005. године дозвола поништена и наређена је његова депортација, с обзиром на то да је нађено да он представља опасност по националну безбедност. У јуну 2005. године подносилац је притворен и одмах затим депортован у Турску, без могућности да контактира са супругом и дететом. Он се накнадно сусрео неколико пута са породицом у Турској. Жалба подносиоца на одлуку о депортацији је одбијена, а у судском поступку је утврђено да је на основу тајног праћења установљено да је подносилац био умешан у продају наркотика. На основу тога, суд је одбио да врши даљу истрагу и разматра доказе подносиоца. Подносилац се жалио да је депортација повредила његово право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁹⁵ *Liu and Liu v Russia*, пред. бр. 42086/05, пресуда од 6. децембра 2007. године. Подносиоци су супружници, супруг кинеског и супруга руског држављанства, рођени 1968. и 1973. године. Подносилац је дошао у Русију 1994. године и исте године закључио брак. Супруга и двоје деце, рођене 1996. и 1999. године, целог живота су живели у Русији. Након што му је истекла виза, супруг је 1996. године депортован у Кину. Он је 2001. године добио радну дозволу. Супруг је на основу радне дозволе боравио у Русији до 2003. године. Он је 2002. године тражио дозволу боравка али је његов захтев одбијен без образложења. У новембру 2004. године, руски суд је нашао да супруг представља претњу по националну безбедност али је ту чињеницу чувао у тајности. У марту 2005. године, нов захтев супруга је одбијен од стране Министарства унутрашњих послова. Између 2003. и 2005. године супруг је више пута кажњаван за непоседовање потребних боравишних дозвола. У новембру 2005. године подносилац је притворен и започет је поступак његове депортације. Месец дана касније, он је пуштен услед недостатка образложења за продужење притвора. У децембру 2006. године подносилац је поново притворен у сврху депортације, али са истим исходом као пре годину дана - услед недостатка разлога је пуштен. Након тога, он је наставио да живи у Русији са породицом. Подносилац се жалио да је одлука о његовој депортацији довела до повреде права на поштовање породичног живота.

власти да му не омогући дозволу боравака представљала мешање у породични живот. Домаћи судови нису били у позицији да процене оправданост захтева подносиоца, с обзиром на то да је постојао елемент тајности информација. И поред неопходности чувања тајности информација, постојали су начини да се обезбеди поштовање процедуре, а да се не наруши тајност одређених информација. Пропуст да се судовима пружи увид у тајне информације довео је до немогућности да се процени да ли подносилац представља опасност по националну безбедност. Тиме је судска процена сужена, а знатно проширена дискрециона оцена извршних власти, конкретно Министарства унутрашњих послова. Одредбе домаћег права давале су могућност да се страном држављанину, без навођења разлога саслушања, ускрати боравак у држави само на основу оцене да представља опасност по националну безбедност. Домаће право паралелно је предвиђало две процедуре – једну, у којој је било судског процеса, и другу, у којој је на основу одлуке извршних органа долазило до депортације без било какве процене или поступка неког органа.¹⁰⁹⁶ Избор процедуре био је ствар дискреционе оцене извршних власти. ЕСЉП је утврдио да су дужина трајања брака и породичног живота са децом у Русији, тешкоћа успостављања породичног живота у Кини, рођење и боравак деце током целог живота у Русији, немогућност адаптације деце на нове прилике услед одсуства адаптабилног доба, довели до повреде члана 8. ЕКЉП.

¹⁰⁹⁶ D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, C. Buckley, C. Warbrick, U. Kilkely, P. Cumber, Y. Arai, H. Lardy, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, стр. 406.

У случају *Musa и други против Бугарске*,¹⁰⁹⁷ ЕСЈП је навео да у случајевима депортације на основу домаћег закона из 1998. године нису испуњени критеријуми законитости, с обзиром на то да нису постојали основи за искључење арбитрности. Ситуације када се одлучује о депортацији и основним људским правима налажу да се поштује принцип законитости, имајући у виду неограничено поље слободне процене домаћих извршних власти и неодређен појам јавне безбедности. Мешање у породични живот подносиоца није било у складу са законом и дошло је до повреде права на поштовање породичног живота.

4.4. Губитак држављанства

У случајевима депортације особа које су остале без држављанства услед дезинтеграције савезних држава, ЕСЈП сматра да чињеница непоседовања домаћег држављанства оправдава одлуку домаћих власти да изврше депортацију породице или неких њених чланова. Стога, депортација држављана који услед распада државе остају без држављанства не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

¹⁰⁹⁷ *Musa and others v Bulgaria*, пред. бр. 61259/00, пресуда од 11. јануара 2007. године. Први подносилац је авганистански држављанин, рођен 1974. године, а остали подносиоци су његова супруга и троје деце. Подносилац је дошао 1998. године у Бугарску да студира и након завршетка студија напустио је земљу. Међутим, он се поново вратио у Бугарску 2004. године, закључио брак и добио трајну дозволу боравка. Бавио се хуманитарним радом, материјално помагао муслимане у Бугарској и постао председник једне компаније. Њему је укинута дозвола сталног боравка, на основу Закона из 1998. године и образложења да његова активност угрожава јавну безбедност државе. О разлозима ускраћивања дозволе подносилац није обавештен, нити је имао право на жалбу, а био је дужан да напусти државу у року од 10 дана. Подносилац се жалио суду, Министарству правде, Председнику Бугарске али су све његове жалбе одбијене. Подносилац је 2006. године ухапшен и депортован. Он се са супругом и децом неколико пута сусрео у Турској и Јордану. Подносилац се жалио да је одлуком о његовој депортацији онемогућен да одржава породичне односе са супругом и децом те да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота. Видети и случајеве *Al-Nashif v Bulgaria*, пред. бр. 50963/99, пресуда од 20. јуна 2002. године; *Hasan v Bulgaria*, пред. бр. 54323/00, пресуда од 14. јуна 2007. године; *Bashir and Others v. Bulgaria*, пред. бр. 65028/01, пресуда од 14. јуна 2007. године; *I. R. and G. T. v United Kingdom*, пред. бр. 14876/12 и 63339/12, пресуда од 28. јануара 2014. године.

У случају *Shevanova против Литваније*,¹⁰⁹⁸ Суд је констатовао, када је реч о изреченој мери депортације, да је од тренутка изрицања мере до тренутка притварања, подносиатељка била у стању неизвесности и правне несигурности поводом боравка у домаћој држави. Међутим, такво стање је резултат понашања подносиатељке која је крила чињеницу да поседује руски пасош и на тај начин покушала да сакрије поседовање другог држављанства. На основу поседовања руског пасоша она је могла да стекне дозволу боравка у Литванији, што је пропустила да учини. ЕСЈП је истакао да ризик од депортације више не постоји од 2005. године када су домаће власти одлучиле да дају трајну дозволу боравка, на који начин је подносиатељки омогућено, да на основу члана 8. Конвенције, слободно развија приватни и породични живот у домаћој држави. Суд није даље одлучивао о повреди.

У случају *Sisojeva и други против Литваније*,¹⁰⁹⁹ Суд је истакао да је заштита права из Конвенције супсидијарна у односу на заштиту људских права у оквиру националних система, па тако и у области имиграционог права. Члан 8. не гарантује право на избор одређене врсте дозволе боравка, када домаћа правила предвиђају постојање неколико типова дозволе боравка. Чињеница да су подносиоци поседовали и руски и литвански пасош, сведочи да су они били

¹⁰⁹⁸ *Shevanova v Latvia*, пред. бр. 58822/00, пресуда од 28. фебруара 2002. године. Подносиатељка је руска држављанка која се населила у Литванији 1970. године, удала и добила дете 1973. године. Она је 1981. године изгубила пасош СССР, а када се та држава распала 1991. године, постала је лице без држављанства. Она је добила од литванске фирме посао у Русији и 1994. године добила руско држављанство. Након тога, затражила је 1998. године литванско држављанство кријући чињеницу да поседује и руски пасош. Када су литванске власти то откриле, одредиле су њену депортацију и забрану уласка у државу у трајању од пет година. И подносиатељка и њено дете неколико пута су се жалили на такву одлуку литванских власти, истичући да већ 26 година живе заједно у Литванији и да немају породичних веза изван Литваније. Све жалбе, као и неколико додатних жалби подносилаца је одбијено. Подносиатељка је 2001. године притворена с обзиром на то да је радила као илегални имигрант. Недуго затим примљена је у болницу и депортација је одложена. Подносиатељка се жалила да је одлука о депортацији повредила њено право на поштовање породичног живота.

¹⁰⁹⁹ *Sisojeva and others v Latvia*, пред. бр. 60654/00, пресуда од 28. фебруара 2002. године. Подносиоци су брачни пар и њихово дете, породица руског порекла. Супружници су дошли у Литванију 1968. године. Старије дете је рођено у Литванији 1978. године. Отац је био припадник армије СССР. По распаду СССР, 1991. године, они су постали лица без држављанства и поднели су захтев за добијањем трајне дозволе боравка. Када су литванске власти 1995. године откриле да су супружници и једно дете, 1992. године, добили руске пасоше, покренуле су поступак за превару против њих. Подносиоци су поднели жалбе које су одбијене. У априлу 2000. године, литванске власти су донеле одлуку да три члана породице буду депортована, а старијој ћерци, која се у међувремену удала за литванског држављанина, допуштено је да остане уз привремену дозволу боравка. Подносиоци су се жалили да је одлука о депортацији чланова породице повредила њихово право на поштовање породичног живота.

свесни могућности да буду враћени у Русију. Додатно, подносиоци су били свесни да је останак у домаћој држави представљао кршење имиграционих закона, посебно након што су обавештени од стране домаћих власти о нелегалности њиховог боравка. Од тог тренутка се не може сматрати да су подносиоци били у „неизвесној ситуацији“. Када је у питању старија ћерка, Суд наводи да је њој пружена могућност, да као лице без држављанства, добије трајну дозволу боравка и на тај начин развије породични живот у домаћој држави. Што се тиче осталих чланова породице, њима је дозвољено да добију привремене дозволе боравка, а да након истека рока од 5 година захтевају трајну дозволу. ЕСЉП је утврдио да није било повреде права на поштовање породичног живота, с обзиром на то да су мере домаћих власти накнадно омогућиле подносиоцима да развијају свој породични живот у домаћој држави.

4.5. Тражење азила

Притварање породице азиланата ради депортације, уколико не постоји могућност њиховог нестанка, без разматрања примене блажих мера, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Popov против Француске*,¹¹⁰⁰ ЕСЉП је навео да је мера притварања породице представљала мешање у породични живот подносилаца. У поступцима депортације и притварања целокупне породице, треба водити рачуна да су мере пропорционалне циљу који се жели постићи, а посебно се обраћа пажња на најбољи интерес детета. У случају подносилаца није постојала опасност да побегну, стога, одлука о одређивању притвора није била оправдана. Притвор није

¹¹⁰⁰ *Popov v France*, пред. бр. 39472/07 и 39474/07, пресуда од 19. јануара 2012. године. Подносиоци су казахтански држављани, супружници који су у Француску дошли 2002. године. Они су тражили азил уз образложење да су били прогоњени од казахстанских власти зато што припадају православној вери и руског су порекла. Њихов захтев за азилом и боравањем дозволом је одбијен. У августу 2007. године супружници и деца, једно старо пет месеци, а друго три године, ухапшени су у породичном дому и одведени у полицијски притвор. Истог дана одређен је притвор подносилаца у хотелу, а сутрадан су транспортовани на аеродром. Међутим, они нису депортовани у Казахстан услед отказивања лета. Након тога, они су смештени у окружни центар за притвор породица. Донета је мера о продужењу притвора у трајању од две недеље. Иако је породица у септембру исте године поново одведена на аеродром, ни овај покушај депортације није успео. Суд је, наводећи да подносиоци нису криви за немогућност депортације, донео одлуку о њиховом пуштању на слободу. Домаћи орган надлежан за азиланте, нашао је 2009. године да би за подносиоце било опасно да се врате у Казахстан. Подносиоци су се жалили да су одлуке о њиховој депортацији и држању у притвору повредиле право на поштовање породичног живота.

подржан постојањем социјалне потребе за његовим одређивањем, посебно с обзиром на то да боравак подносилаца у хотелу није изазивао никакве проблеме. Домаће власти нису разматрале мање строге мере од административног притвора, попут кућног притвора или боравка у хотелу. Такође, власти нису учиниле све што је у њиховој моћи да хитно изврше депортацију и тако скрате време притвора породице. За разлику од сличног случаја када је мајка са четворо деце држана у притвору, *Muskhadziyeva* и *други против Белгије*,¹¹⁰¹ у светлу промена ставова о најбољем интересу детета у случајевима депортације, ЕСЉП је истакао да у случају притвора деце миграната, најбољи интерес детета се не тумачи само као обавеза да породица буде на окупу, већ да домаће власти учине све што је у њиховој моћи да ограничи притвор породица са малом децом и тако осигурају право на поштовање њиховог породичног живота. Услед недостатка основа да породица може побећи, ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота. Сматрамо да одлучујући критеријум при притварању целокупне породице у циљу депортације треба да буде могућност нестанка породице. Ако таква опасност постоји онда мера притварања не треба да доведе до повреде.

Чврсте везе члана породице са земљом порекла и могућност да се дете адаптира на живот у држави порекла родитеља који је депортован, повлаче да одлука о депортацији услед неодобравања азила, не представља повреду права на поштовање породичног живота у оквиру члана 8. Конвенције.

У случају *Derren Omoregie* и *други против Норвешке*,¹¹⁰² ЕСЉП је стао на становиште да чињеница закључења брака, као ни рођења детета, не даје особи право на дозволу боравка у домаћој држави. За депортацију није потребно ни

¹¹⁰¹ *Muskhadziyeva and others v Belgium*, пред. бр. 41442/07, пресуда од 19. јануара. 2010. године.

¹¹⁰² *Darren Omoregie and others v Norway*, пред. бр. 265/07, пресуда од 31. јула 2008. године. Подносилац је нигеријски држављанин који је 2001. године дошао у Норвешку и затражио азил. Као подносиоци представке појављују се и његова супруга и дете. У марту 2002. године подносилац је почео заједнички живот са норвешком држављанком. Захтев за азилом одбијен је у мају 2002. године. На изјављену жалбу, њему је дата привремена радна дозвола, али је у септембру 2002. године донета одлука да подносилац напусти земљу до краја месеца. У фебруару 2003. године, подносилац је закључио брак са својом партнерком, и на основу тога тражио дозволу боравка, али је његов захтев одбијен. У августу 2003. године донета је одлука о депортацији подносиоца у трајању од пет година, услед незаконитог боравка и рада без дозволе. Ипак, подносилац је наставио да борави у Норвешкој и у септембру 2006. године супружници су добили дете. У марту 2007. године подносилац је депортован у Нигерију. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила његово право на поштовање породичног живота.

постојање озбиљнијег кршења норми норвешког права, већ је довољно само кршење имиграционих норми, имајући у виду слабе везе подносиоца са домаћом државом. Иако ће извесне тешкоће постојати за одвијање породичног живота у Нигерији, ЕСЉП сматра да те тешкоће нису непремостиве.¹¹⁰³ Породичне везе подносиоца са Нигеријом сматране су јачим него његове везе са Норвешком. Интереси детета и поклањање пажње одвијању личних односа детета и родитеља у овом случају нису били од примарног значаја. Даље, ЕСЉП је истакао да ништа не спречава мајку и дете да посете оца у Нигерији, посебно имајући у виду околност да ће оцу бити дозвољен повратак у Норвешку након две године од депортације. ЕСЉП је навео да је подносилац дошао у Норвешку као одрасла особа и да је тек накнадно оформио везе са супругом и дететом. Депортација је била у складу са законом, условљена озбиљним и поновљеним кршењем имиграционих правила. Супружници нису могли основано да очекују да ће подносиоцу бити одобрен боравак у Норвешкој на основу његовог статуса као страног држављанина. Чињеница рођења детета, такође, не даје основа за промену датог тумачења. Везе подносиоца са државом порекла биле су јаке, док је веза са Норвешком била знатно слабија, без обзира на породичне везе које је створио са супругом и дететом током трајања поступка. ЕСЉП је сматрао да дете може да се адаптира на живот у Нигерији, и да, иако супруга може имати извесне тешкоће око насељавања у Нигерији, те тешкоће нису непремостиве природе да није могуће развијање породичног живота у тој држави. То је могуће и путем повремених посета детета и супруге подносиоцу. На основу тога, ЕСЉП је нашао да су се домаће власти кретале у оквиру поља слободне процене и нису повредиле право на поштовање породичног живота.¹¹⁰⁴ Имајући у виду каснију одлуку Суда у случају *Nunez против Норвешке*, никако се не можемо сложити са ставом Суда у овом случају. У случају *Nunez*, утврђена је повреда права услед одлуке да се депортује мајка која је, најпре, вршила кривична дела и услед тога депортована, а потом је са лажним пасошем ушла у домаћу државу пре истека периода на који је

¹¹⁰³ ЕСЉП је у случају *Poku v United Kingdom*, пред. бр. 26895/95, пресуда од 15. маја 1995. године, установио термин "непремостивих препрека" којима би супружници били изложени у случају заједничког живота у другој држави. Тек ако се установи да би наступиле непремостиве препреке, депортација супружника или забрана уласка у домаћу државу довела би до повреде права на поштовање породичног живота. О томе, Н. Wray, *Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home*, Ashgate- Surrey, 2011, стр. 181.

¹¹⁰⁴ С. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights - Commentary* -, München, 2014, стр. 201.

депортована. Тим пре, сматрамо да је у случају *Derren Omoregie*, требало утврдити повреду имајући у виду да је разлог депортације једино неодобравање азила, што се може сматрати мањим кршењем домаћих норми. Такође, подносилац је закључио брак и добио дете чиме су везе са домаћом државом постале чврсте.

5. Најбољи интерес детета код депортације родитеља

У случају када депортација родитеља услед младог узраста деце може узроковати трајан прекид породичног живота између родитеља и детета, таква мера сматра се противном најбољем интересу детета, те представља повреду права на поштовање породичног живота. Као критеријум при процени повреде најбољег интереса детета узима се блискост између родитеља и детета и вршење родитељског права.

У случају *Nunez против Норвешке*,¹¹⁰⁵ ЕСЈП је навео да у случајевима где је породични живот створен противправним стицањем статуса имиграната, потребно је да постоје нарочито оправдани разлози да депортација буде противна члану 8. ЕКЉП. ЕСЈП је нашао да у овом случају треба имати у виду тежак прекршај имиграционих правила, кршење забране уласка, давање лажних података за стицање дозволе боравка и запослења, као и претходно извршена кривична дела. Противзаконит улазак у државу није могао да буде окончан легалним останком у држави. Нађено је да су постојале јаке везе подносиатељке са државом порекла. Поред наведених околности, ЕСЈП посебну пажњу указује на

¹¹⁰⁵ *Nunez v Norway*, пред. бр. 55597/09, пресуда од 28. јуна 2011. године. Подносиатељка је држављанка Доминиканске Републике, рођена 1975. године, која је дошла у Норвешку 1996. године као туриста. Након што је извршила кривично дело, она је депортована из Норвешке 1996. године. Њој је забрањен улазак у државу две године. Четири месеца након депортације, она је под лажним идентитетом дошла у Норвешку и удала се за норвешког држављанина. Наставила је противправно да борави и ради на основу лажне исправе. Након развода од супруга 2001. године, подносиатељка је започела заједнички живот са досељеним страним држављанином са којим је добила два детета, 2002. и 2003. године. У априлу 2005. године домаће власти, упознате са чињеницом да подносиатељка од 2001. године противправно борави у Норвешкој, донеле су одлуку о депортацији и двогодишњој забрани уласка. Жалба подносиатељке је одбијена. Након престанка заједнице живота са оцем своје деце, подносиатељка је, најпре, добила вршење родитељског права у октобру 2005. године, али је након мишљења суда да постоји мала вероватноћа да се не изврши одлука о депортацији, вршење родитељског права у мају 2007. године додељено оцу. Подносиатељки је признато право на контакт. Она је депортована у Доминиканску Републику. Подносиатељка се жалила да је одлука о њеној депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

најбољи интерес деце. Подносиатеља се примарно старала о деци све до маја 2007. године, када је услед одлуке о депортацији, вршење родитељског права додељено оцу. У случају депортације мајке, деца која су провела целокупан живот у Норвешкој могу да наставе свој живот са оцем. У периоду од две године, колико је одређено трајање мере депортације мајке, посебно узимајући њихов млађи узраст, на децу стресно утиче реална могућност да се мајка ни након две године не врати у Норвешку. Имајући у виду трајне и блиске везе деце са мајком, као и то да се она бринула о њима, одлука домаћих власти да депортују мајку и не узму у обзир интересе деце није оправдана. ЕСЉП примећује да су домаће власти, иако свесне чињенице противправног боравка мајке још од 2001. године, одредиле депортацију тек 2005. године, што се никако не може тумачити као ефикасна и брза примена имиграционих правила. ЕСЉП подвлачи да у светлу изузетних околности није дат довољан значај најбољем интересу деце, посебно кроз останак подносиатеље уз њих. ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Nolan и К. против Русије*,¹¹⁰⁶ ЕСЉП је навео да је дете у време депортације било старо само 10 месеци, што је имплицирало неопходност одржавања заједничког породичног живота између детета и подносиоца. Посебну тежину за повреду принципа најбољег интереса детета имала је чињеница да је отац самостално вршио родитељско право. Најбољи интерес детета повезан са узрастом детета, поново је у овом случају добио примат у односу на норме домаће државе о заштити јавног поретка и националне безбедности. Утврђена је повреда члана 8. Конвенције.

¹¹⁰⁶ *Nolan and K. v. Russia*, пред. бр. 2512/04, пресуда од 12. фебруара 2009. године. Подносилац је амерички држављанин рођен 1967. године. Подносилац је припадник религиозне секте. Он је дошао 1994. године у Русију ради оснивања секте у тој држави. Након што је подносилац закључио брак, он и супруга добили су дете у јулу 2001. године. У октобру 2001. године подносилац се развео и њему је додељено самостално вршење родитељског права. У јуну 2002. године, након доласка на аеродром у Русију, њему није дозвољен улазак и депортован је из Русије из разлога националне безбедности, док је дете остало у Русији. Дете је тек након десет месеци од депортације отишло код оца у Украјину. Подносилац се жалио да је одлука о његовој депортацији повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Jakupović против Аустрије*,¹¹⁰⁷ ЕСЉП је навео да на основу Конвенције, не постоји право страног држављанина да се насели у домаћој држави. Са друге стране, депортација члана породице из државе у којој се налазе чланови његове породице представља мешање у његов породични живот. Право је домаћих власти да контролишу, у складу са својим јавним поретком, улазак и депортацију страних држављана, посебно уколико они изврше кривична дела. Иако је констатовано да је подносилац имао снажне везе са државом порекла (похађао је тамо школу и дошао у Аустрију са 11 година), да је целокупна његова породица била у Аустрији (осим оца који остао у БиХ, али са којим подносилац није имао контакт још од 1988. године), депортација детета значила би прекид права на поштовање породичног живота са свим члановима породице. Стога, ЕСЉП сматра да је неопходно да постоје нарочито оправдане околности да се малолетно дете од 16 година депортује у државу у којој нема нити једног сродника и у којој је до скоро било ратних сукоба. Када је реч о вршењу кривичних дела, ЕСЉП налази да кривично дело провале није нарочито опасно дело, с обзиром на то да не садржи елемент насиља. Из наведених разлога ЕСЉП је нашао повреду члана члана 8. Конвенције.¹¹⁰⁸

Овај случај је специфичан имајући у виду да се у највећем броју случајева депортације страних држављана радило о одраслим особама (родитељима), којима се услед извршења кривичних дела изриче мера депортације. Определили смо се да овај случај буде у делу о најбољем интересу детета и депортацији, с обзиром на то да је подносилац дете и да је најбољи интерес детета био одлучујући услов да ЕСЉП утврди повреду.

¹¹⁰⁷ *Jakupovic v Austria*, пред. бр. 36757/97, пресуда од 15. новембра 2001. године. Подносилац је држављанин Босне и Херцеговине, рођен 1979. године. Он је дошао 1991. године у Аустрију са својим братом код мајке која се претходно настанила у тој држави. Мајка је касније добила још двоје деце у браку са другим мушкарцем. У јануару 1994. године подносилац је оптужен за провалу. Оптужбе су касније одбачене а он је обавезан да плати накнаду штете. У мају 1995. године подносилац је оптужен поново, овога пута да је нападао људе апаратом за електрошок. Он је касније осуђен на пет месеци затвора, условно три године, као и депортацију у трајању од десет година. Подносилац се жалио на ову одлуку суда, али је његова жалба одбијена. Утврђено је да подносилац представља опасност по јавни интерес и да упркос томе што живи са братом, мајком и две полусестре, треба да напусти Аустрију. Нова жалба је, такође, одбијена и он је у априлу 1997. године депортован у БиХ. Подносилац се жалио да је одлука о депортацији повредила његово право на поштовање породичног живота.

¹¹⁰⁸ Decisions and Reports, European Court of Human Rights, Human Rights Law Journal, Vol. 24, Num. 9-12, December 2003, Kehl am Rhein, стр. 362.

Случајеви *Boutlif против Швајцарске*,¹¹⁰⁹ *Üner против Холандије*,¹¹¹⁰ и *Rodrigues da Silva* и *Hoogkamer против Холандије*¹¹¹¹ пружили су критеријуме које ЕСЉП примењује код теста пропорционалности поводом депортације страних држављана. То су: природа и озбиљност учињеног дела, дужина боравка особе у држави из које треба да буде депортована, дужина временског периода који је прошао од учињеног дела и понашање учиниоца након учињеног дела, националност (држављанство) свих особа на које одлука о депортацији може утицати, породично стање учиниоца (брачно стање, дужина трајања брака), здравствено стање,¹¹¹² савесност супружника у погледу извршења дела у тренутку уласка у породичну заједницу са учиниоцем дела, постојање деце и њихов узраст, најбољи интерес и благостање детета (озбиљност и тешкоће које могу наступити по дете у земљи у коју учинилац треба да буде депортован), озбиљност тешкоћа које могу погодити супружника учиниоца у земљи у коју учинилац треба да буде депортован, степен социјалних, културних и породичних веза са домаћом државом, као и са државом у коју треба да буде депортован, обим прекида породичног живота, савесност учиниоца у погледу кршења имиграционих правила, историја кршења имиграционих правила, могућност поновног спајања породице.¹¹¹³ Међутим, насупротив критеријуму дужине боравка особе у домаћој држави који је некада био на врху лествице, истиче се да ЕСЉП у новије време цени јачину породичних веза и степен киданња породичних веза који изазива депортација.¹¹¹⁴

¹¹⁰⁹ *Boutlif v. Switzerland*, пред. бр. 54273/00, пресуда од 2. августа 2001. године. Видети још пресуде *Alim v Russia* пред. бр. 39417/07, пресуда од 27. септембра 2011. године; *Zakayev i Safanova v. Russia*, пред. бр. 11870/03, пресуда од 11. фебруара 2010. године; *Kamaliyev v. Russia*, пред. бр. 52812/07, пресуда од 28. јуна 2011. године.

¹¹¹⁰ *Üner v. Netherlands*, пред. бр. 46410/99, пресуда од 18. октобра 2006. године.

¹¹¹¹ *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Netherlands*, пред. бр. 50435/99, пресуда од 31. јануара 2006. године.

¹¹¹² C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights - Commentary*-, München, 2014, стр. 230.

¹¹¹³ О пресуди *Boutlif*, C. Forder, *Family Rights and Immigration Law: a European Perspective*, Irish Journal of Family Law, 4/2003, Dublin, стр. 5.

¹¹¹⁴ H. Stalford, *Children and the European Union*, Oxford, 2012, стр. 62.

6. Окупљање породице

6.1. Долазак чланова породице из стране државе у државу пребивалишта породице

6.1.1. Долазак супружника у државу пребивалишта другог супружника

Постојање слабих веза супружника са домаћом државом и непостојање заједничке деце, повлаче да забрана уласка у државу пребивалишта другог супружника не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Shebasov против Летоније*,¹¹¹⁵ Суд је навео да је подносилац држављанин Русије и да је тамо провео цео свој живот, само неколико пута привремено посећујући Летонију. Даље, он није имао децу у Летонији што је снажан индикатор непостојања чврстих породичних веза и породичног живота. Штавише, подносилац је био свестан да у време закључења брака постоји мера забране уласка у Летонију. Према налазу ЕСЉП, Летонија није била једина средина у којој је подносилац могао да ужива нормалан породични живот са својом супругом, посебно с обзиром на то да је церемонија венчања обављена у Русији, а и матерњи језик његове супруге је руски. На основу тога, ЕСЉП је нашао да породични живот између супружника може да се одвија и у Русији. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.

¹¹¹⁵ *Shebasov v Latvia*, пред. бр. 50065/99, пресуда од 9. новембра 2000. године. Подносилац, руски држављанин, посећивао је од 1993. године у Летонији жену са којом је био у емотивној вези, држављанку бившег СССР. Он је 1996. године ухапшен с обзиром на то да је ушао у Летонију без одговарајуће дозволе и изречена му је мера депортације и забране уласка у ову државу у периоду од пет година. Пар је закључио брак 1997. године у Русији. Летонске власти су у међувремену укинуле меру забране уласка подносиоца. Он је током поновног боравка у Летонији затражио трајну дозволу боравка, али су власти то одбиле и поново донеле меру депортације, тако је подносилац поново напустио Летонију. Суд је укинуо овакву меру, са образложењем да супруга као летонска држављанка има право да њен супруг живи заједно са њом. Међутим, виши суд је опозвао ову одлуку и вратио на снагу забрану уласка подносиоца. Подносилац се жалио да је одлука домаћих власти о забрани доласка код супруге повредила право на поштовање породичног живота.

Слично је ЕСЉП одлучио у случају *Biao против Данске*.¹¹¹⁶ ЕСЉП је навео да за разлику од супруга који је имао јаке везе и са домаћом државом и са државом порекла, његова супруга је имала повезаност само са својом државом порекла. Супружницима никада није предочено да ће обоје моћи да добију дозволу боравка у домаћој држави. Одредбе Имиграционог закона донете су 2002. године, пре него што су супружници закључили брак, тако да се они не могу позивати да нису били упознати захтевима из овог закона. Одбијање дозволе боравка супруге није спречавало да супружници развијају породични живот у држави порекла, посебно ценећи изјаву супруга да би уз проналажење плаћеног посла у Гани, он живео у тој држави. Није нађена повреда права на поштовање породичног живота.

Одбијање трајног повратка супружника у државу у којој има целокупну породицу, социјалне и културне везе, где је живео преко двадесет година, а из које је отишао својом вољом, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Hasanbasic против Швајцарске*,¹¹¹⁷ Суд је навео да се овај случај разликује од случаја *Üner, Maslov u Emre*, по томе што су кривични прекршаји били секундарни разлог за одбијање дозволе подносиоцу да се придружи породици. Супружници су, пре одласка супруга, непрекидно живели у домаћој држави четрдесет, односно двадесет три године. У складу са тиме, Швајцарска је била центар њиховог приватног и породичног живота. Супруг је био осуђиван неколико пута за мање преступе, саобраћајне прекршаје и новчане казне, не већег

¹¹¹⁶ *Biao v Denmark*, пред. бр. 38590/10, пресуда од 25. марта 2014. године. Подносилац је супруг, дански држављанин рођен 1971. године, пореклом из Гане, који је од 1993. године непрекидно живео у Данској и 2002. године стекао данско држављанство. Он се оженио 2003. године у Гани држављанком те земље која никада није била у Данској, нити је говорила дански језик. Након закључења брака супруга је захтевала да добије дозволу боравка у Данској, али је њен захтев одбијен позивањем на одредбе Имиграционог закона из 2002. године, да је потребно да супружници који захтевају придруживање у домаћој држави имају јаче везе са домаћом државом него са државом порекла. Подносилац се жалио да је ова одлука довела до повреде права на поштовање породичног живота.

¹¹¹⁷ *Hasanbasic v Switzerland*, пред. бр. 52166/09, пресуда од 11 јуна 2013. године. Подносиоци су супружници, пореклом из БиХ, родитељи двоје деце. Супруга живи у Швајцарској од 1969. године, а супруг од 1986. године. Супруг је обавестио домаће власти да се 2004. године трајно враћа у државу порекла, на основу чега му је укинута дозвола боравка. Међутим, он се након четири месеца вратио у Швајцарску и на основу програма окупљања породице, тражио дозволу боравка. Захтев подносиоца је одбијен са наводом да је он од 1995. до 2002. године починио девет кривичних прекршаја, да има велике дугове у износу од 133 300 ЕУР и да живи од социјалне помоћи. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању придруживања породици повредила право на поштовање породичног живота.

износа од 400 CHF. Он није чинио озбиљна кривична дела, те се не може сматрати да је представљао опасност за јавни поредак и безбедност. У погледу породичних веза са децом, Суд наводи да се члан 8. не може применити, с обзиром на то да деца више нису зависна од подносилаца. На тај начин, још једном је потврђена хипотеза да право на поштовање породичног живота детета и родитеља постоји само док родитељи врше родитељско право и док је дете зависно од родитеља. Могућност да супруг повремено посећује домаћу државу не може заменити право супружника да живе заједно. Подносилац има широку мрежу социјалних веза у домаћој држави. Чињеницу да је он самостално одлучио да се врати у државу порекла, треба ценити и у светлу накнадних догађаја - погоршања његовог здравља. Иако економско благостање домаће државе може бити разлог за одбијање дозволе, потребно је ценити дужину боравка подносиоца и његове социјалне везе са домаћом државом. У наведеним околностима, управо се огледа пропуст домаћих власти, које ЕСЈП сматра повредом права на поштовање породичног живота.

6.1.2. Долазак деце у државу пребивалишта родитеља

Могућност родитеља да развију породични живот са децом у држави порекла, повлачи да одлука о забрани доласка деце у државу пребивалишта родитеља не представља повреду члана 8. Конвенције.

У случају *Gül против Швајцарске*,¹¹¹⁸ ЕСЈП је настојао да утврди да ли би настањивање млађег детета (узраста седам година) на домаћој територији био једини начин да се развије породични живот детета са члановима његове породице. ЕСЈП налази да је млађе дете цео свој живот провело у Турској, да га

¹¹¹⁸ *Gül v Switzerland*, пред. бр. 23218/94, пресуда од 19. фебруара 1996. године. Подносилац је турски држављанин рођен 1947. године, који је након што се 1983. године настанио у Швајцарској, затражио политички азил. Пет година касније његова жена је дошла у Швајцарску. Исте године она је услед опекотина примљена у болницу, а недуго затим се породила у швајцарском породилишту. Захтев подносиоца за азилом одбијен је 1989. године, док су његова жена и новорођена ћерка добиле хуманитарну дозволу боравка. Мајка детета је услед болести смештена у социјалну установу, а подносилац је био корисник социјалне помоћи за особе са инвалидитетом. Он је накнадно, 1990. године, поднео захтев да се породици придруже њихова два детета (старости деветнаест и седам година) која су живела у Турској. Швајцарске власти нису прихватиле овај захтев. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању доласка деце у домаћу државу повредила право на поштовање породичног живота.

је отац током последњих година више пута посећивао и да нема доказа да отац не би могао да прима медицинску негу у Турској. Могућност да се породица врати код детета у Турску и тамо развије породични живот узета је као пресудна околност.¹¹¹⁹ ЕСЉП је нашао да није било препрека да се породични живот развије у Турској.¹¹²⁰ Утврђено је да одбијање јавних власти да дозволе млађем детету да се придружи оцу и мајци није довело до повреде права на поштовање породичног живота.¹¹²¹

Ова пресуда је значајна стога што говори у прилог наше хипотезе да право на поштовање породичног живота између родитеља и детета постоји само док траје родитељско право. Са пунолетством детета, престаје родитељско право а самим тим и право на поштовање породичног живота. Имајући у виду чињеницу да је старије дете узраста 19. година, ЕСЉП је навео да се није упуштао у разматрање повреде права на поштовање породичног живота у вези њега.

Чврстина веза детета са државом порекла и постојање особа које се о њему могу старати у држави порекла, имплицирају да одлука о одбијању придруживања детета родитељу не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Ahmut против Холандије*,¹¹²² према ставу ЕСЉП, члан 8. не гарантује право на избор најпогоднијег места за развој породичног живота.¹¹²³ ЕСЉП је ценио да језичке везе детета са Мароком, боравак детета током целог живота у Мароку, постојање рођака који о њему могу да се брину у држави

¹¹¹⁹ L. Clements, N. Mole, A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, London, 1999, стр. 179.

¹¹²⁰ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 124; M. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford, 2000, стр. 264.

¹¹²¹ B. Hale, *Families and the Law: the Forgotten International Dimension*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 21, No. 1, 2009, Bristol, стр. 416.

¹¹²² *Ahmut v Netherlands*, пред. бр. 21702/93, пресуда од 28. новембра 1996. године. Подносилац је марокански држављанин рођен 1945. године. Он се настанио 1986. године у Холандији. Подносилац се оженио у Мароку 1960. године и добио петоро деце. Његов брак разведен је 1984. године, а његова бивша супруга преминула је 1987. године. Подносилац се оженио други пут у Холандији 1986. године, али је тај брак разведен 1990. године, непосредно након што је добио холандско држављанство. Након тога, он се трећи пут оженио, овога пута, мароканском држављанком. Његова супруга је добила дозволу боравака у Холандији. У пролеће 1990. године, његов најмлађи син је дошао у Холандију и подносилац је упутио захтев да дете остане да живи са њим, што су холандске власти одбиле. Подносилац се жалио да је одлука о одбијању придруживања његовог детета повредила право на поштовање породичног живота.

¹¹²³ U. Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Strasbourg, 2003, стр. 57. Исто и С. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights - Commentary-*, München, 2014, стр. 233; G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 125.

порекла и трајна одлука оца да се настани у Холандији,¹¹²⁴ условљавају да није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.¹¹²⁵

Забрана придруживања детета породици, уколико целокупна његова породица живи у домаћој држави и нема повезаност са државом порекла, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Sen против Холандије*,¹¹²⁶ ЕСЉП је навео да обавеза домаће државе да прими стране држављане на своју територију зависи од општег интереса и околности особе која тражи дозволу. Члан 8. не подразумева обавезу државе да омогући окупљање породице у земљи пребивалишта једног или оба супружника. У разматрање се узимају и фактори попут: узраста деце, степена зависности деце од родитеља, породичне ситуације у земљи порекла детета. У овом случају одвојени породични живот резултат је сопственог избора, како мајке, тако и оца детета. Дете које је остављено код рођака, цео живот је провело у Турској, има снажне везе са том земљом - културне, породичне и језичке. Са друге стране, постоје озбиљне препреке повратку супружника у Турску - они су основали породичне односе у Холандији, законито бораве и раде дуги низ година, добили су децу у тој држави. Млађа деца имају низак степен повезаности са Турском, похађају школу у Холандији и цео свој живот су провели у тој држави. Одлука мајке да остави дете у Турској 1986. године и придружи се супругу, не може се тумачити као трајно остављање детета и одустајање од намере да се породица поново окупи. Стога, према ЕСЉП, најадекватнији начин за успостављање породичног живота био би одлазак најстаријег детета у Холандију. Утврђена је

¹¹²⁴ H. Danelius, Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life, у P. Lodrup, E. Modvar, Family Life and Human Rights, Oslo, 2004, стр. 160. Видети случајеве, *Lupsa v Romania*, пред. бр. 10337/04, пресуда од 8. јуна 2006. године и *Hunt v Ukraine*, пред. бр. 31111/04, пресуда од 7. децембра 2006. године.

¹¹²⁵ У издвојеном мишљењу судије *Valticos* и *Morenilla* истакли су да је држављанин одређене државе увек овлашћен да му се дете, чак и ако није истог држављанства, придружи ради успостављања породичног живота. Занимљиво истраживање говори о утицају националности судија на давање издвојених мишљења у случајевима везаним за члан 8. Конвенције, N-L. Agold, The Legal Culture of the European Court of Human Rights, Leiden-Boston, 2007, стр. 104.

¹¹²⁶ *Sen v Netherlands*, пред. бр. 31456/96, пресуда од 21. децембра 2001. године. Подносиоци су турски држављани, брачни пар и дете. Отац се доселио у Холандију 1977. године. Он је закључио брак са супругом у Турској 1982. године и супружници су добили дете 1983. године. Мајка је 1986. године добила дозволу боравка у Холандији и отишла да се придружи свом супругу, остављајући дете на чување тетке у Турској. Супружници су 1990. и 1994. године добили још двоје деце у Холандији. Отац је 1992. године затражио од холандских власти да дозволе да им се најстарије дете придружи. Власти су то одбиле, са образложењем да је одласком мајке дете добило нову породицу у држави порекла. Подносиоци су се жалили да је одлука о одбијању доласка детета повредила право на поштовање породичног живота.

повреда права на поштовање породичног живота. ЕСЉП је у овој пресуди установио критеријум најпогоднијег начина за настављање породичног живота.¹¹²⁷

Забрана да се дете које је послато у државу порекла против своје воље, поново придружи целокупној својој породици у домаћој држави, предствала повреду права на поштовање породичног живота.

Слично став заузео је ЕСЉП у случају *Osman против Данске*.¹¹²⁸ ЕСЉП је навео да је подносилац у време подношења захтева за придруживањем својој породици био још малолетан. За младе особе које још нису засновале своју породицу, њихов однос са својом родитељима и другим блиским члановима породице представља породични живот. Утврђено је да је подносилац провео дуги низ година у Данској, да говори дански језик, да је стекао образовање у тој држави, да се у Данској налази његова целокупна блиска породица. На основу тога, подносилац је сматран насељеним имигрантом који је законито провео целокупан или претежни део детињства у тој држави. При таквом чињеничном стању, потребно је постојање нарочито оправданих околности за одбијање продужења дозволе боравка. Домаће власти посебно су пропустиле да размотре чињеницу да је дете послато у Кенију на основу одлуке оца, против његове воље, што никако није било у најбољем интересу детета. Иако се ЕСЉП слаже да је вршење родитељског права фундаментални елемент породичног живота, и да је на родитељима одлука како ће васпитавати дете и где ће оно живети, то не значи да су домаће власти ослобођене одговорности за дете и да могу игнорисати интересе

¹¹²⁷ C. Forder, Family Rights and Immigration Law: a European Perspective, Irish Journal of Family Law, 4/2003, Dublin, стр. 16.

¹¹²⁸ *Osman v Denmark*, пред. бр. 38058/09, пресуда од 14. јуна 2011. године. Подносилац је сомалијски држављанин рођен 1987. године, који се од 1994. године са родитељима, браћом и сестрама доселио у Данску. Он је са 15 година против своје воље послат од стране оца у кенијски избеглички камп да се стара о очевој мајци (баби по оцу). Две године касније подносилац је захтевао да се врати код своје породице у Данску, али је захтев одбијен с обзиром на то да му је истекла дозвола боравка, односно период од дванаест месеци у оквиру ког је он био дужан да непрекидно борави у Данској. Такође, дете није имало право на повратак, с обзиром на то да је у међувремену ступио на снагу нови закон који онемогућава да деца имигранти изнад 15 година могу тражити повратак у своју породицу која се налази у Данској. Циљ правила био је спречавање родитеља да шаљу своју децу у земљу порекла ради подизања и васпитавања деце у традиционалним условима. Домаће власти су сматрале да нема посебних околности за повратак детета, наводећи да се мајка детета сложила са његовим одласком, да дете није видело мајку четири године, као и да је дете наставило да живи у Кенији са бабом и бабином породицом. Подносилац се жалио да су ускраћивање дозволе боравка и повратка код породице повредили његово право на поштовање породичног живота.

детета. Чињеница да се током четири године контакт мајке и детета умањео, пре је резултат практичних и финансијских препрека него непостојања намере мајке и детета за одржавањем породичних односа. Законска ограничења по питању узраста деце која се налазе у другој држави и могу тражити повратак у своју породицу није било могуће предвидети у тренутку слања подносиоца у Кенију. ЕСЉП је на основу свих околности нашао да је постојала повреда права на поштовање породичног живота.

Могућност да се породични живот између родитеља и детета развије у држави порекла родитеља и одлука родитеља да напусти децу, услед чега је донета одлука о забрани доласка деце код родитеља, не представља повреду члана 8. Конвенције.

У случају *P. R. против Холандије*,¹¹²⁹ ЕСЉП је навео да је подносиатељка одвојена од своје деце од 1989. до 1995. године својом одлуком да се досели у Холандију. Она је могла да затражи да јој се деца придруже и раније, а не тек 1995. године. Подносиатељка ничим није била спречена да одржава породични живот са децом у држави порекла. Члан 8. ЕКЉП не гарантује право на избор одговарајуће средине за развијање породичног живота, те стога, није дошло до повреде права на поштовање породичног живота.

Непостојање контакта између родитеља и детета у дужем временском периоду, као и чврстина веза деце са државом порекла, не подразумевају да је одлука о забрани доласка деце повредила право на поштовање породичног живота.

У случају *Dufie-Kwakyenti против Холандије*,¹¹³⁰ ЕСЉП је утврдио да подносиоци нису имали никакву материјалну или моралну одговорност према

¹¹²⁹ *P. R. v Netherlands*, пред. бр. 39391/98, пресуда од 7. новембра 2000. године. Подносиатељка представке је рођена 1959. године на Капа Верде острвима. Она је напустила 1989. године ову државу у којој је имала своју децу и доселила се у Холандију где се удала за холандског држављанина. На основу закљученог брака она је добила дозволу боравка. Подносиатељка је 1995. године добила холандско држављанство и затражила да јој се у циљу поновног окупљања породице придруже деца из Капа Верде. Њен захтев је одбијен. Подносиатељка се жалила да је одбијање да јој се деца придруже довело до повреде права на поштовање породичног живота.

¹¹³⁰ *Dufie-Kwakyenti v Netherlands*, пред. бр. 31519/96, пресуда од 7. новембра 2000. године. Подносиоци представке, држављани Гане, дошли су као хуманитарне избеглице у Холандију 1987. године. Они су оставили код тетке у Гани троје деце, рођене 1972. 1974. и 1977. године. Подносиоци су 1992. године захтевали да им се њихова деца придруже у Холандији, али је такав захтев одбијен. Исти епилог имао је и њихов захтев из 1993. године, након што су добили холандско држављанство. Подносиоци су се жалили да је одбијање придруживања њихове деце у домаћој држави повредило право на поштовање породичног живота из члана 8. ЕКЉП.

деци пре 1992. године. Два старија детета имала су везу само са својом земљом порекла у којој су живели читав свој живот. ЕСЉП је поновио да члан 8. ЕКЉП не гарантује право на избор одговарајуће средине за развијање породичног живота и није утврдио повреду истог.

Одбијање придруживања деце родитељу, уколико тај родитељ у дужем периоду времена не врши родитељско право и уколико деца имају снажне везе са државом порекла, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *Chandra и Tjonadi против Холандије*,¹¹³¹ ЕСЉП је утврдио да је мајка живела одвојено од своје деце пет година пре него што су она дошла код ње у Холандију. Пре тога, деца су цео свој живот провела у Индонезији, стекла у тој држави снажне културне и језичке везе, имала друге рођаке у земљи порекла и била су одгајана и васпитавана од стране оца. У време одлучивања Суда двоје деце постало је пунолетно. Упркос томе што су деца изразила жељу да остану у Холандији, члан 8. ЕКЉП не подразумева право избора одговарајуће средине за развијање породичног живота. Није утврђено да постоје препреке да се подносиатељка са својом децом врати у Индонезију и тамо оствари породични живот. На основу тога, није утврђена повреда права на поштовање породичног живота. У овој пресуди, поново имамо потврду хипотезе да право на поштовање породичног живота постоји само док родитељ врши родитељско право - до пунолетства детета.

Тазбинско сродство представља основ за постојање породичног живота. Однос између таста и зета сматра се породичним животом. Осуда таста на

¹¹³¹ *Chandra and Tjonadi v Netherlands*, пред. бр. 53102/99, пресуда од 13. маја 2003. године. Подносиатељка, холандска држављанка индонежанског порекла, 1992. године је напустила Индонезију и доселила се у Холандију. Она је у Индонезији поднела тужбу за развод брака од свог супруга, оца четворо њене деце која су остала са оцем у Индонезији. У току 1995. године, њој је додељено да врши родитељско право над децом. Након што је добила холандско држављанство 1996. године, деца су 1997. године дошла у Холандију уз поседовање туристичке визе и остала ту да живе са мајком. Захтев деце за добијањем боравишне дозволе је одбијен, као и жалба на наведену одлуку. Домаћи суд је навео да је мајка показала интересовање за долазак деце тек 1997. године, а да је још од 1995. године добила вршење родитељског права. Даље је наведено да није било додатних разлога, као што су међународне обавезе, хуманитарни или политички разлози, да би се дозволило деци да се придруже мајци у Холандији. Подносиоци су се жалили да је одбијање давања дозволе придруживања деци, довело до повреде права на поштовање породичног живота.

Из чињеничног стања пресуде нисмо могли да утврдимо, што је од суштинске важности, на који начин је мајка вршила родитељско право од 1993. до 1997. године, као и на основу чега је индонежански суд донео одлуку о додељивању вршења родитељског права мајци, имајући у виду чињеницу њене трајне одсутности.

затворску казну услед прикривања зета који нелегално борави у домаћој држави не доводи до повреде члана 8. Конвенције.

У случају *Mallah против Француске*,¹¹³² ЕСЈП је нашао да је зет живео у породичном дому таста, да је био ожењен његовом ћерком две године, да је пар очекивао рођење детета и да је поднео захтев за уједињењем породице. На основу тога, однос између таста и зета може се сматрати породичним животом. Циљ прописивања забране помагања емигрантима у доласку, останку и скривању у домаћој земљи био је спречавање огранизованих мрежа кријумчара људи. Законска одредба искључивала је гоњење блиских чланова породице: предака, потомака, браће, сестара, супружника и ванбрачних партнера. У складу са тиме, подносилац није спадао у категорију наведених особа. На основу тога, домаћи суд није могао другачије да поступи него да осуди подносиоца. Ипак, имајући у виду конкретне околности случаја, пре свега, да је подносилац вођен искључиво благонаклоношћу ка свом зету, он је ослобођен последица осуде. ЕСЈП је нашао да поступком осуде није дошло до значајнијег угрожавања права на поштовање породичног живота подносиоца и да није утврђена повреда овог права.

Ово је први пут да је ЕСЈП утврдио да породични живот постоји између тазбинских сродника, конкретно између таста и зета, чиме је појам породичног живота (додатно) проширен.

Неразматрање захтева за придруживањем чланова породице од стране домаћих власти у дужем временском периоду, представља повреду права на поштовање породичног живота.

¹¹³² *Mallah v France*, пред. бр. 29681/08, пресуда од 10. новембра 2011. године. Подносилац је марокански држављанин који законито борави у Француској више од 30 година заједно са супругом и петоро деце. У августу 2003. године, његова ћерка се удала за мароканског држављанина који живи у Мароку, након чега је она поднела захтев да се њен супруг, у циљу окупљања породице, придружи њој у Француској. У децембру 2005. године зет је дошао у Француску код подносиоца. Након што му је истекла виза у марту 2006. године, он је остао у Француској са својом супругом која је затруднела. У априлу 2006. године полиција је притворила подносиоца и његовог зета. У јулу 2006. године подносилац је изведен пред кривични суд за кривично дело прикривања имиграната. У августу 2006. године зет и подносиочева ћерка су поднели захтев за породичним уједињењем. Иако је обавештен да се кривични поступак против њега обуставља, подносилац је у септембру 2006. године осуђен за скривање имиграната, али је у исто време ослобођен извршења казне. У октобру 2006. године одобрен је захтев за придруживањем зета подносиочевој ћерци. Подносилац се жалио суду да је одлука о кривичном гоњењу повредила његова права из члана 8. ЕКЉП. Апелациони суд одбио је његову жалбу. Подносилац је из истих разлога поднео представку ЕСЈП.

У случају *Tanda-Muzinga против Француске*,¹¹³³ Суд је навео да је породица подносиоца могла да се придружи тек што је након три и по године од подношења захтева, и шест година од раздвајања, издата боравишна виза. У том периоду породица није могла да буде заједно. Принцип окупљања породице подразумева да се захтеви за издавањем визе разматрају хитно, студиозно и са посебном пажњом. Супротно наводима домаћих власти, Суд сматра да подносилац не може бити одговоран за одвајање од своје породице. Долазак деце, у време подношења захтева, старости три, шест и тринаест година, у домаћу државу, имајући у виду избеглички статус породице у иностраној држави (Камеруну), био је једини начин да се настави породични живот. Одговор на захтев подносиоца је дат тек након 15 месеци од подношења захтева. Додатно, подносилац се суочио са додатним тешкоћама у поступку, посебно поводом доказивања односа родитељ-дете (достављање веродостојних докумената). Чак је и *UNHCR* интервенисао и поднео потребна документа за децу. Било је потребно више од три и по године да домаће власти утврде постојање правног односа подносиоца са својом децом. Постојање константних препрека током поступка добијања визе, довело је подносиоца у стање озбиљне депресије након трауматичних догађаја везаних за његов избеглички статус. Домаће власти нису посветиле потребну пажњу специфичној ситуацији подносиоца, нити су деловале у складу са начелом хитности, што је навело ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.¹¹³⁴

¹¹³³ *Tanda-Muzinga v France*, пред. бр. 2260/10, пресуда од 10. јула 2014. године. Подносилац је држављанин Конга, рођен 1970. године, који је 2000. године са својом супругом и децом стекао статус избеглице у Камеруну. Подносилац се доселио у Француску 2003. године и поднео је захтев за азил. Он је 2007. године у Француској стекао статус избеглице. Одмах након добијања статуса избеглице он је поднео захтев да му се придруже супруга и деца. С обзиром на то да није добио одговор на захтев, он је у мају 2008. године покренуо судски поступак. Домаће власти су нашле да захтевани изводи из матичних књига за децу из Камеруна нису веродостојни и да је подносилац напустио своју породицу. Након поновног захтева за издавањем докумената за децу, 2010. године је утврђено да су документа за једно дете валидна, али да за друго дете није могуће издати тражена документа. Тек у децембру 2010. године, француске власти су издале боравишну визу за децу и супругу. Подносилац се жалио да су одлагања у разматрању захтева за придруживањем породице повредила право на поштовање породичног живота.

¹¹³⁴ ЕСЉП је стао на идентично становиште у случајевима *Mugenzi v France*, пред. бр. 52701/09, пресуда од 10. јула 2014. године и *Senigo Longue and others v France*, пред. бр. 19113/09, пресуда од 10. јула 2014. године.

6.2. Окупљање чланова породице у оквиру исте државе

Ускраћивање заједничког живота супружницима азилантима у оквиру исте државе услед административних препрека и немогућности депортације у државу порекла, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случајевима *Mengensha Kimfe против Швајцарске* и *Agraw против Швајцарске*,¹¹³⁵ ЕСЉП је навео да су подносиољке биле спречене да живе са својим супрузима у трајању од око четири године. Како је један од основних елемената брака заједнички живот, то је спречавање заједничког живота супружника, као битног сегмента породичног живота, представљало мешање у исти. У првом случају, утврђено је да је подносиољка имала контакт са својим супругом од закључења брака, али је контакт онемогућен од тренутка када је она позвана у полицију, суочавајући се са покретањем кривичног поступка с обзиром на то да се није налазила у свом кантону. Такође, као резултат кршења правила о ненапуштању свог кантона, њој је могло бити ускраћено даље дописивање са супругом, здравствено осигурање и социјална помоћ. У другом случају, ЕСЉП налази да иако се подносиољка налазила на само сат и по времена путовања возом од места боравка свог супруга, накнадно рођење детета и немогућност да она услед тога путује, довели су до озбиљног мешања у породични живот услед дуготрајне раздвојености. Важна чињеница огледа се у томе што обе подносиољке нису могле бити депортоване у земљу порекла услед противљења етиопских власти њиховом повратку, и на тај начин онемогућене да изграде породични живот изван територије Швајцарске. Премештање подносиољки у кантон њихових супруга не би довело до значајног повећања броја азиланата у том кантону, као ни доласка других азиланата у тај кантон. Упркос

¹¹³⁵ *Mengensha Kimfe v Switzerland*, пред. бр. 24404/05 и *Agraw v Switzerland*, пред. бр. 3295/06, пресуда од 29. јула 2010. године. Подносиољке су две жене, етиопске држављанке, које су илегално, заједно са њиховим партнерима, ушле у Швајцарску и затражиле азил. Домаће власти су их сместиле у различите кантоне од оних у којима су смештени њихови партнери. Након што су захтеви за азилом све четири особе одбијени, донета је одлука о њиховој депортацији. Међутим, они су ипак остали у Швајцарској, с обзиром на то да су етиопске власти одбиле њихов повратак. Након што су 2002. и 2003. године закључиле брак са својим партнерима, супруге су тражиле дозволу да буду премештене у кантоне где су живели њихови супрузи, али је њихов захтев одбијен. Тек 2008. године супругама је дозвољено да се преселе у кантоне својих супружника. Подносиољке су се жалиле да је одлука домаћих власти о одбијању настањивања у кантонима где су њихови супружници живели, довела до повреду права на поштовање породичног живота.

административним трошковима премештања подносиоци у други кантон, њихов породични интерес има превагу над јавним интересом државе. Уважавајући околности случаја и дужину периода раздвојености супружника, ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

7. Право на поштовање породичног живота особа у притвору

Један од начина прекида или престанка породичног живота представља и одлазак члана породице, посебно родитеља, на издржавање затворске казне. Посебна пажња поклања се одржавању породичних односа затвореника и њихових породица у циљу социјалне рехабилитације. У случају одласка родитеља у затвор или притвор, деца могу остати под родитељским старањем другог родитеља или блиског сродника, или бити под заштитом социјалних служби. Деца смештена у социјалне службе готово по правилу губе контакт са родитељем који је у затвору. Наводи се да се различито остварују контакти детета и родитеља у затвору у зависности од пола родитеља.¹¹³⁶ У отвореним затворима деци се дозвољава да остану са мајком до одређеног узраста.¹¹³⁷ Географска удаљеност повлачи да родитељи у иностраним затворским установама могу контактирати са децом једино путем телефона, *e-mail*-а и друштвених мрежа. Проблем код остваривања права притвореника на контакт са својом децом огледа се посебно када затвореници имају децу из више заједница или бракова. У том случају они не

¹¹³⁶ За различито третирање мајки и очеве као затвореника, видети случај *President of Republic of South Africa v Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC).

¹¹³⁷ У Енглеској су у том циљу створене затворске јединице за мајке и децу (*Mother and Babies Units*) где дете може остати са мајком до 18. месеца. У Шпанији и Немачкој деца могу остати до шесте године, у Ирској и Шведској до прве године. О одвајању детета од родитеља у ирском праву у случају избегличког статуса родитеља и деце, S. K. Arnold, *The Child in Irish Refugee Law: Points for Consideration for the Immigration, Residence and Protection Bill*, *Irish Journal of Family Law*, Vol. 17, Num. 1, Spring 2014, Dublin, стр. 17. За случајеве контакта у затвору видети: *Birmingham City Council v H* (1994) 1 FLR 224; *R v Secretary of State ex p Hinckling and JH* (1986) 1 FLR 543; *The Queen on the Application of P and Q; Secretary of State for the Home Department and Another* (2001) 2 FLR 1122. У последња два обједињена случаја, суд је утврдио да између мајке и деце постоји породични живот и да је одвајање детета од мајке озбиљна повреда права детета и мајке на породични живот, В. Brooks-Gordon, *Contact in Containment*, у А. Bainham, В. Lindley, М. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, стр. 327.

могу бити у контакту са свом децом, већ треба да изаберу децу из једне породице са којом ће бити у контакту.¹¹³⁸

7.1. Депортација и контакт са члановима породице у притвору

Депортација члана породице услед које се онемогућава посећивање другог члана породице у затвору, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Selmani против Швајцарске*,¹¹³⁹ ЕСЉП је навео да ЕКЉП не даје притвореницима право да бирају где ће служити казну. Неизбежна последица притвора је раздвајање притвореника од своје породице. Могућност да чланови породице посећују особу у притвору представља једини начин очувања породичног живота у таквим, ванредним околностима. Швајцарске власти нису онемогућавале посете чланова породице, нити ограничавале преписку и телефонске разговоре. Чињеница недостатка средстава чланова породице да би допутовали у посету, није била релевантна за ЕСЉП. Није утврђена повреда права на поштовање породичног живота.¹¹⁴⁰

7.2. Пуштање затвореника ради присуства сахрани родитеља

У случају *Ploski против Пољске*,¹¹⁴¹ подносиоцу, пољском држављанину, док је био у притвору услед кривичног дела преваре, оба родитеља су преминула у току неколико недеља. Његов захтев да присуствује сахрани је одбијен. Разлози одбијања, према виђењу ЕСЉП, нису били уверљиви. Постојање сумње у могуће

¹¹³⁸ В. Brooks-Gordon, Contact in Containment, у А. Bainham, В. Lindley, М. Richards, L. Trinder, Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare, Oxford, 2003, стр. 309.

¹¹³⁹ *Selmani v Switzerland*, пред. бр. 70258/01, пресуда од 28. јуна 2001. године. Подносилац представке је тадашњи југословенски држављанин, који је 1997. године закључио брак у Швајцарској са југословенском држављанком. Исте године рођено је њихово дете. Подносилац је 1999. године осуђен за кривично дело у вези са продајом наркотика на казну затвора од осам година, депортацију и забрану уласка у Швајцарску од 15 година. Супруга подносиоца није добила продужење дозволе боравка и депортована је у мају 2000. године, док је подносилац требао бити депортован по одслужењу затворске казне. Жалба подносиоца на одлуку о депортацији његове супруге је одбијена. Подносилац се жалио да је депортација његове супруге довела до повреде права на поштовање породичног живота.

¹¹⁴⁰ За случајеве контакта притвореника са члановима породице С. Grabenwarter, European Convention on Human Rights - Commentary-, München, 2014, стр. 201.

¹¹⁴¹ *Ploski v Poland*, пред. бр. 26761/95, пресуда од 12. новембра 2002. године.

бекство подносиоца могло је бити отклоњено постављањем оружане пратње, а извршено кривично дело није било насилног карактера. Подносилац није био из групе затвореника који треба да служе дугогодишњу казну и немају могућност да буде пуштени условно. ЕСЉП је истакао, да иако члан 8. ЕКЉП не подразумева право притвореника на присуство сахрани чланова породице, у овом случају забрана није била пропорционална циљу који се хтео постићи. С обзиром на то да су затворске власти обезбедиле пратњу и гарантовале на тај начин за повратак подносиоца, био је испуњен захтев за обезбеђењем његовог боравка изван затвора. Оправдан разлог за одбијање присуства сахрани био би немогућност обезбеђења оружане пратње. Имајући у виду наведене чињенице, утврђена је повреда члана 8. ЕКЉП. У овом случају ЕСЉП није истакао да ли се ради о повреди права на поштовање приватног или породичног живота, већ је констатовао повреду члана 8. Конвенције. Занимљиво би било да се ЕСЉП изјаснио да ли је у питању повреда права на поштовање приватног или породичног живота с обзиром на то да је реч о односу који не постоји *inter vivos*, имајући у виду да се у случају *Pannullo* и *Forte против Француске*,¹¹⁴² Суд изјаснио да постоји повреда права на поштовање приватног и породичног живота у случају када држава не врати у периоду од седам месеци тело преминулог детета родитељима. ЕСЉП, није изричито ни у случају *Pannullo* и *Forte*, навео да се ради о повреди права на поштовање породичног живота, нити је истакао постојање породичног живота између родитеља и преминулог детета, чиме је оставио потврђеном нашу хипотезу да право на поштовање породичног живота постоји само *inter vivos*, и то између родитеља и деце док траје родитељско право.¹¹⁴³

7.3. Контакт са члановима породице током трајања притвора

Ограничење посете чланова породице услед постојања опасности опструкције истраге, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

¹¹⁴² *Pannullo and Forte v France*, пред. бр. 37794/97, пресуда од 30. октобра 2001. године.

¹¹⁴³ Видети, И. Крстић, *Право на поштовање приватног и породичног живота члан 8. Европске конвенције о људским правима*, Београд, 2006, стр. 43, да у овом случају постоји породични живот.

У случају *Kalashnikov против Русије*,¹¹⁴⁴ ЕСЉП је нашао да је ускраћивање у првој фази поступка било оправдано и у складу са законом, ради спречавања оптуженог да опструира даљу истрагу и судски поступак. Ограничење посета може бити оправдано у случају превенције нереда и спречавања криминала.¹¹⁴⁵ ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Ограничење посета чланова породице затвореницима услед спречавања њиховог бекства и превенције криминалних активности није у супротности са чланом 8. Конвенције.

У случају *Van der Ven против Холандије*,¹¹⁴⁶ ЕСЉП је истакао да, иако је суштински елемент права на поштовање породичног живота затвореника помоћ затворских власти да одрже контакт са својом породицом, изванредан ниво ограничења контакта није у супротности са ЕКЉП.¹¹⁴⁷ Стављање подносиоца у режим рестрикције права на контакт са породицом имало је оправдања у постојању опасности од његовог бекства, које се тумачило као озбиљна претња друштву.

Одузимање детета од мајке на порођају услед чињенице да није могуће обезбедити простор у притвору за њихов заједнички живот, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

¹¹⁴⁴ *Kalashnikov v Russia*, пред. бр. 47095/99, пресуда од 18. септембра 2001. године. Подносилац, руски држављанин, осуђен је за превару и смештен у притвор у јуну 1995. године. Он је тек у августу 1999. године осуђен на пет и по година затвора. Из затвора је пуштен у марту 2000. године. Подносилац се жалио да му је током трајања притвора, све до доношења пресуде, забрањен контакт са породицом и тиме повређено право на поштовање породичног живота.

¹¹⁴⁵ Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 122-127.

¹¹⁴⁶ *Van der Ven v Netherlands*, пред. бр. 50901/99, пресуда од 4. фебруара 2002. године. Подносилац, холандски држављанин, притворен је 1995. године због оптужбе за убиство. Затворске власти добиле су 1997. године информацију да ће поносилац покушати бекство и одмах га преместиле у институцију са изузетним обезбеђењем. Нов режим је подразумевао снимање и преглед сваког облика комуникације, ограничење контакта са затвореницима, ограничење посета чланова породице једном недељно у трајању од сат времена, без физичког контакта. Подносилац је тек маја 2001. године премештен у затвор мањег нивоа безбедности, пошто је два месеца раније осуђен на 15 година затвора. Подносилац се жалио да је ограничење посета чланова породице повредило право на поштовање породичног живота.

¹¹⁴⁷ За повреду права на поштовање породичног живота поводом ограничавања посете притворенику од стране његове супруге, видети случај *Ferla protiv Poljske*, пред. бр. 55470/00, пресуда од 20. маја 2008. године. О томе више, Elaine O'Callaghan, Annual Review of International Family Law 2008, The International Survey of Family Law 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 17.

У случају *Kleuver против Норвешке*,¹¹⁴⁸ ЕСЉП је истакао да је мајка била свесна да је трудна у време извршења кривичног дела. Мере предострожности норвешких власти биле су оправдане имајући у виду покушај бекства мајке. Одлазак детета код бабе у Холандију у потпуности је резултат самосталне одлуке мајке. Што се тиче претреса и присуства полиције током посета детету, ЕСЉП је навео да је претрес вршен од стране женског чувара и да је то било неопходно због сумње у кријумчарење наркотика. Чим је подносиатељка пристала да пружи узорак урина, претреси су престали. Контакт са дететом путем телефонских разговора био је у складу са затворским правилима. ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.¹¹⁴⁹

Онемогућавање физичког контакта између чланова породице током посета у затвору доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

¹¹⁴⁸ *Kleuver v Norway*, пред. бр. 45837/99, пресуда од 30. априла 2002. године. Подносиатељка је холандска држављанка, ухапшена у марту 1990. године у Норвешкој за поседовање велике количине наркотика. Она је у време хапшења била трудна и покушала је бекство из затвора у мају 1990. године. Након неуспелог покушаја бекства, подносиатељка се породила у новембру 1990. године у затвору уз присуство полиције испред сале за порођај. Дете је одмах смештено у социјалну установу. До средине децембра 1990. године, мајка је виђала дете пет пута недељно у социјалној установи, а након тога дете је доношено код ње у затвор сваки дан. Приликом посета мајка је била везана и спровођена је строга процедура претреса. Мајка је у фебруару 1991. године осуђена на казну затвора у трајању од шест година. Истог месеца, на предлог подносиатељке, дете је у Холандију одвела њена мајка, баба детета. Подносиатељки је било дозвољено да зове дете и своју мајку 20 минута недељно. Дете је посетило мајку у затвору неколико пута, а она је условно пуштена из затвора у јулу 1992. године. Подносиатељка се жалила да су власти одузимањем детета од мајке у прва три месеца рођења повредиле право на поштовање породичног живота.

¹¹⁴⁹ О утицају ЕСЉП на позитивне обавезе државе поводом омогућавања контакта новорођеног детета и мајке која се налази у притвору, D. Zacharias, *The Protection of Mothers in British and German Constitutional Law: A Comparative Analysis and a Contribution to the Implementatiton of the European Convention on Human Rights in the Domestic Legal Area*, *German Law Review*, Vol. 9, Num. 1/2008, стр. 42.

У случају *Trosin против Украјине*,¹¹⁵⁰ ЕСЉП је навео да лишење слободе неизоставно доводи до ограничења породичног живота затвореника. Ипак, тако строга ограничења породичних посета, као што је то у случају подносиоца, нису оправдана. Комуникација преко стакленог зида онемогућавала је физички контакт са члановима породице, а присуство чувара онемогућавало било какву интимност и приватност чланова породице.¹¹⁵¹ ЕСЉП је нашао повреду права на поштовање породичног живота.¹¹⁵²

Одбијање посете чланова породице без навођења разлога, као и одвијање посете без физичког контакта уколико су посете претходно спровођене уз постојање физичког контакта, представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Kurkowski против Пољске*,¹¹⁵³ ЕСЉП је утврдио да је одбијање посете без навођења разлога било у супротности са чланом 8. Конвенције. Такође, поводом одвијања посете без контакта са члановима породице, није наведен разлог предузимања такве мере домаћих власти, имајући у виду чињеницу да се

¹¹⁵⁰ *Trosin v Ukraine*, пред. бр. 39758/05, пресуда од 23. фебруара 2012. године. Подносилац је украјински држављанин, рођен 1968. године, осуђен на доживотни затвор у априлу 2005. године. До 2010. године њему је дозвољена једна посета чланова породице у шест месеци, а након тог периода једна посета од четири сата свака три месеца. Иако је подносилац изразио намеру да остане у контакту са мајком, супругом, дететом и братом, дозвољен му је контакт само са три особе. Посете су обављане уз присуство чувара, а комуникација се обављала кроз стаклени зид. Подносилац се жалио да је одлука о ограничењу круга особа са којима може бити у контакту повредила право на поштовање породичног живота.

У нашем праву, општа правила о посетама чланова породице затвореницима регулисане су чл. 90. Закона о извршењу кривичних санкција ("*Службени Гласник*" бр. 55/2014) који одређује који чланови породице могу да посете затвореника: "Осуђени има право двапут месечно на посету брачног друга, деце, родитеља, усвојеника, усвојитеља и осталих сродника у правој линији и у побочној линији до четвртог степена крвног и тазбинског сродства, као и хранитеља, храњеника и старатеља. Управник завода може осуђеном одобрити и посете других лица." Према члану 94. "Осуђени има право да једном у два месеца борави с брачним другом, децом или другим блиским лицем три часа у посебним просторијама завода." Детаљна правила о посетама налазе се у чл. 45. и 48. Правилника о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора ("*Службени гласник*" бр. 03/2014).

¹¹⁵¹ ЕСЉП је поводом комуникације затвореника са члановима породице одлучивао и у случајевима: *Dikme v Turkey*, пред. бр. 20869/92, пресуда од 11. јула 2000. године; *Amrollahi v Denmark*, пред. бр. 56811/00, пресуда од 28. јуна 2001. године; *Ostrovar v Moldova*, пред. бр. 35207/03, пресуда од 13. септембра 2005. године.

¹¹⁵² Видети, Е. Jackson, *Prisoners, Their Partners and the Right to Family Life*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 19, No. 1, 2007, Bristol, стр. 239.

¹¹⁵³ *Kurkowski v Poland*, пред. бр. 36228/06, пресуда од 9. априла 2013. године. Подносилац је пољски држављанин, рођен 1960. године, који је био у притвору од децембра 2004. до октобра 2006. године. Захтев подносиоца да му се омогући посета чланова породице једном је одбијен без навођења разлога, а неколико пута је посета одвијана без контакта, преко физичке баријере. Подносилац се жалио да је одбијање захтева за посету, као одвијање посета преко баријере довело до повреде права на поштовање породичног живота.

претходних 29 посета одвијало уз физички контакт. Мера домаћих власти је била насумична и арбитрерна. Суд је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

8. Насиље у породици

Пропуст примене изречених мера заштите од насиља у породици доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *А. против Хрватске*,¹¹⁵⁴ ЕСЉП је истакао да у оваквим случајевима, када се насиље врши од стране једне исте особе у дужем периоду времена према другој особи, ефикаснија заштита жртве пружа се помоћу сагледавања поступка као целине, него раздвајањем на низ посебних поступака. Даље, иако су бројне казне изрицане, велики број истих - притвор, обавеза психијатриског лечења, прекршајне казне, па чак и затворска казна, нису спроведене чиме је умањен њихов ефекат. Утврђени су и пропусти у временском одлагању примене казни, посебно у односу на ону о психијатријском лечењу. Пропуштање примене ове мере довело је до погоршања психолошког стања супруга, што се налазило у основи вршења насиља према подносиоци. То је довело до континуираног излагања подносиоци насиљу и ризику у коме се налазила. ЕСЉП је констатовао повреду права на поштовање породичног живота. Налазимо да је Суд свакако требало да утврди повреду права супруге, услед озбиљног и дугогодишњег излагања насиљу, али не права на поштовање породичног, већ приватног живота. Наиме, пропуштање примене казни на супруга услед чега је она трпела насиље, не односи се на породични однос подносиоци и неког другог члана породице, већ на њено право на физички и психички

¹¹⁵⁴ *A. v Croatia*, пред. бр. 55164/08, пресуда од 14. октобра 2010. године. Подносиоци је хрватска држављанка која је од новембра 2003. године до јуна 2006. године трпела физичко и психичко насиље од свог супруга оболелог од менталног поремаћаја - агресивног и импулсивног понашања. Она је често злостављана у присуству њиховог детета које је, такође, било злостављано. Брак супружника је разведен 2006. године. У периоду од 2004. до 2009. године, многе кривичноправне и грађанскоправне мере изрицане су против супруга, али само незнатан део мера је примењен. Осмомесечна казна затвора изречена у октобру 2006. године за претњу убиством није спроведена, а супруг није ишао на обавезно психијатријско лечење. Накнадно, он је послат на служење трогодишње казне затвора зато што је претио убиством судији у поступку. Подносиоци се жалила да је дугогодишњи период у коме је била жртва насиља у породици резултат пропуста државних органа да је заштите, што је довело до повреде права на поштовање породичног живота.

интегритет. Сматрамо да би било целисходније да се утврди повреда члана 3. Конвенције који предвиђа забрану мучења, аргументујући то да је поступањем супруга повређено тачно одређено право подносиоце, не и породични однос. Заштита путем члана 8. била би оправдана ако би се услед вршења насиља онемогућавало одржавање породичног односа жртве насиља и детета или другог члана породице.

Пропуст задржавања особе која врши насиље у породици у психијатријској установи, уколико је суд изрекао такву меру, услед чега долази до поновног вршења насиља у породици, повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Hajduova против Словачке*,¹¹⁵⁵ ЕСЉП је на почетку увидео да, иако претње супруга упућене подносиоци нису никад остварене, оне су довољне да се постави питање позитивних обавеза државе према члану 8. ЕКЉП. Пропуст суда да приликом премештања супруга из притвора обавезе психијатријску установу да га задржи, проузроковао је његово пуштање на слободу и вршење додатног насиља у породици у виду нових претњи подносиоци. Тек након подношења кривичне пријаве полиција је реаговала и притворила супруга. Наведени пропуст суда да се супруг задржи у психијатријској установи, навео је ЕСЉП да утврди повреду права на поштовање породичног живота.¹¹⁵⁶

¹¹⁵⁵ *Hajduova v Slovakia*, пред. бр. 2660/03, пресуда од 30. новембра 2010. године. Подносиоца је словачка држављанка коју је у августу 2001. године супруг вербално и физички напао на јавном месту и нанео лакше телесне повреде (модрице). Супруга се иселила са децом из породичног дома. Након тога супруг је подносиоци упућивао претње убиством. Супруг је на основу покренутог кривичног поступка притворен, и од стране вештака је утврђено да болује од поремећаја личности. У јануару 2002. године суд је одредио меру обавезног психијатријског лечења. Упркос премештају у болницу, супруг није подвргнут лечењу и накнадно је пуштен. Он је затим поново упућивао претње убиством подносиоци и њеном адвокату. Домаће власти су ухапсиле супруга и суд је поново одредио психијатријско лечење. Подносиоца се жалила да је неактивност државних органа довела до повреде права на поштовање породичног живота.

¹¹⁵⁶ О томе и С. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights - Commentary*, München, 2014, стр. 220.

У случају *Bevacqua против Бугарске*,¹¹⁵⁷ ЕСЈП је истакао да је пропуст домаћих власти у томе што током одвијања насиља у породици нису, без одлагања, одредиле привремене мере којима би се пружила помоћ мајци и детету. Подносиатељка је тражила примену привремених мера,¹¹⁵⁸ а пропуст примене мера довео је до штетних последица по њу, а посебно на благостање и интересе детета које је присуствовало насиљу родитеља.¹¹⁵⁹ Привремене мере захтевају приоритет у погледу применљивости, што домаћи суд није испунио у овом случају, игноришући читавих шест месеци захтев подносиатељке. Накнадно су утврђени и додатни временски периоди у којима је било одлагања примене привремених мера. Суд је навео да се заштита физичког интегритета личности пружа кроз члан 8. Конвенције у садејству са чланом 3. Конвенције.¹¹⁶⁰ Последица ове пресуде огледа се у принципу да су домаће власти дужне да усвоје и предвиде правна правила којима ће се омогућити заштита од насиља у породици.¹¹⁶¹

Заштита од насиља у породици пружа се мањим делом чланом 8. Конвенције а претежно чланом 3. и правом на развој личности. У складу са чланом 8. када је у питању насиље у породици, држава може бити одговорна да пружи заштиту

¹¹⁵⁷ *Bevacqua v Bulgaria*, пред. бр. 71127/01, пресуда од 12. јуна 2008. године. Подносиатељка је бугарска држављанка која је 1995. године закључила брак са супругом са којим је добила дете 1997. године. Она је 2000. године отишла из породичног дома са дететом и покренула поступак развода брака. Отац је имао право на контакт са дететом али је одбио да врати дете мајци и забранио јој контакт са дететом. Након што је мајка једном приликом поново узела дете, отац је насилно ушао у њен стан, одузео дете и извршио насиље над подносиатељком. Мајка се након тога преселила са дететом у сигурну кућу у другом граду. Након што су домаће власти изјавиле да ће оптужити мајку за отмицу детета, она је пристала да заједно са оцем врши родитељско право уз договор да дете сваки месец буде код једног од родитеља. Насиље према подносиатељки се наставило и у периоду када је дете боравило код оца. Сви догађаји везани за насиље дешавали су се током 2000. године. У складу са таквим околностима, домаће власти су доделиле вршење родитељског права мајци. Мајка се 2003. године одселила у Италију. Мајка се жалила да је пропустом домаћих власти да оптуже оца за насиље у породици, дошло до повреде њеног права на поштовање породичног живота.

¹¹⁵⁸ Насиље над женама посебно долази до изражаја након што се одлуче да покрену поступак развода брака, С. Humphreus, R. K. Thiara, *Neither Justice nor Protection: Womens' Experiences of Post-Separation Violence*, у S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006, стр. 475.

¹¹⁵⁹ О штетном утицају присуствовања детета породичном насиљу, P. Eastaеl, D. Grey, *Risk of Harm to Children from Exposure to Family Violence: Looking at How it is Understood and Considered by the Judiciary*, *Australian Journal of Family Law*, Vol. 27, Num. 1, May 2013, Chatswood, стр. 61. ЕСЈП се позвао на Препоруку Рес (2002) 5 Комитета Министара Савета Европе о заштити жена од насиља, као и на члан 4 (ц) Декларације УН о спречавању насиља над женама.

¹¹⁶⁰ H. Douglas, R. Fitzgerald, *Strangulation, Domestic Violence and the Legal Response*, *The Sydney Law Review*, Vol. 36, Num. 2, Jun 2014, Sydney, стр. 233, детаљно описује радње физичког насиља које се сматрају насиљем у породици.

¹¹⁶¹ О овој пресуди и Љ. Спиоровик - Трпеновска, Д. Мицковик, А. Ристов, *Семејно Право*, Скопље, 2013, стр. 227.

породичног живота родитељу или детету који су жртве насиља.¹¹⁶² Може се рећи да заштита од насиља у породици преко члана 8. и права на поштовање породичног живота делује као допунска, супсидијарна заштита у односу на члан 3. Конвенције. Тек ако се заштита не може пружити чланом 3, јавља се могућност заштите преко члана 8. Конвенције. ЕСЉП стоји на становишту да присуствовање детета насиљу у породици има штетан утицај на његово право на поштовање породичног живота.

9. Други случајеви у којима је утврђено да се не односе на члан 8.

ЕКЉП

Постоји један број случајева у којима је ЕСЉП утврдио да се не односе на право на поштовање породичног живота. Ови случајеви сведоче у прилог једне од наших хипотеза да право на поштовање породичног живота представља право које штити однос између најмање две особе, а не самостално породично право које се штити (право на брак, право на усвојење, право на контакт). Наведени случајеви односили су се на породичну пензију,¹¹⁶³ право оца да буде консултован у вези абортуса мајке,¹¹⁶⁴ премештања урне супруга у други град где сада супруга живи са децом,¹¹⁶⁵ кажњавање инцеста између крвних сродника.¹¹⁶⁶

¹¹⁶² S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010, стр. 382.

¹¹⁶³ *Domech Pardo v Spain*, пред. бр. 55996/00, пресуда од 3. маја 2001. године.

¹¹⁶⁴ *Boso v Italy*, пред. бр. 50490/99, пресуда од 5. септембра 2002. године. ЕСЉП је утврдио да право оца на поштовање породичног и приватног живота не обухвата право да буде консултован око одлуке његове супруге да изврши прекид трудноће, с обзиром на то да је то одлука која се у највећој мери тиче мајке.

¹¹⁶⁵ *Elli Poluhas Dodsbo v Sweden*, пред. бр. 61564/00, пресуда од 17. јануара 2006. године.

¹¹⁶⁶ *Stubing v Germany*, пред. бр. 43547/08, пресуда од 12. априла 2012. године. Подносилац, немачки држављанин, са три године је смештен у хранитељску породицу, а након тога усвојен. Он није имао контакт са својом биолошком породицом. Подносилац је 2000. године обновио контакт са својом биолошком породицом и започео интимну везу са својом биолошком сестром старом 16 година. Они су отпочели заједнички живот и добили четворо деце. Подносилац је неколико пута притваран за кривично дело инцеста, док његова сестра услед поремећаја личности и заосталости у развоју није кривично гоњена. Жалбе подносиоца на донете пресуде су одбијене, као и жалба поднета Уставном суду. ЕСЉП је истакао да међу државама чланицама Савета Европе нема консензуса по питању криминализације добровољних сексуалних односа између одраслих браће и сестара. Ипак, већина држава (24 од укупно 44) предвиђа кривичну одговорност у овим случајевима, као и оне државе које забрањују закључење брака између браће и сестара. ЕСЉП констатује да постоји консензус у погледу неприхватљивости инцеста између браће и сестара, како у правном, тако и у друштвеном аспекту. Инкриминација инцеста оправдана је ради заштите породице и јавног здравља. Ови односи могу озбиљно нашкодити породици, али и друштву као целини. ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота.

Најпре, до повреде права на поштовање породичног живота може доћи уколико је извршена депортација члана породице, али и уколико је само донета, а није спроведена одлука домаћих власти о депортацији. До депортације долази у две групе случајева: услед извршења кривичног дела или услед кршења имиграционих закона.

Уколико је у питању теже кривично дело, чак и ако је учинилац провео скоро цео живот у домаћој држави и ту се налазе његови преци, браћа, сестре и други рођаци, непостојање брака или деце не доводи до противправности депортације. У првој фази, тражи се да учинилац има своју породицу - супругу и децу. ЕСЉП за утврђивање повреде права на поштовање породичног живота услед депортације не захтева само постојање деце или супруге, већ и одржавање личних односа учиниоца са својом децом или супругом. Понашање учиниоца након извршеног дела има утицај на утврђивање повреде права на поштовање породичног живота. Успешна социјализација учиниоца оличена у закључењу брака, заснивању сопствене породице, проналаску запослења, условљава да је депортација противна члану 8. Конвенције. Међутим, чак ни постојање деце и супруге, као ни одржавање личних односа не доводи да је депортација повредила право на поштовање породичног живота уколико постоје чврсте социјалне и културне везе учиниоца са државом порекла. Цени се и постојање и чврстина веза подносиоца са државом порекла. Ако је особа рођена у држави порекла и има социјалне и културне везе са том државом (често је путовала у државу порекла, има у њој чланове породице), не налази се да депортација доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Додатно, процењује се да ли се дете може услед депортације родитеља адаптирати на животне услове у држави порекла.

Престанак брака имиграната у домаћој држави доводи до губитка дозволе боравка и депортације. Међутим, депортација у случају престанка брака доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Депортација у случају дезинтеграције државе и губитка држављанства не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

Искључиво вршење родитељског права од стране родитеља који треба да буде депортован и немогућност одвијања контакта тог родитеља и детета у случају депортације, повлаче повреду ЕКЉП и члана 8. Додатно, уколико се

родитељ дуже време старао о деци и поред тога што у домаћој држави постоји други родитељ који може вршити родитељско право, депортација родитеља доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Суд уводи критеријуме заједничког живота, блискости и одржавања личних односа између детета и родитеља. Уколико је могуће више, могуће је и мање: депортација родитеља који самостално врши родитељско право и чињеница младог узраста детета које остаје у домаћој држави, повлаче повреду права на поштовање породичног живота.

Пресуде поводом окупљања породице показују да ЕСЉП заузима становиште да право на поштовање породичног живота не подразумева избор најпогодније средине, државе и места за развијање или стварање породичног живота. Тиме, ЕСЉП брани став да се штити само већ успостављени породични живот унутар домаће државе - право на поштовање породичног живота, не и право на породични живот, односно право на формирање породичног живота у другој држави. У супротном би се дозволило да се закључењем брака, рођењем деце или самим доласком у домаћу државу особа које имају децу, омогући настањивање породице на територији одређене државе. Економски разлози намећу ограничења боравка страних држављана на својој територији. Исто тако, економски, или ређе, политички разлози условљавају долазак особа у другу државу.¹¹⁶⁷ У случају придруживања чланова породице у домаћој држави, процењује се да ли је могуће развити породични живот у држави порекла. Ако је то могуће, забрана доласка не повређује право на поштовање породичног живота. У складу са тиме, када се ради о детету, јавља се критеријум постојања особа које се старају о детету у држави порекла. Ако је целокупна породица у домаћој држави, забрана доласка детета представља повреду. И супротно, ако постоје особе (рођаци попут бабе и деде) које се старају о детету, забрана доласка није супротна праву на поштовање породичног живота. Поред овог објективног критеријума, посматра се и субјективни критеријум - да ли је родитељ својевољно оставио децу у држави порекла.

¹¹⁶⁷ D. Zacharias, The Protection of Mothers in British and German Constitutional Law: A Comparative Analysis and a Contribution to the Implementatiton of the European Convention on Human Rights in the Domestic Legal Area, *German Law Review*, Vol. 9, Num. 1/2008, стр. 37.

Насупрот ставовима да је заједнички живот предуслов за развој здравих породичних односа, географска близина не наводи се као услов за постојање породичног живота.¹¹⁶⁸ Посебно се сматра да деца имиграната млађег узраста имају право да успоставе породични живот са својим родитељима у случају да су остављена у другој држави. ЕСЉП у већини случаја нерадо констатује повреду права на поштовање породичног живота услед одбијања државе да дозволи настањење (придруживање) страних држављана, чланова породице досељених држављана, на својој територији.¹¹⁶⁹

ЕСЉП је у случајевима дозволе боравка и успостављања заједничког живота између родитеља имиграната и њихове деце успоставио следеће критеријуме: веза детета са државом порекла (познавање језика), веза детета са државом у којој треба да се настани (познавање језика), старост детета које треба да се придружи родитељу, постојање рођака који се могу старати о детету у држави порекла, број чланова породице који живе у земљи имиграције. Посебно се води рачуна о могућности одржавања породичног живота чланова породице након депортације, односно забране придруживања чланова породице.

Право на поштовање породичног живота подразумева да супружници имигранти имају право да живе заједно у оквиру исте државе.

Међутим, приликом процене повреде права на поштовање породичног живота код окупљања породице, неретко, према нашем мишљењу, недостаје конститутивни елемент - породични живот. Наиме, у случају одласка једног или оба родитеља у другу државу, дуготрајно одсуство родитеља повлачи да престаје или се прекида породични живот између родитеља и детета. Стога, у сваком случају када недостаје елемент породичног живота, ЕСЉП нема основ за утврђивање повреде права на поштовање породичног живота. И овде Суд применом доктрине о намери успостављања породичног живота, као код ванбрачног очинства, пружа заштиту потенцијалном породичном животу. Међутим, док је код ванбрачног очинства немогућност успостављања породичног живота резултат противљења мајке детета, код забране придруживања

¹¹⁶⁸ R. S. Parrenas, *Ideological and Intergenerational Challenges in Filipina Migrant Families*, у L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, стр. 301.

¹¹⁶⁹ A. W. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, стр. 175.

непостојање је последица одлуке родитеља да напусти породицу (дете) и пресели се у другу државу.

Управо код депортације и окупљања породице имамо пример да се дете не јавља увек као субјект права на поштовање породичног живота, већ се право на поштовање породичног живота односи и на одрасле чланове породице - супружнике, али и тазбинске сроднике.

Нема обавезе државе да се спречи депортација ако учинилац кривичног дела није закључио брак - нема супругу, нити децу. Такође, нема обавезе да се спречи депортација ако учинилац поново врши кривична дела, или ако има децу, али не одржава личне односе са децом. Супротно, постоји обавеза да се спречи депортација ако се учинилац примерно понашао након извршења дела и има децу са којом одржава личне односе. У случају постојања деце учиниоца, могућност да се деца адаптирају на живот у држави порекла повлачи да нема обавезе спречавања депортације. Важи и супротно - ако постоје чврсте везе са домаћом државом и деца не могу да се адаптирају на живот у држави порекла, постоји обавеза државе да спречи депортацију. Постојање социјалних и културних веза учиниоца са државом порекла повлачи да нема обавезе спречавања депортације. Непостојање било каквих веза учиниоца са државом порекла, ствара обавезу државе да спречи депортацију. Посебно се цени понашање учиниоца након извршеног дела, тако да успешна социјализација и одсуство понављања дела повлаче обавезу државе да спречи депортацију. Престанак брака не конституише обавезу да држава спроведе депортацију, посебно ако постоје лични односи између детета и родитеља који треба да се депортује.

Обавеза је државе да се у случају постојања опасности по националну безбедност наведу разлози за депортацију. У случају дезинтеграције савезних држава, губитак држављанства не ствара обавезу да се спречи депортација породице или неког њеног члана.

Држава има обавезу да у случају спровођења депортације, уколико не постоји опасност од бекства, размотри примену блажих мера од притварања целокупне породице.

Уколико супружник нема успостављене породичне везе са државом у којој се налази други супружник, нити они имају заједничку децу, не постоји обавеза да се

дозволи долазак тог супружника у домаћу државу. Обавеза је да се дозволи повратак у државу из које је особа својевољно отишла, ако се у тој држави налази целокупна породица те особе, социјалне и културне везе, и ако је она живела у тој држави дуги низ година.

Не постоји обавеза државе да омогући развијање породичног живота у држави по избору чланова породице. Уколико родитељи поднесу захтев да им се дете придружи, држава има обавезу да размотри и одлучи о захтеву родитеља. Кад је у питању придруживање детета родитељима, нема обавезе да се омогући придруживање детета родитељима у домаћој држави ако родитељи могу у земљи порекла да развијају породични живот са дететом. Последично, ако дете има чврсте везе са државом порекла и ако постоје особе које се у тој држави старају о детету, нема обавезе да се омогући придруживање детета родитељима. Ако се целокупна породица детета налази у домаћој држави, то конституише обавезу да се дозволи долазак детета. Уколико пре, ако је дете послато у државу порекла против своје воље, постоји обавеза да се дозволи повратак детета у државу где се налази целокупна његова породица. Одлука родитеља да напусти децу и пресели се у другу државу не ствара обавезу да се деци омогући долазак код родитеља. Уколико родитељ и дете немају контакт у дужем временском периоду услед одласка родитеља у домаћу државу, а дете има чврсте везе са државом порекла, нема обавезе да се омогући долазак детета. За стварање обавезе државе на окупљање породице посматра се и вршење родитељског права. Тако, невршење родитељског права у дужем временском периоду, уз чврсте везе детета са државом порекла, повлачи да нема обавезе придруживања детета родитељу. Држава има обавезу да не раздваја супружнике-имигранте који живе у истој држави упркос административним препрекама за њихов заједнички живот.

Објективне околности постојања брака, супруге или деце не омогућавају да депортација доведе до повреде права на поштовање породичног живота. Одлучујући критеријум за утврђивање повреде права на поштовање породичног живота представља непостојање породичних, језичких, социјалних и културних веза са државом порекла. *Vice versa* - ако особа има снажне породичне, културне и социјалне везе у домаћој држави депортација доводи до повреде права. Чак ни постојање супруге и деце у домаћој држави, уколико се са друге стране, утврди

постојање чврстих веза са државом порекла, не доводи да је депортација повредила право на поштовање породичног живота.

Глава IX

Заједнице хомосексуалних и транссексуалних особа

1. Заједнице особа хомосексуалне оријентације

1.1. Брак - заједница жене и мушкарца?

Вековна и миленијумска дефиниција брака као животне заједнице жене и мушкарца доведена је савремено доба под знак питања. Одатле почиње пут брачног и породичног права на *terra incognita*. Знамо да се више са сигурношћу не може тврдити да се брак односи само на жену и мушкарца, али, ипак, не можемо рећи шта је извесно у савременом европском породичном праву.¹¹⁷⁰ Питање брака и различитости полова своди се на то да ли савремени појам брака подразумева и заједницу живота две особе истог пола.

Спорно питање око дефинисања брака тиче се питања полности. У европским правним системима, од три конститутивна елемента брака - пола, форме и броја субјеката, једино је полност постала спорна. Породично право почело је да умањује значај чињенице полности, али и сексуалних односа, како између партнера, тако и у случају прокреације, и више пажње усмерава на избегавање дискриминације на основу полности и сексуалности.¹¹⁷¹ У неким областима породичног права биолошка чињеница сексуалног односа задржава примат. То је

¹¹⁷⁰ Све различите савремене форме породичних односа имају основ у компаративном или моделу разлика. Први модел истиче поређење свих нових породичних форми (ванбрачне заједнице, хомосексуалне заједнице, породице једног родитеља и детета) са традиционалном (нуклеарно-брачном) породицом. Традиционална породица је основ, матрица за поређење и стварање нових форми. Модел разлика признаје мноштво породичних форми и не издваја нити једну од њих. Традиционална породица је само једна од многобројних равноправних форми. О томе, V. Mazzotta, *Same-Sex Relationships in Italy*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 202. За хомосексуалне заједнице видети још, A. Singer, *Equal Treatment of Same-Sex Couples in Sweden*, *The International Survey of Family Law 2010 edition*, Bristol, 2010, стр. 394; T. P. Novales, *Cohabitation: The Ideological Debate in Spain*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 221-240; M. Cottier, *Registered Partnership for Same-Sex Couples in Switzerland: Constructing a New Model of Family Relationships*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 181-200.

¹¹⁷¹ *Fitzpatrick v Sterling Housing Association* (2001) 1 FLR 571; 1 AC 27. За транссексуалне особе видети случај, *Bellinger v Bellinger* (2002) 1 FLR 1043. О томе и дефиницији породице, R. Probert, *Cretney's Family Law*, London, 2003, стр. 1.

област издржавања, где чињеница зачећа детета, природним, сексуалним путем рађа правну обавезу издржавања детета.

Питање полности може изазвати проблеме у стицању породичних права у случајевима хомосексуалности и транссексуализма.¹¹⁷² Повреда права наведених категорија особа у досадашњој пракси ЕСЈП тумачена је као повреда права на приватни, не и на породични живот. Реч је о правима истополних парова без деце, као и правима особа које су промениле пол. У већини случајева ради се о томе да не постоји породични живот између особе хомосексуалне оријентације и неке друге особе (детета), као што је то случај у осталим аспектима права на поштовање породичног живота. Једини изузетак односи се на случај када се одлучује о вршењу родитељског права, а домаћи суд позивањем на хомосексуалну оријентацију једног родитеља одлучи да је то искључујућа околност за вршење родитељског права. У том случају између детета и родитеља постоји породични живот и одбијање вршења родитељског права повлачи повреду права на поштовање породичног живота. Међутим, реч је о томе да дете биолошки потиче од родитеља који је (накнадно) хомосексуално оријентисан. Наиме, имајући у виду полазну хипотезу нашег рада да право на поштовање породичног живота подразумева однос између најмање две особе, у свим односима који спадају под појам права на поштовање породичног живота разматраних у нашем раду налази се дете, као и однос детета и других особа (утврђивање порекла детета, вршење и лишење родитељског права, контакт детета и других особа, депортација детета, отмица детета). У случају особа хомосексуалне оријентације не постоји услов постојања породичног односа између њих и друге особе, члана породице. Реч је, најчешће, о признању извесног права овим особама као што је нпр. право на закључење брака, право на усвојење, право на стицање родитељског права, право на контакт са дететом. Право на поштовање породичног живота има примену само у односу између хомосексуалних партнера. Породични живот постоји између хомосексуалних партнера. Питање права на поштовање породичног живота уско је повезано са дискриминацијом, а с тим у вези, ЕСЈП стоји на становишту да је дискриминација на основу сексуалног опредељења супротна

¹¹⁷² Наводи се и да кастрати, као особе без пола, могу бити спорни, С. Панов, Породично право, Београд, 2011, стр. 68.

ЕКЉП.¹¹⁷³ Европска конвенција о људским правима предвиђа да хомосексуалне активности не могу бити предмет кривичног гоњења.¹¹⁷⁴

1.2. Признање брака и заједнице особа истог пола

Приступ признавања нових породичних форми повлачи за собом извесне последице. Није могуће у исто време постићи изједначавање заједница особа истог пола и брака, и сачувати брак као базну институцију породичног права и друштва.¹¹⁷⁵ Та два циља међусобно се искључују.

Ако се појам брака не везује искључиво за заједницу живота жене и мушкарца, према аргументацији *pro* дозвољавање закључења хомосексуалних бракова, у теорији се поставило питање да ли се и заједнице две особе истог пола као што су пријатељство или цимерство, које споља испуњавају извесне одлике брака (постојање заједничког живота), могу према неким правима и обавезама изједначити са браком. Неки аутори, попут *Eekelaar*, породично право поистовећују са овим и сличним односима личне природе.¹¹⁷⁶ Чак и ако одређени однос испуњава неке функције, карактеристике одређеног односа, то не значи да се може изједначити са тим односом, посматрано са правне стране. Питања закључења брака између особа истог пола и добијања потомства показују се као неодвојива, с обзиром на то да се након признавања права на брак особама истог пола, може (оправдано) поставити захтев да се додели право на добијање потомства овим особама. Утолико пре се поставља као нужно питање да ли се сврха брака код особа истог пола тумачи на исти начин као и код особа различитог пола, а своди се на чињеницу рађања деце.

Почевши од 80-их година XX века, најпре Европска комисија, а потом и ЕСЉП изричито су одбијали да прихвате да заједница живота особа истог пола конституише породични живот. Права хомосексуалних особа нису била предмет повреде права на поштовање породичног живота заштићеног чланом 8. ЕКЉП.

¹¹⁷³ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 88.

¹¹⁷⁴ B. Stark, *The PRINCIPLES on Agreements: "Fairness" and International Human Rights Law*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 399.

¹¹⁷⁵ L. Glennon, *Targeting the Exclusionary Impact of Family Law*, у Mavis Maclean, *Family Law and Family Values*, Oxford, 2005, стр. 166.

¹¹⁷⁶ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 31.

Претежно је хомосексуалним особама пружана заштита кроз повреду права на поштовање приватног живота. Међутим, овакав приступ важио је све до 2010. године, када је ЕСЉП по први пут у својој историји у случају *Schalk и Kopf против Аустрије* пресудио да се однос између особа истог пола може подвести под појам породичног живота. Овом пресудом у потпуности је још једном дат смисао ставу да је ЕКЉП жив инструмент који се развија у зависности од друштвених околности и конкретних услова савременог (породичног) живота.¹¹⁷⁷ Сматрано је да би било вештачки задржати став, у светлу нарастајућег европског консензуса поводом признања права из заједница особа истог пола, да за разлику од особа различитог пола, хомосексуални партнери не могу уживати породични живот. Хомосексуални партнери налазе се у сличном положају са особама различитог пола по питању признања и заштите њиховог односа. Однос хомосексуалног пара који живи заједно у стабилном *de facto* односу ни по чему се не разликује од истог односа особа различитог пола. ЕСЉП примећује да постоји нарастајући европски консензус према правном признању заједница особа истог пола, посебно последњих неколико деценија. Упркос томе, имајући у виду да је ово једно од конвенцијских права у развоју, државе и даље уживају широко поље слободне процене у погледу правне регулације хомосексуалних заједница.¹¹⁷⁸ Пресуда је донета у оквиру члана 8. ЕКЉП и то права на поштовање породичног живота.¹¹⁷⁹

Истиче се потенцијални сукоб ове одлуке Суда, са чланом 12. ЕКЉП који изричито предвиђа да право на закључење брака подразумева особе различитог пола. Насупрот оваквом тумачењу члана 12. Конвенције, стоји да ЕСЉП види брак као институцију која није изричита тапија особа различитог пола.¹¹⁸⁰ Наведена одлука представља велико одступање од дотадашње праксе ЕСЉП, с

¹¹⁷⁷ S. L. Cooper, Marriage, Family, Discrimination and Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights, German Law Journal, Vol. 12. No. 10, 2011, стр. 1747.

¹¹⁷⁸ Тако, у ирском праву заједница две особе истог пола са или без деце, без обзира на постојање посвећености или трајање заједнице, не сматра се породичним односом, C. O' Mahony, Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families, International Journal of Law, Policy and Family, Vol. 26, Issue 1, 2012, стр. 53.

¹¹⁷⁹ О овој пресуди C. Grabenwarter, European Convention on Human Rights - Commentary-, Munich, 2014, стр. 194.

¹¹⁸⁰ S. L. Cooper, Marriage, Family, Discrimination and Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights, German Law Journal, Vol. 12. No. 10, 2011, стр. 1754.

обзиром на то да се као *de facto* породица сматра заједница две особе истог пола без деце. Овом пресудом добијена је (нова) дефиниција породице - за породицу нису неопходна деца. У том случају, може се наметнути и питање разликовања брака, ванбрачне заједнице и породице.

Додатно, у светлу проширења појма породичног живота, намеће се питање да ли је следећи корак у пракси ЕСЉП да се особама које немају децу нити су икада живеле заједно, али су у дужој (вишегодишњој) стабилној и посвећеној вези и имају намеру да успоставе породични живот, призна право на поштовање истог. Одговор на ово питање потражићемо у ближој будућности, у некој од одлука ЕСЉП. Ако се уважи тумачење Конвенције у складу са постојећим друштвеним променама, потврдан одговор могуће је назрети.

У упоредном праву наводе се три приступа правном проблему признања права хомосексуалним особама.¹¹⁸¹ Најпре, системи који признају одређена права особама истог пола на основу регистроване заједнице (Француска, Белгија, Ирска, Мађарска, Немачка¹¹⁸², Данска), системи који не признају права особама истог пола (Србија, Русија, Босна и Херцеговина, Малта, Хрватска¹¹⁸³), и системи који дозвољавају закључење брака између особа истог пола (Данска, Холандија, Шведска, Белгија, Шпанија,¹¹⁸⁴ Португал,¹¹⁸⁵ Исланд). До сада је од 47 држава чланица Савета Европе, њих 22 легализовало брак особа истог пола.

Аргументација у циљу равноправности заједница особа различитог и истог пола залази и у поље родитељског права. Тако, Врховни суд САД сматра да сврха брака није заснивање потомства, већ посебна и стална посвећеност једног супружника другом. Међутим, забрана закључења брака особама истог пола дискриминише њихову децу да уживају све предности које имају деца чији су

¹¹⁸¹ К. Boele-Woelki, А. Fuchs, Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives, Cambridge, 2012, стр. 72.

¹¹⁸² А. Sanders, Marriage, Same-Sex Partnership and German Constitution, German Law Review, Vol.13, Num. 8/2012, стр. 925, за цивилно партнерство у Немачкој.

¹¹⁸³ Хрватска је 2003 године донела Закон о истополним заједницама, али на основу тог закона особама истог пола није дозвољено да закључе брак нити регистровану заједницу.

¹¹⁸⁴ Видети А. Lamarca, Regulating Cohabitation in Spain: The Unconstitutionality of Current Legislation, International Family Law, March 2014, Bristol, стр. 45;

¹¹⁸⁵ К. Boele-Woelki, А. Fuchs, Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives, Cambridge, 2012, стр. 41.

родитељи у браку.¹¹⁸⁶ Канада је у јулу 2005. године омогућила закључење брака између две особе независно од њиховог пола.¹¹⁸⁷

1.3. Право на закључење брака

Однос између особа хомосексуалног опредељења које живе заједно у дуготрајној стабилној заједници представља породични живот. Међутим, одбијање захтева за закључење брака не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случају *Schalk и Kopf против Аустрије*,¹¹⁸⁸ на почетку, поводом повреде члана 12. Конвенције, ЕСЉП је закључио да члан 12. ЕКЉП не гарантује право на брак особама истог пола. ЕСЉП је навео да, иако у то време само шест држава чланица Савета Европе дозвољава брак између особа истог пола, Повеља о основним правима ЕУ дозвољава закључак да брак није установа резервисана

¹¹⁸⁶ B. Stark, *International Family Law*, Ashgate, 2005, стр. 46.

¹¹⁸⁷ M. F. Brinig, *Domestic Partnership and Default Rules*, у R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, стр. 28; J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 152, о процесу легализовања брака између особа истог пола у Канади. У овој држави најзначајнија извор представља судска одлука Врховног суда Канаде у случају *M. v H.* поводом супружничког издржавања, којом је суд законску дефиницију супружника проширио и на лица истог пола. *M. v H.* (1999) 171 DLR 577 (SCC), (1999) 2 SCR 3. О начину на који Врховни суд САД проширује појам брака и на хомосексуалне партнере, D. O. Conkle, *Evolving Values, Animus, and Same-Sex Marriage*, *Indiana Law Journal*, Vol. 89, Num. 1, Winter 2014, Indiana, стр. 34. У погледу стицања права на породичну пензију у Канади, примењена је слична аргументација као у случају *M. v H.*, тако да је и то право проширено на заједнице лица истог пола, *Rosenberg v Canada* (1998), 38 OR (3d) 577. Обе одлуке имале су далекосежне последице. Већ 2000. године савезна влада изменила је 68 одредби закона који се тичу права особа истог пола, а затим је 2005. године донета нова дефиниција брака која гласи: "Брак је законска заједница две особе која искључује све остале". Видети, C. Young, *Taking Spousal Status into Account for Tax Purposes: The Pitfalls and Penalties*, у A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 95.

¹¹⁸⁸ *Schalk and Kopf v Austria*, пред. бр. 30141/04, пресуда од 24. јуна 2010. године. Подносиоци су хомосексуални пар, аустријски држављани који су 2002. године поднели захтев да закључе брак. Њихов захтев је одбијен с обзиром на то да према домаћем праву брак може бити закључен само између особа различитог пола. Уставни суд Аустрије одбио је жалбу и навео да, нити аустријски Устав, нити ЕКЉП, не захтевају да концепт брака, уско везан са родитељством, буде проширен на друге односе, а посебно нема оправдања захтев да се домаће законодавство у том домену промени. У Аустрији је у циљу признавања права особама из хомосексуалних заједница, 1. јануара 2010. године донет Закон о регистрованом партнерству, али су извесна ограничења у погледу забране усвајања деце и подвргавања потпомогнутом оплођењу особа из заједница истог пола и даље задржана. О овим ограничењима, M. Antokolskaia, *Harmonization of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 1, 2010, Bristol, стр. 399. Подносиоци су се жалили да је одбијање захтева за закључење брака, као и различит третман по питању стицања статуса родитеља довео до повреде њиховог права на поштовање породичног живота. Видети и случај *P. B. and J. S. v Austria*, пред. бр. 18984/02, пресуда од 22. октобра 2010. године.

само за особе различитог пола. У исто време, Повеља о основним правима оставља домаћим властима одлуку о омогућавању закључења брака особама истог пола. ЕСЉП, стога, сматра да су домаће власти у бољој позицији да изврше процену и одговоре на захтеве друштва у овој области, уважавајући да брак има дубоку основу у друштвеним и културним правилима, различитим од државе до државе. Није утврђена повреда члана 12. Конвенције. Имајући у виду еволуцију социјалних ставова према хомосексуалним заједницама у Европи у протеклој деценији, ЕСЉП сматра да не би било природно да особе истог пола не уживају право на поштовање породичног живота. Стога, однос хомосексуалних партнера који живе заједно у стабилној вези спада под појам породичног живота и ни у чему се не разликује од истог таквог односа особа различитог пола.¹¹⁸⁹ Особе истог пола имају способност да ступе у стабилне, посвећене односе исто као и особе различитог пола. На основу тога, хомосексуалне особе имају потребу да њихов однос буде правно признат. Различит третман по питању сексуалне оријентације захтева постојање озбиљних разлога. У погледу пружања правне заштите подносиоцима пре 2010. године, ЕСЉП наводи да се ово право сматра правом у развоју без постојања консензуса, где државе имају широко поље слободне процене.¹¹⁹⁰ Такво стање је и у аустријском правном систему, односно аустријском друштву, те држава не може бити одговорна што раније није донела правна правила у овој области. Разлике Закона о регистрованом партнерству у погледу стицања статуса родитеља само одражавају тренд у другим државама чланицама које регулишу ову материју. Штавише, подносиоци се нису позивали на дискриминацију у области родитељског права, тако да се Суд није упуштао у разматрање тог аспекта. ЕСЉП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁹ Тако и А. Sanders, Marriage, Same-Sex Partnership and German Constitution, *German Law Review*, Vol.13, Num. 8/2012, стр. 930.

¹¹⁹⁰ Сматра се да је задатак Суда да процени да ли је нови друштвени однос достигао довољан ниво прихватљивости да би био заштићен Конвенцијом.

¹¹⁹¹ О овој пресуди и А. Т. Guzman, K. Linos, *Human Rights Backsliding*, *California Law Review*, Vol. 102, Num. 3, June 2014, Berkeley, стр. 618; K. Boele-Woelki, A. Fuchs, *Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives*, Cambridge, 2012, стр. 264; N. Bamforth, *Families but not (yet) Marriages? Same - Sex Partners and the Developing European Convention "Margin of Appreciation"*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 23, No. 1, 2011, Bristol, стр. 129.

Ово је први случај у коме је ЕСЉП одлучивао да ли особе истог пола имају право да закључе брак.¹¹⁹² Налазимо да је Суд оправдано одбио да призна повреду права на закључење брака хомосексуалних особа стога што члан 12. Конвенције изричито предвиђа да је брак заједница мушкарца и жене.

1.4. Станарско право, право на породичну пензију, наследно право

Одбијање примене одредби о ослобођењу од пореза на сестре које живе у заједничком домаћинству, а које се примењују на особе у хомосексуалним заједницама не представља повреду права на поштовање породичног живота и права на равноправност.

Опасност превеликог проширења граница породичног права поводом хомосексуалних односа и на друге односе особа истог пола, огледа се у случају *Burden против Уједињеног Краљевства*,¹¹⁹³ када су две сестре тражиле да се на њих примене одредбе о ослобођењу плаћања пореза након смрти једне од њих, с обзиром на то да је такво право важило за заједнице хомосексуалних особа које су живеле у истом домаћинству. Сестре, *Joyce* и *Sybil Burden*, рођене 1918. и 1925. године, живеле су заједно цео живот у заједничком породичном дому, као и тридесет година након што су њихови родитељи преминули. Сестре су сматрале да су дискриминисане у односу на особе хомосексуалне оријентације и да су њихова људска права повређена тиме што су особе хомосексуалне оријентације могле да буду предмет ослобођења од пореза на основу наслеђивања.¹¹⁹⁴ Ако се

¹¹⁹² Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 1280.

¹¹⁹³ *Burden and Burden v United Kingdom* пред. бр. 13378/05, пресуда од 12. децембра 2006. године. У прилог проширења система признања права особама из истополних заједница на заједнице браће и сестара или пријатеља, L. C. McClain, A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law, у L. C. McClain, D. Cere, What is Parenthood?, New York, 2013, стр. 54; S. L. Cooper, Marriage, Family, Discrimination and Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights, German Law Journal, Vol. 12. No. 10, 2011, стр. 1758. О овој пресуди и Ј. Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Загреб, 2013, стр. 509.

¹¹⁹⁴ Овим путем ишло је и законодавство у Бразилу када се изменама из 1996. године дозволило особама из грађанских партнерстава да имају право на наслеђивање, затим, права из социјалне заштите и здравственог осигурања, породичну пензију, право на усвојење деце. Види, K. S. Rosenn, Recent Important Decisions by the Brazilian Supreme Court, The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 45, Num. 2, Spring 2014, стр. 321.

прихвати функционални приступ, где одређена права (станарско право,¹¹⁹⁵ право издржавања, право наслеђивања) припадају по аналогiji особама хомосексуалне оријентације у регистрованим заједницама искључиво на основу чињенице да врше одређене функције као и оне особе које су у браку, онда не налазимо оправдање да и све особе истог пола које врше исте функције као и хомосексуални кохабитанти не уживају та права. Ипак, ЕСЉП је тесном већином (четири према три) сматрао да сестре нису биле повређене дискриминацијом.¹¹⁹⁶ Однос између сестара, према виђењу ЕСЉП, битно је другачији од оног између супружника, ванбрачних партнера и хомосексуалних партнера.¹¹⁹⁷ Крвно сродство је основ односа између браће и сестара за разлику од односа хомосексуалних партнера и супружника. Међутим, не видимо зашто би особе истог пола које живе у дуготрајној породичној заједници биле онемогућене да уживају пореске олакшице везане за особе хомосексуалне и хетеросексуалне оријентације. Ако се однос хомосексуалних особа ни по чему не разликује од односа особа различитог пола, онда се ни однос сестара не разликује од односа особа хомосексуалне оријентације. У супротном, долазимо до закључка да би сестре оствариле право на пореске олакшице ако би просто изјавиле да су хомосексуалне оријентације, имајући у виду да не би било могуће утврдити постојање сексуалних односа између њих, као јединог елемента који разликује заједнице хомосексуалних особа од заједница особа истог пола попут сродника или пријатеља.

Одбијање доделе станарског права особама из пријатељског односа не представља повреду права на поштовање породичног живота.

¹¹⁹⁵ R. Collier, *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995, стр. 53.

¹¹⁹⁶ Критички осврт на овај случај у погледу тога да се однос *Burden* сестара не може ни по чему посматрати друкчије од односа две особе хомосексуалног опредељења, M. Welstead, *The Family the Law Forgot*, *The International Survey of Family Law* 2010 edition, Bristol, 2010, стр. 120.

¹¹⁹⁷ R. Probert, *Cretney and Probert's Family Law*, London, 2009, стр. 21.

Веома занимљив случај *Korelc против Словеније*,¹¹⁹⁸ говори о признавању станарског права мушкарцу који је живео у пријатељском односу и животној заједници са другим мушкарцем.¹¹⁹⁹ ЕСЉП је навео да подносиоцу није признато станарско право, не на основу чињенице да је постојала заједница између њега и особе истог пола, већ што таква заједница није била емотивна, већ економска заједница. Даље, постоји разликовање брачних, ванбрачних и хомосексуалних заједница, са једне стране, и осталих заједница, попут предметне, са друге стране. Суд сматра да се подносилац не може подвести под појам „особе која је била са власником у дуготрајном стабилном односу“, а под који спадају хетеросексуални и хомосексуални партнери власника. Иако се може сматрати да веза подносиоца са преминулим има, поред економских и емотивне аспекте, она се битно разликује од односа крвних сродника (родитеља и детета), као и брачних, ванбрачних и хомосексуалних партнера. Заједница подносиоца није имала елементе породичног живота већ искључиво дељења економских користи. ЕСЉП је слично као и у случају *Burden*, одбио да призна повреду члана 8. и члана 14. Конвенције, позивајући се да се за потребе стицања станарског права породичним животом не може сматрати пријатељски однос или однос између даљих крвних сродника, насупрот стабилној заједници особа хомосексуалне оријентације.¹²⁰⁰ Сматрамо да би признавање постојања породичног живота између особа које живе заједно у пријатељском или цимерском односу било претерано проширење граница породичних односа. Наиме, односи пријатељства могу бити лични односи и спадати под појам приватног живота, али никако не би смели улазити под појам породичног живота.

¹¹⁹⁸ *Korelc v Slovenia*, пред. бр. 28456/03, пресуда од 12. маја 2009. године. Подносилац, словеначки држављанин рођен 1946. године, доселио се након развода брака 1990. године код пријатеља свога оца. Подносилац је од маја 1992. године имао стално пребивалиште код очевог пријатеља и био је у уговору о закупу наведен као особа која може да користи стан. У априлу 1993. године очев пријатељ је преминуо. Домаће власти су обавестиле подносиоца, имајући у виду да није члан породице, да он нема станарско право и, стога, има обавезу да напусти стан. Међутим, подносилац се позвао на то да ако постоји могућност да особе које живе заједно у ванбрачној заједници или хомосексуалном односу наследе станарско право, нема оправдања да то не може и он у односу на преминулог власника. Он се позвао да је између њих постојала "дуготрајна стабилна заједница". Власти су, супротно, нашле да је између њих постојала само "економска заједница". Подносилац се жалио да је различито третирање њега у односу на хомосексуалне partnere довело до повреде права на равноправност у вези са правом на поштовање приватног и породичног живота.

¹¹⁹⁹ Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, стр. 319.

¹²⁰⁰ K. Boele-Woelki, A. Fuchs, Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives, Cambridge, 2012, стр. 62.

Немогућност да хомосексуална особе стекне право на породичну пензију свог преминулог партнера не представља повреду Конвенције.

Економски ефекти заједница особа истог пола били су поново предмет одлучивања пред ЕСЉП у случају *Mata-Estevez против Шпаније*,¹²⁰¹ Суд је на почетку истакао, имајући у виду претходну праксу, да дуготрајни хомосексуални однос између два мушкарца не спада у појам породичног живота.¹²⁰² И поред повећане тенденције ка судском и законском признању стабилних хомосексуалних заједница, у државама чланицама не постоји заједничка основа по овом питању, и стога, државе уживају широко поље слободне процене. Последишно, однос подносиоца и његовог партнера не може се сматрати породичним, већ приватним животом. Суд је приметио у вези са чланом 14. Конвенције да би подносилац био различито третиран у погледу наслеђивања породичне пензије да је био супротног пола.¹²⁰³ Такође, брак је сматран претходним условом за стицање права на породичну пензију. ЕСЉП је нашао да различито третирање има за циљ заштиту породичних односа заснованих на брачним везама. Није утврђена повреда члана 8. нити члана 14. Конвенције. Сматрамо да породична пензија треба да буде предмет наслеђивања од стране хомосексуалног партнера имајући у виду да је реч о економској користи која у себи садржи међусобну посвећеност супружника (ванбрачних партнера) током трајања заједнице живота, а која има ефекте након што један партнер премине.

Одбијање признања станарског права надживелом хомосексуалном партнеру представља повреду Конвенције.

¹²⁰¹ *Mata-Estevez v Spain*, 56501/00, пресуда од 10. маја 2001. године. Подносилац преставке, шпански држављанин рођен 1953. године, живео је десет година у хомосексуалној заједници са мушкарцем. Они нису могли да закључе брак с обзиром на то да то није било дозвољено домаћим нормама. Након што је 1997. године подносиочев партнер преминуо, одбијен је захтев да подносилац наследи породичну пензију резервисану само за супружнике преминулог корисника. Домаћи суд је сматрао да чланови 8. 12. и 14. Конвенције не гарантују једнак третман *de facto* хомосексуалних заједница и хетеросексуалних бракова. Врховни суд је одбио жалбу подносиоца и навео да је задатак законодавца, а не суда, да заузме став по питању проширивања права на породичну пензију на стабилне *de facto* заједнице, без обзира да ли су оне хетеросексуалне или хомосексуалне природе. Подносилац се жалио да је различито третирање хомосексуалних заједница у односу на брачне заједнице повредило његово право на равноправност и право на поштовање приватног и породичног живота.

¹²⁰² *X. and Y. v. the United Kingdom*, пред. бр. 9369/81, пресуда од 3. маја 1983. године; *S. v. the United Kingdom*, пред. бр. 11716/85, пресуда од 14 маја. 1986. године.

¹²⁰³ N. Bamforth, Families but not (yet) Marriages? Same - sex Partners and the Developing European Convention "Margin of Appreciation", *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 23, No. 1, 2011, Bristol, стр. 132.

У случају *Karner против Аустрије*,¹²⁰⁴ ЕСЉП је истакао да треба да постоје нарочито оправдани разлози за различито третирање на основу пола и сексуалне оријентације.

Домаћи судови су утврдили да је смисао одредбе Закона о закупу да заштити и хетеросексуалне и хомосексуалне особе које нису биле у браку а дуг временски период су живеле заједно, да изненада не остану без дома након што премине њихов партнер. Суд може да прихвати став Врховног суда да постоји намера заштите традиционалне породице, што повлачи различито третирање подносиоца.¹²⁰⁵ Међутим, циљ заштите традиционалне породице је апстрактан, а у свим сегментима када је поље слободне процене домаће државе сужено, као што је у овом случају, треба да постоји принцип пропорционалности између предузете мере и циља који се жели остварити.¹²⁰⁶ У овом случају реч је о заштити конкретног права подносиоца, а то је његово станарско право. ЕСЉП није био уверен да је различито третирање имало оправдања и утврдио је повреду члана 14. у вези са чланом 8. Конвенције.¹²⁰⁷

Немогућност стицања станарског права након што је преминуо партнер из хомосексуалне заједнице, представља повреду Конвенције.

¹²⁰⁴ *Karner v. Austria*, пред. бр. 40016/98, пресуда од 24. јула 2003. године. Подносилац је аустријски држављанин, рођен 1955. године, који је од 1989. године живео са мушкарцем у хомосексуалној заједници. Партнер подносиоца је био купац стана и они су заједно носили трошкове становања. Партнер је преминуо 1994. године. Аустријско право није предвиђало да станарско право може да се пренесе на хомосексуалног партнера. Власник стана је 1995. године започео поступак избацивања подносиоца из стана, али су првостепени и другостепени судови одбили захтев са образложењем да хомосексуални партнер, као и супружник и ванбрачни партнер, спада у чланове породице који имају право да наследе станарско право. Жалба власника је одбијена. Међутим, 1996. године, Врховни суд је прихватио жалбу власника и навео да под термином "животна заједница", у време када је донет Закон о закупу, 1974. године, намера законодавца није била да се њиме обухвати и хомосексуална особа као члан породице. Подносилац је у септембру 2000. године преминуо али је његов адвокат наставио поступак са ннамером да његови наследници стекну станарско право. Подносилац се жалио да је немогућност стицања станарског права повредило право на равноправност у вези са правом на поштовање породичног живота.

¹²⁰⁵ С. McGlynn, *Families and European Union Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006, стр. 15.

¹²⁰⁶ Према издвојеном мишљењу једног судије у овом случају: "...нејасно је како одбијање да се призна заједница особа истог пола може угрозити право особа хетеросексуалне оријентације да закључе брак ако желе...", J. Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, стр. 70.

¹²⁰⁷ M. Harper, M. Downs, K. Landells, G. Wilson, *Civil Partnerships: The New Law*, Bristol, 2005, стр. 16; J. Murphy, *Same-sex Marriage in England: a Role for Human Rights*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 16, No. 1, 2004, Bristol, стр. 257; R. Probert, *Cretney and Probert's Family Law*, London, 2009, стр. 21.

У случају *Kozak против Пољске*,¹²⁰⁸ ЕСЉП је навео да је у случајевима дискриминације на основу пола и сексуалне оријентације поље слободне процене држава сужено. Суд се слаже са домаћим властима да је приметно постојање контрадикторности по питању постојања заједнице живота између подносиоца и његовог партнера у време када је партнер преминуо. Према домаћим правилима, станарско право је могла стећи особа која живи са закупцем у *de facto* брачном односу. На основу такве одредбе, хомосексуалним особама није дозвољено да стекну станарско право, иако се налазе у стабилној емотивној и економској заједници. *De facto* кохабитација се примењује само на однос између жене и мушкарца. Ценећи циљ пољских власти да на овај начин штите породицу као заједницу жене и мушкарца, Суд сматра да се Конвенција има тумачити као жив инструмент у складу са промењеним друштвеним околностима и да не постоји само један начин на који настаје приватни и породични живот. ЕСЉП је подвукао да породични живот обавезно мора узети у обзир друштвени развој и промене у схватању грађанског статуса и личних односа, у смислу да не постоји само један облик одвијања породичних односа.¹²⁰⁹ Накнадно брисање одредбе пољског права о разликовању брачних и других заједница при стицању станарског права, говори о неоправданом разликовању хомосексуалних у односу на друге облике заједница. Утврђена је повреда чланова 8. и 14. Конвенције.

Супротно, у случају *Simpson против Уједињеног Краљевства*, који се тичао признавања станарског права особи хомосексуалне оријентације која је надживела своју партнерку, утврђено је да разликовање између хомосексуалних партнера и

¹²⁰⁸ *Kozak v Poland* пред. бр. 13102/02, пресуда од 2. марта 2010. године. Подносилац је пољски држављанин рођен 1951. године, који од 1989. има место пребивалишта у стану који је закупио његов хомосексуални партнер. У априлу 1998. године његов партнер је преминуо. Захтев подносиоца да му се омогући потписивање уговора о закупу стана, на основу постојања стабилне хомосексуалне заједнице са својим партнером је одбијен. Према наводима домаћих власти, заједница између подносиоца и партнера је престала пре него што је партнер преминуо. Домаће власти су покренуле у априлу 1999. године поступак за избацивање подносиоца из стана. Жалба на одлуку суда о избацивању је одбијена у септембру 2001. године. Подносилац се жалио да је немогућност стицања станарског права услед хомосексуалне оријентације повредила његово право на равноправност у вези са правом на поштовање породичног живота.

¹²⁰⁹ За уређење хомосексуалних заједница у Пољској, К. Boele-Woelki, А. Fuchs, *Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives*, Cambridge, 2012, стр. 66.

супружника има оправдање у традиционалном фаворизовању брачне над другим заједницама.¹²¹⁰

Базна полазна тачка у признању повреде, пре свега, права на равноправност особама из истополних заједница, била је да економска дискриминација није била оправдана у односу на материјална права која стичу та лица, као што се то чини код заједница особа различитог пола.¹²¹¹ Критеријум економске угрожености био је одлучујући у признању одређених права лицима хомосексуалне оријентације (право на деобу заједничке имовине, станарско право,¹²¹² право на издржавање,¹²¹³ право на наслеђивање, право на породичну пензију).¹²¹⁴

Наш став је да особама хомосексуалне оријентације треба признати право на породичну пензију и станарско право, али не путем права на поштовање породичног живота, с обзиром на то да није испуњен основни услов који се тиче постојања права на поштовање породичног живота - постојање односа, већ је реч о имовинском праву одређене особе, праву на породичну пензију, праву на станарско право, праву на закључење брака. Такође, не постоји ни услов да је реч о односу *inter vivos*. Право на поштовање породичног живота не обухвата имовинска права попут издржавања или поделе заједничке имовине, а утолико пре, не садржи ни станарско право или право на породичну пензију. Мишљења смо да ова права треба да буду регулисана посебним законима (нпр. Законом о пензијско-инвалидском осигурању и Законом о основама својинско-правних односа).

¹²¹⁰ J. Murphy, Same-sex Marriage in England: a Role for Human Rights, Child and Family Law Quarterly, Vol. 16, No. 1, 2004, Bristol, стр. 257.

¹²¹¹ S. B. Boyd, "Mariage is More Than Just a Piece of Paper": Feminist Critiques of Same sex Marriage, National Taiwan University Law Review, Vol. 8, Num. 2, September 2013, Taipei, стр. 278.

¹²¹² Посматрајући судску праксу домаћих држава, у Уједињеном Краљевству су се особе хомосексуалне оријентације у случајевима *Ghaidan v Godin-Mendoza* (2004) 2 FLR 600 и *Fitzpatrick v Sterling* (2000) 1 FLR 271, позивале на повреду станарског права након смрти својих партнера. Видети, M. Harper, M. Downs, K. Landells, G. Wilson, Civil Partnership The New Law, Bristol, 2005, стр. 17; K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, European Challenges in Contemporary Family Law, Antwerpen, 2008, стр. 120; J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 150.

¹²¹³ L. Glennon, Targeting the Exclusionary Impact of Family Law, у Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, стр. 163.

¹²¹⁴ Да је економски моменат централни елемент захтева хомосексуалних особа да стекну право на закључење брака, изјашњава се и *Mary Ann Glendon*, J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, стр. 43.

1.5. Хомосексуалне особе и стицање родитељског права

Немогућност утврђивања правне везе (признања) између детета и хомосексуалне партнерке мајке детета, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

ЕСЉП се поводом родитељских права хомосексуалних особа изјашњавао у пресуди *Kerkhoven против Холандије*.¹²¹⁵ Суд је истакао да члан 8. Конвенције штити и брачну и ванбрачну породицу. Међутим, иако је дошло до промене ставова према хомосексуалцима, стабилан хомосексуалан однос између две жене не спада у појам породичног живота. Суд је приметио да немогућност утврђивања правне везе са дететом не спречава подносиоце да живе заједно као породица. Једина практична последица немогућности признања детета од стране партнерке биолошке мајке огледа се у томе да након што престане однос између партнерки или биолошка мајка премине, друга подносиатељка не може вршити родитељско право у вези детета. ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота. Пресудом је установљено правило да држава нема обавезу омогућавања особама из хомосексуалних заједница од којих дете генетски не потиче да стекну родитељско право у случају када је дете рођено потпомогнутим оплођењем.¹²¹⁶ Партнерка мајке која је родила дете уз биомедицински потпомогнуто оплођење не стиче родитељско право с обзиром на то да нема заштиту путем права на поштовање породичног живота.¹²¹⁷ Насупрот ставу да особама хомосексуалне оријентације треба признати економска права, сматрамо да је одлука Суда о

¹²¹⁵ *Kerkhoven v Netherlands*, пред. бр. 15666/89, пресуда од 19. маја 1992. године. Подносиоци су две жене, особе хомосексуалног опредељења, и дете рођено биомедицинским оплођењем, сви холански држављани. Партнерке су живеле у хомосексуалној заједници од 1983. године, а дете које потиче генетски само од прве подносиатељке рођено је биомедицинским оплођењем у новембру 1986. године. У јануару 1987. године подносиатељке су тражиле од суда да обе врше родитељско право над дететом. Суд је одбио захтев, а Врховни суд је по жалби навео да према домаћем праву ванбрачни родитељи могу стећи родитељско право само ако обоје имају правну везу са дететом, као и да једино ванбрачни отац може признати очинство над дететом, не и мајка. Подносиатељке су се жалиле да је одбијање вршења родитељског права повредило право на поштовање породичног живота.

¹²¹⁶ L. Clements, N. Mole, A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, London, 1999, стр. 180.

¹²¹⁷ Питање стицања родитељских права хомосексуалних особа било је предмет одлучивања и у случају *X. Y. u Z. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, M. Antokolskaia, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006, стр. 426; N. G. Maxwell, C. J. Forder, *The Inadequacies in U.S. and Dutch Adoption Law to Establish Same-Sex Couples as Legal Parents: A Call for Recognizing Intentional Parenthood*, *Family Law Quarterly*, Vol. 38, No. 3, Autumn 2004, Chicago, стр. 647; G. Shannon, *Child Law*, Dublin, 2010, стр. 94.

одбијању стицања родитељског права хомосексуалне партнерке, без постојања генетске везе са дететом, добро решење, имајући у виду да мајка детета врши родитељско право. Несумњиво је постојање породичног живота између партнерке мајке и детета. У случају да мајка детета из одређених правних или фактичких разлога буде онемогућена да врши родитељско право, њена партнерка би могла да стекне родитељско право путем усвојења. Напомињемо да се једина могућност стицања родитељског права хомосексуалних особа путем права на поштовање породичног живота огледа у томе да се већ остварен породични живот са дететом свог партнера правно призна. Право на поштовање породичног живота не подразумева остваривање родитељског права две особе хомосексуалне оријентације које немају дете. Идентично као код особа различитог пола, не признаје се право на потомство, већ на заштиту већ успостављеног односа са дететом.

Правно признање хомосексуалних заједница у себи садржи вредносне елементе. Наиме, признање права особама у хомосексуалним заједницама подразумева уважавање чињеница да ове особе добијају правни статус захваљујући истим вредностима које постоје у њиховим заједницама - вредностима неге, заштите, помагања, а које су својствене и (ван)брачним заједницама особа различитог пола.¹²¹⁸

1.6. Парадокс савремених тенденција заједница хомосексуалних особа

Истицање дискриминације особа истог пола које живе у одређеним облицима заједничког живота формирало је у теорији нов термин „хетеронормативности“, под којим се подразумева скуп правних норми којима се регулишу само односи између особа различитог пола.¹²¹⁹ Међутим, иако се особе хомосексуалне оријентације позивају на вредности особа различитог пола, као што је брак, сама теорија права особа истог пола декларише се као „отпор режиму нормалног“.¹²²⁰ Својеврстан парадокс огледа се у томе да се отпор од традиционалних вредности

¹²¹⁸ A. Bottomley. S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 5.

¹²¹⁹ N. Seuffert, *Same-Sex Immigration: Domestication and Homonormativity*, у A. Bottomley. S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009, стр. 143.

¹²²⁰ *Ibid.*, стр. 132.

оличава управо у позивању на права и форму једне институције традиционалне природе, као што је брак. Особе у заједницама истог пола истичу да желе успостављање односа заснованог на извесној форми - форми брака. Тенденције савременог породичног права показују намеру за развргнућем форме и флексибилним обрасцима породичних односа. Отуда се намеће питање како однос који нема карактеристике традиционалног формалног односа - хомосексуални однос, не пронађе специфичан назив и начин правне регулације унутрашњих права и обавеза, већ има намеру да буде уређен по угледу на једну традиционалну установу као што је брак.

1.7. Унификација европског породичног права и права хомосексуалних особа

Једно од значајних питања у предметној области постаје и признање закључених форми хомосексуалних заједница у другој јурисдикцији.¹²²¹ Хашка конференција не предвиђа надлежност за униформно регулисање заједница особа истог пола на европском тлу.¹²²² Слично је и са Европским удружењем за породично право.¹²²³

Већ смо у Глави I поменули значај *Brussels II ter* - Препоруке на плану уједначавања норми брачног права, тачније развода брака. Ова препорука не прописује дефиницију брака и оставља домаћим правима да предвиде материјалноправне норме о закључењу брака. По аналогiji се ова Препорука примењује и на развод брака. Стога, имајући у виду одредбе о унификацији правила за развод брака и различитог става европских законодавстава о закључењу брака између особа истог пола, поставља се питање како ће и да ли ће бити могуће развести брак пред судом једне државе која не предвиђа брак особа истог пола, а тај брак је закључен у другој држави која дозвољава бракове између

¹²²¹ N. Seuffert, Same-Sex Immigration: Domestication and Homonormativity, у A. Bottomley, S. Wong, Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, 2009, стр. 144. Дискриминација на основу Имиграционог закона Новог Зеланда иде толико далеко да прави разлику по питању боје коже партнера регистрованих заједница. Закон ове државе признаје улазак особама хомосексуалне оријентације која су своје регистроване заједнице закључиле у пет држава (Финска, Велика Британија, Немачка, Њу Џерси и Вермонт) које се претежно сматрају "белим" државама. За признање хомосексуалног брака закљученог у Канади, од стране енглеских власти, видети случај *Wilkinson v Kitzinger* (2007) 1 FLR 295.

¹²²² N. A. Baarsma, The Europeanisation of International Family Law, Hague, 2011, стр. 300.

¹²²³ W. Pintens, Europeanisation of Family Law, у K. Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, Antwerpen, 2003, стр. 32.

особа истог пола.¹²²⁴ Препорука не предвиђа решење за овај случај. Уједно, јавља се следећи проблем - како дозволити развод таквог брака, или, ако се не дозволи развод, то доводи до колизије са намером уједначавања правила брачног права *Brussels II ter* Препоруке. Аналогна примена *Brussels II ter* препоруке на друге форме заједница особа истог пола, као нпр. регистроване заједнице или ванбрачне заједнице није могућа с обзиром на то да се Препорука искључиво односи на брачне односе.¹²²⁵

ЕСЉП у новијим пресудама знатно проширује појам брака и породичног живота изван традиционалних граница и одбацује приступ дискриминације особа само на основу њихове сексуалне оријентације. Од пресуде *Schalk и Kopf* однос између хомосексуалних особа које живе заједно представља породични живот. На основу праксе ЕСЉП особе истог пола имају имовинска права, као што су: право на породичну пензију, станарско право, право наслеђивања преминулог партнера.¹²²⁶

2. Транссексуалне особе

Промене у медицинским наукама рефлектују се у породичном праву. Породично право није имуно на промене, како у друштвеној структури, тако и у природним наукама. Вековни појам пола и његова извесност, могућношћу предузимања хируршких интервенција и промене истог, доведен је у питање. Траже се правни одговори на *de facto* нове односе између особа у интимним односима. Пол се сада не схвата као искључиво биолошка, већ и као социолошка

¹²²⁴ О овом питању говори случај закљученог брака између два мушкарца холандског и немачког држављанства, K. Boele-Woelki, A. Fuchs, Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives, Cambridge, 2012, стр. 235.

¹²²⁵ N. A. Baarsma, The Europeanisation of International Family Law, Hague, 2011, стр. 161.

¹²²⁶ За разлику од ЕСЉП, Европски суд правде није се у много случајева изјашњавао о правима особа истог пола. Слична, економска аргументација, иницијално је примењена и пред ЕСП у додели права особама хомосексуалне оријентације. У случају *Grant v South West Trains*, C-249/96, 17. фебруар 1998. године, ЕСП је права из пензионог осигурања у складу са начелом равноправности, проширио и на радника железничке компаније хомосексуалног опредељења. Видети, C. McGlenn, Families and European Union Law, у R. Probert, Family Life and the Law Under One Roof, Burlington, 2007, стр. 250. У случају *P v S and Cornwall County Council*, C-13/94, 30. април 1996. године, ЕСП је пресудио да је отпуштање транссексуалне особе из разлога претходне промене пола довело до неравноправног третирања те особе. Толерисање такве дискриминације било би неподношљиво и представљало би пропуст поштовања достојанства транссексуалне особе, M. Harper, M. Downs, K. Landells, G. Wilson, Civil Partnership: The New Law, Bristol, 2005, стр. 12.

категорија. Напретком (медицинске) науке омогућено је ослобођење од вековног ропства у туђем телу.¹²²⁷ Тако, транссексуалне особе заслужују да буду прихваћене са измењеним полом и третиране без дискриминације.¹²²⁸ Особе које су промениле пол инсистирају да се правно стање подреди фактичком стању. Могућност друге науке (медицине) да уподоби биолошко стање психолошком стању особа које су се подвргле промени пола захтева усклађивање законодавства.

Питање промене пола односи се, првенствено, на право на поштовање приватног живота појединца и његових различитих аспеката - права на пензију, издавања новог извода из матичне књиге, пасоша, личних докумената,. Право на поштовање породичног живота и транссексуализам имају додирну тачку у случају захтева за закључењем брака транссексуалних особа, као и стицању родитељског права код биомедицинског оплођења.

2.1. Издавање новог извода из матичне књиге рођених

Неиздавање новог извода из матичних књига у случају промене пола представља повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *Christine Goodwin против Уједињеног Краљевства*,¹²²⁹ ЕСЉП је навео да иако је подносиатељка извршила промену пола, она је остала са правне стране мушкарац и на основу тога је долазило до тешкоћа у њеном животу када је било речи о признавању права на основу промењеног пола.¹²³⁰ Додатно парадоксална чињеница поводом издавања извода из матичне књиге огледа се у финансирању медицинске интервенције промене пола од стране државне здравствене службе, као органа јавне власти, а накнадном непризнавању промене

¹²²⁷ P. De Cruz, *Family Law, Sex and Society*, London, 2010, стр. 336.

¹²²⁸ J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, стр. 54.

¹²²⁹ *Christine Goodwin v United Kingdom*, пред. бр. 28957/95, пресуда од 11. јула 2002. године. Подносиатељка је рођена као мушкарац, али је од 1990. године постала жена након што је извршена медицинска интервенција промене пола. Домаће власти нису правно признале промену пола, стога што су одбиле да издају извод из матичне књиге рођених са промењеним полом. Подносиатељка се жалила да је таквом одлуком онемогућена да поднесе захтев за пензију са 60 година, колико износи старосна граница за жене. Њена жалба је одбијена. Подносиатељка се жалила да је одбијањем издавања промењеног извода из матичне књиге рођених повређено њено право на поштовање приватног живота.

¹²³⁰ C. McGlynn, *Families and European Union Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006, стр. 145, о овом случају.

пола од стране истих државних власти. ЕСЉП је приметио, не само нарастајући друштвени консензус по питању прихватања транссексуалних особа, већ и правно признање новог стања по питању пола. Незадовољавајуће стање у коме постоперативне транссексуалне особе живе више није прихватљиво. Није утврђен нити један негативан ефекат признања промене пола на јавни интерес државе. Друштво треба да пружи живот са достојанством појединцима који желе да промене пол као резултат њиховог избора. Од времена усвајања Конвенције дошло је до значајних промена у медицини и другим наукама, тако да се пол више не може утврђивати само на основу биолошког критеријума. Утврђена је повреда члана 8. ЕКЉП - права на поштовање приватног живота.¹²³¹

Идентичне одлуке о повреди права на приватни живот неиздавањем новог извода из матичне књиге рођених са промењеним полом, ЕСЉП је нашао у случајевима *I. против Уједињеног Краљевства*¹²³² и *V. против Француске*.¹²³³

¹²³¹ О томе, J. Yune, *The Role of the Courts in the Protection of Transsexuals' Human Rights: A Comparison of Korea with Germany and the U.K.*, у Т. Helms, J.M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht*, Frankfurt am Main, Berlin, 2008, стр. 409; N. Bamforth, *Families but not (yet) marriages? Same - sex partners and the developing European Convention "margin of appreciation"*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 23, No. 1, 2011, Bristol, стр. 140; H. Danelius, *Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life*, у P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, стр. 155. У Хонг Конгу је 2014. године дат предлог закона којим би се признала извесна права транссексуалним особама, S. Winter, *Identity Recognition Without the Knife: Towards a Gender Recognition Ordinance for Hong Kong's Transsexual People*, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 44, Num. 1, 2014, Hong Kong, стр. 117.

¹²³² K. Boele-Woelki, A. Fuchs, *Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives*, Cambridge, 2012, стр. 262; Такође, поводом издавања измењеног извода из матичне књиге рођених, видети случај *Cossey*, K. Standley, *Cases and Materials on Family Law*, London, 1997, стр. 36; Yvette Tan, *New Forms of Cohabitation in Europe; Challenges for English Private International Law*, у K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003, стр. 445.

¹²³³ *B. v France*, пред. бр. 13343/87, пресуда од 25. марта 1992. године. О овом случају, L. Clements, N. Mole, A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, London, 1999, стр. 181; M. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford, 2000, стр. 297; М. Драшкић, *Еволуција у јуриспруденцији Европског суда за људска права у погледу транссексуалних особа: еволуција и у Србији*, у С. Лилић, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, Београд, 2012, стр. 65.

У случају *Grant против Уједињеног Краљевства*,¹²³⁴ ЕСЉП је констатовао да је подносиатељка била у идентичној позицији као и *Christina Goodwin*. Од када је донета одлука у том случају, упркос припремању новог законодавства британских власти, није више било оправдања да се правно не призна чињеница промене пола постоперативним транссексуалним особама. Подносиатељка нити у једном тренутку није имала могућност да стекне доказ о правном признању промене пола. Након доношења пресуде у предмету *Goodwin*, подносиатељка је била жртва немогућности признања промене пола на област пензијског осигурања. ЕСЉП је утврдио повреду права на поштовање приватног живота.¹²³⁵

Сматрамо да у свим случајевима признања права на пензију и издавања измењених извода из матичних књига транссексуалних особа не може бити одлучивано о повреди права на поштовање породичног живота с обзиром на то да је реч о праву транссексуалних особа, не и о односу са другим чланом породице. Сагласни смо са ставом ЕСЉП да у случају када је особа променила пол уз помоћ државне медицинске службе, и ако је то у складу са домаћим правилима, постоји обавеза домаћих власти да признају промену пола и издају потребне документе. Уколико домаћим законодавством није дозвољена промена пола, а до промене дође у другој држави, не налазимо да је држава обавезна да изда измењена документа.

¹²³⁴ *Grant v United Kingdom*, пред. бр. 32570/03, пресуда од 23. маја 2006. године. Подносиатељка је британска 68-годишња држављанка која је променила пол из мушког у женски. Она је од 1963. године била идентификована као жена, плаћала је доприносе за осигурање као жена, поседовала идентификациону картицу (личну карту) као жена. Подносиатељка је поднела захтев за пензију 1997. године на њен 60. рођендан. Њен захтев је одбијен са образложењем да може поднети захтев за пензију тек када напуни 65. година, што је старосна граница предвиђена за мушкарце. Жалба на одлуку о одбијању захтева за пензију, такође, је одбијена. Подносиатељка се 2002. године поново жалила са образложењем да се њен захтев преиспита у светлу претходно донетих пресуда ЕСЉП у случајевима *Christine Goodwin против Уједињеног Краљевства* и *I. против Уједињеног Краљевства*. Домаће власти нису уважиле нови захтев подносиатељке. У децембру 2002. године подносиатељка је напунила 65 година и почела је да прима пензију. Подносиатељка је 2005. године, након доношења Закона о признању пола из 2004. године, добила извод о промењеном полу. Подносиатељка се жалила на повреду приватног и породичног живота услед правног непризнавања промене пола.

¹²³⁵ Видети, С. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights - Commentary-*, München, 2014, стр. 227.

2.2. Стицање родитељског права

Поред питања признања чињенице промене пола, као аспекта приватног живота појединца, предмет разматрања ЕСЉП била су и родитељска права транссексуалних особа, а у вези са повредом права на поштовање породичног живота.

Одбијање захтева за признањем детета и вршењем родитељског права од стране транссексуалног партнера биолошке мајке детета, не доводи до повреде права на поштовање породичног живота.

У случају *X., Y. и Z. против Уједињеног Краљевства*,¹²³⁶ ЕСЉП (Комисија) је утврдио да се однос између подносиоца (*X.*), његове партнерке (*Y.*) и детета може сматрати породичним животом. Однос између *X.* и *Y.* је битно различит у односу на везу између две жене хомосексуалног опредељења. Наиме, подносилац је од тренутка промене пола живео и био признат као мушкарац. Породични живот се не односи само на односе засноване на браку, већ обухвата и друге *de facto* односе.¹²³⁷ При процени да ли постоји породични живот узимају се у обзир следеће околности: да ли партнери живе заједно, временски период трајања заједнице, да ли су партнери међусобну посвећеност манифестовали рођењем детета или на други начин. Суд је подвукао и јасан тренд држава чланица ка правном признавању промене пола. Према ставу Суда, овај случај се разликује од других случајева где су се као субјекти јављали транссексуалци, стога што се не ради о признању промене пола транссексуалне особе, већ о признању

¹²³⁶ *X., Y. and Z. v United Kingdom*, пред. бр. 21830/93, пресуда од 22. априла 1997. године. Први подносилац (*X.*) је мушкарац, транссексуална особа рођена као жена 1955. године. Он од 1979. године живи у стабилној ванбрачној заједници са женом (*Y.*) рођеном 1959. године. Након првобитно одбијеног захтева 1990. године, да пар добије дете путем вештачког оплођења, домаће власти су у новембру 1991. године, на основу једне студије из САД која говори да деца одгајана од стране хомосексуалних и транссексуалних родитеља нису показивала девијантну сексуалну оријентацију и друге негативне ефекте, одобриле коришћење ове технике. Мајка је родила дете (*Z.*) у октобру 1992. године уз помоћ донације генетског материјала. *Y.* је на исти начин родила касније још једно дете. Захтев подносиоца (*X.*) да он буде уписан као отац детета у матичној књизи рођених је одбијен, уз образложење домаћих власти да једино биолошки отац детета може бити уписан као правни отац. Ипак, подносиоцу је дозвољено да дете носи његово презиме, као и да му кроз пореске олакшице буде враћен износ који ће давати за издржавање детета. Подносиоци су се жалили да је немогућност признања детета од стране првог подносиоца довела до повреде права на поштовање породичног живота.

¹²³⁷ *Marckx v. Belgium*, пред. бр. 6833/74, пресуда од 13. јуна 1979. године; *Keegan v. Ireland*, пред. бр. 16969/90, пресуда од 26. маја 1994. године; *Kroon and others v. the Netherlands*, пред. бр. 18535/91, пресуда од 27. октобра 1994. године.

родитељских права, те стога, реч је о праву на поштовање породичног а не приватног живота. С обзиром на то да није реч о породичном животу између биолошких родитеља и детета, Суд подвлачи да не постоји консензус нити заједнички европски стандард држава чланица поводом признања родитељских права транссексуалаца, посебно не поводом односа између детета рођеног биомедицинском оплодњом и особе која која врши улогу социјалног оца. У складу са тиме, држава има широко поље слободне процене. Суд је навео да не постоје препреке да дете путем тестаментна наследи подносиоца (X), нити да стекне друга права. Такође, Суд не сматра да ће дете трпети последице услед тога што у документима неће стајати име оца, с обзиром на то да и у другим случајевима са неутврђеним очинством, такође, не стоје подаци о оцу детета. Када је у питању приговор подносиоца да дете неће имати осећај сигурности услед неутврђеног очинства, ЕСЈП подвлачи да подносилац ничим није спречен да се понаша као социјални отац детета - да живи са дететом, пружа му емотивну и материјалну подршку, представља се пред другима као отац, да дете носи његово презиме. Закључујући да транссексуализам изазива сложене научне, правне, моралне и социјалне дилеме, ЕСЈП није утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Стога, иако је признато постојање породичног живота код *de facto* породичних веза између транссексуалног оца и детета рођеног вештачком оплодњом, није наметнута позитивна обавеза држави да призна тако успостављене породичне односе. Одбијање да се транссексуални отац призна и буде уписан као отац детета у матичној књизи рођених није довело до повреде права на поштовање породичног живота. Државе у овој области уживају широко поље слободне процене.¹²³⁸

Парадокс праксе ЕСЈП по питању права транссексуалних особа у погледу родитељског права огледа се у томе што ЕСЈП признаје повреду права на поштовање приватног живота, али не повреду права на поштовање породичног живота. Уколико се једној транссексуалној особи дозволи право да промени пол и након тога закључи брак, тешко је оправдати случај када та особа донацијом генетског материјала његовом партнеру постане родитељ, да јој се не призна

¹²³⁸ G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 121.

могућност, најпре утврђивања правне везе са дететом, а потом и стицања родитељских права.

2.3. Задржавање података о претходном полу у личним документима након медицинске интервенције

Дозвољавање делимичне, а ускраћивање потпуне промене пола са правним последицама које то повлачи, представља повреду права на поштовање приватног живота.

У случају *L. против Литваније*,¹²³⁹ ЕСЉП је истакао да су државе чланице у новије време учиниле напоре да осигурају признање промене пола својих грађана. Признајући извесно поље слободне процене државама, ЕСЉП не сматра да постоји позитивна обавеза за државе да изменом свог законодавства¹²⁴⁰ осигурају промену пола. Литванско право налази се у специфичној ситуацији с обзиром на то да не дозвољава медицинску интервенцију ради потпуне промене пола. Стога, подносиатељка се нашла у ситуацији да је извршила делимичну промену пола, што

¹²³⁹ *L. v Lithuania*, пред. бр. 27527/03, пресуда од 6. јула 2006. године. Подносиатељка (подносилац) је литванска држављанка која је рођена 1978. године као особа женског пола и као таква добила је женско име. Од најмлађег узраста она је сматрала да ментално припада мушком полу. У мају 1997. године подносиатељки је предложена микро операција поводом промене пола. У децембру 1997. године она је дијагностификована као транссексуалац. У јануару 1998. године подносиатељка је подвргнута хормонској терапији. Међутим, 1999. године одбијена је даља хормонска терапија, с обзиром на то да није могло бити гарантовано да операција промене пола може бити изведена. Подносиатељка је незваничним путем наставила са хормонском терапијом. Подносиатељка је навела да од 1998. године живи са женском особом у стабилној заједници. Подносиатељка је 1999. године захтевала да се у њеној званичној документацији промени идентитет у мушки пол, што је одбијено. Једино су факултетске власти дозволиле да се у регистру студената промен њен идентитет у виду изабраног мушког имена. У мају 2000. године подносиатељки је извршена делимична медицинска интервенција промене пола. Додатне медицинске интервенције требале су бити извршене по усвајању Закона о промени пола, што се није догодило. Исте, 2000. године, промењени су подаци у подносиатељкином изводу из матичне књиге рођених и пасошу. Измене домаћег законодавства извршене су 2003. године, али те измене нису могле бити спровене услед неусвајања додатних правила. И поред тога, бројеви у личним документима подносиатељке остали су исти, на тај начин омогућавајући препознавање њеног пола као женског. На основу тога, она је претрпела значајне непријатности и тешкоће у свакодневном животу. Подносиатељка се жалила да је немогућност довршавања медицинских захвата и остављање истих бројева у личним документима и након промене идентитета, узроковало повреду права на поштовање приватног живота.

¹²⁴⁰ Пресуда ЕСЉП против једне државе може да буде узрок измене законодавства друге државе у тој области. Тако је Уставни суд Турске под утицајем одлуке *Marckx против Белгије* укинуо члан 292. Турског грађанског законика. О томе, G. Van Bueren, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007, стр. 118; У циљу отклањања недоумица око утврђивања очинства, жена у турском праву не може да закључи брак пре истека 300 дана од престанка претходног брака, S. Yildirim, *Aftermath of a Revolution: A Case Study of Turkish Family Law*, *Pace International Law Review*, Vol. 17, Num. 2/2005, стр. 365.

је исто тако делимично признато кроз промену имена у документима, али је и даље приликом путовања и за потребе запослења остало у документима забележено да је она женско, изазивајући тако значајне тешкоће у свакодневном животу. Што се тиче извођења остатка операције, ЕСЉП наводи као могућност извођење операције у иностранству уз делимичну или целокупну финансијску помоћ државе. ЕСЉП наводи постојање делимичне законске празнине у домаћем праву која подносиатељу доводи до стресне неизвесности у погледу њеног приватног живота и личног идентитета. Усвајање одредби, али њихово непримењивање у периоду од четири године, узимајући и број особа које захтевају медицинску интервенцију, не би представљало велики терет за државу. Ценећи предметне околности, ЕСЉП је нашао да јавни интерес не преовладава над интересом подносиатељке, те да је дошло до повреде права на поштовање приватног живота.¹²⁴¹

2.4. Промена пола након закључења брака

Накнадна промена пола особа које су у браку и наметање захтева да се разведу или закључе форму цивилног партнерства да би добили измењене податке о промени пола, не представља повреду права на поштовање породичног живота.

У случајевима *R. и F. против Уједињеног Краљевства*,¹²⁴² и *Parry против Уједињеног Краљевства*,¹²⁴³ ЕСЉП је истакао чињеницу да само уколико се подносиоци разведу, они могу наставити са својим односом уз признање правних последица промене пола. ЕКЉП признаје брак као установу између жене и

¹²⁴¹ О томе и Human Rights Law Journal, Vol. 28, Num. 9-12, December 2007, Kehl am Rhein, стр. 367.

¹²⁴² *R. and F. v United Kingdom*, пред. бр. 35748/05, пресуда од 28. новембра 2006. године.

¹²⁴³ *Parry v United Kingdom*, пред. бр. 42971/05, пресуда од 28. новембра 2006. године. Подносиоци су два брачна пара, шкотски држављани (*Parry*) и енглески држављани (*R. и F.*), који су закључили своје бракове 1998. године. Оба супруга извршила су интервенцију промене пола у женски, али су супружници желели да и даље буду у браку. Према Закону о промени пола, да се супрузи не налазе у браку могли би да захтевају извод о потпуној промени пола са правним последицама у свим сегментима. Особе које су у браку, према домаћим правилима, могу добити привремени извод о промени пола само за потребе развода, а тек након развода могу добити извод о потпуној промени пола. Подносиоци су поднели жалбу на одлуку да је потребно да се разведу да би добили извод о извршеној промени пола. У случају *R. и F.* подносиоци су могли, према Закону о цивилном партнерству, да закључе ову породичну форму, али је супруг који је променио пол истакао да последице цивилног партнерства и брака нису идентичне. Подносиоци су се жалили да је одбијање признања промене пола и останка у браку повредило њихово право на поштовање породичног живота.

мушкарца. Иако су неке државе чланице Савета Европе прошириле појам брака на особе истог пола, то представља схватање датог друштва које не проистиче из одредби ЕКЉП. Државе нису обавезне да омогуће останак у браку за мали број заједница у којима је дошло до промене пола једног од супружника. Остваривање пропорционалности у овим случајевима омогућено је путем закључења цивилног партнерства као односа у већини аспеката уподобљеног браку. ЕСЉП није нашао повреду права на поштовање породичног живота. У потпуности смо сагласни са ставом Суда да у случају промене пола након закључења брака није могуће да супружници остану у браку и добију измењене податке. Ако се различитост полова захтева у тренутку закључења брака, накнадна промена ове чињенице утиче на пуноважност брака и могућност да супружници остану у пуноважном браку ако је дошло до правног признања промене пола а није дозвољено закључење брака између особа истог пола.

Идентично, у случају *Н. против Финске*,¹²⁴⁴ ЕСЉП је утврдио да није било повреде члана 8. Конвенције услед обавезивања мушке особе која је након закључења брака променила пол у женски, да се разведе или закључи цивилно партнерство да би могао да добије измењени матични број. Суд је навео да Конвенција не намеће обавезу државама да гарантују право на закључење брака особама истог пола. С обзиром на то да је подносилац имао дете, закључење цивилног партнерства не би угрозило његова родитељска права и имало би скоро исти ефекат као и закључење брака. Потпуно исту аргументацију Суд је употребио у случају *Hämäläinen против Финске*,¹²⁴⁵ када је истакао да одбијање признања промене пола уколико подносиоци не желе да закључе цивилно партнерство, није повредило право на поштовање породичног живота. Регулисање ефеката промене пола и признања брака спада у поље слободне процене држава чланица. Већина држава нема правила о признању промене пола, узимајући у обзир сложена етичка питања која изазива ова појава. Потреба сагласности другог супружника за трансформацију брака у цивилно партнерство, у случају промене пола другог супружника, има за циљ заштиту супружника од једностраних потеза другог супружника. Конверзијом брака у цивилно партнерство различита материјална права супружника (пензија, социјална помоћ) не би била угрожена. С

¹²⁴⁴ *H. v Finland*, пред. бр. 37359/09, пресуда од 13. новембра 2012. године.

¹²⁴⁵ *Hämäläinen v Finland*, пред. бр. 37359/09, пресуда од 16. јула 2014. године.

обзиром на то да су супружници имали децу, закључење цивилног партнерства не би утицало на губитак или промену поводом вршења стечених родитељских права.

Након разматрања праксе ЕСЉП, примећујемо да је и у случају хомосексуалних и у случају транссексуалних особа, ЕСЉП алтернативно одлучивао о повреди права на поштовање приватног или породичног живота. Када је у питању признање детета и стицање родитељског права, ЕСЉП чврсто стоји на становишту да нити хомосексуални, нити транссексуални партнери биолошког родитеља детета не могу стећи родитељско право. Одбијање Суда да утврди правну везу не доводи до повреде права на поштовање породичног живота. Иако је дуго времена однос између хомосексуалних особа сматран приватним животом, ЕСЉП је установио правило да се овај однос може сматрати породичним животом. Ипак, одбијање да се дозволи закључење брака особама истог пола не повлачи повреду права на поштовање породичног живота.

Када је реч о повреди права на приватни живот хомосексуалних особа у вези са стицањем станарског права и права на породичну пензију, ЕСЉП није имао јединствену праксу. Међутим, претежни став је да непризнавање станарског права хомосексуалним партнерима доводи до повреде.

Одбијање да хомосексуална особа наследи станарско право након што је његов партнер преминуо повлачи повреду права на поштовање приватног живота и права на равноправност (*Karner против Аустрије*, *Kozak против Пољске*), позивањем да не постоји само један облик породице и да заштита породице представља апстрактну заштиту, а да је станарско право конкретно право појединца. *De facto* кохабитација не односи се само на особе различитог пола. Право на поштовање породичног живота постоји само *inter vivos*. Међутим, позивањем на заштиту традиционалне, брачне, нуклеарне породице жене и мушкарца, ЕСЉП је одбио да утврди повреду члана 8. Конвенције у случају ускраћивања права на породичну пензију преживелом хомосексуалном партнеру (*Mata-Estevez против Шпаније*). Утврђивање постојања *de facto* кохабитације хомосексуалних особа за потребе станарског права, довело је до опасности даљег проширења граница породичних односа. Суд је одбио да прошири *de facto* кохабитацију на особе које живе заједно у односу цимерства, као и у односу на

сроднички однос две сестре. Док је код постојања чисто економске заједнице (цимерства) оправдано одбијено постојање животне заједнице и стицања станарског права, аргументација да код односа између одраслих сестара не постоји *de facto* породични однос, једино се може бранити одсуством постојања зависности једне од друге, као што је то у случају породичног живота између родитеља и деце. Последице, ни право на поштовање породичног живота не постоји услед пунолетства обе сестре. Са друге стране, ако код особа истог пола (две сестре) постоји дуготрајна, емотивна, стабилна заједница, нема оправдања да се таква заједница аналогно са заједницом особа хомосексуалне оријентације, не сматра подобном да произведе правне последице на пољу станарског или пореског права. Сматрамо да је требало утврдити повреду права на поштовање приватног живота.

У свим случајевима када се ради о признању извесних материјалних права транссексуалних (извод из матичне књиге, право на пензију) и хомосексуалних (станарско право, право на породичну пензију) особа, Суд сматра да је реч о приватном животу појединца у оквиру члана 8. Конвенције, с обзиром на то да нема ни (породичног) односа са другим чланом породице. У потпуности се приклањамо оваквом резонувању ЕСЉП које потврђује нашу хипотезу да без породичног односа (породичног живота) нема ни права на поштовање породичног живота.

Код транссексуалних особа позитивна обавеза државе је да омогући, не делимичну, већ потпуну промену пола. Након промене пола, обавеза државе је да изда документа, пре свега извод из матичне књиге рођених са измењеним полом. Одбијање захтева за издавањем измењених докумената повлачи повреду права на поштовање приватног живота. Уколико до промене пола дође након што је особа закључила брак, неопходно је да се та особа разведе или закључи цивилно партнерство (ако је то унутрашњим правом предвиђено) да би добила податке о потпуној промени пола.

Тренутно ЕСЉП признаје право на поштовање приватног живота транссексуалним особама код промене пола и измене личних података. Сегменти права на поштовање породичног живота - право на утврђивање порекла детета и стицање родитељских права нису предмет заштите.

Код хомосексуалних особа дошло је до фундаменталних промена и њихов однос сматра се породичним животом. Иако за сада утврђивање порекла у односу на дете, родитељска права и усвојење нису били предмет заштите, биће занимљиво у ком правцу ће се кретати аргументација Суда након пресуде *Schalk и Kopf*. Несумњиво је да ће се ЕСЈП изјашњавати о питањима која у себи садрже однос хомосексуалне особе и другог члана породице, тј. тамо где постоји породични живот.

У свим случајевима где не постоји породични живот, већ стицање материјалних права (станарско право, породична пензија), Суд претежно заузима становиште да је ускраћивање стицања ових права довело до повреде права на равноправност и поштовање приватног живота. Потврда наше хипотезе да је право на поштовање породичног живота искључиво нематеријалне природе.

Држава нема обавезу да омогући закључење брака између две хомосексуалне особе које живе заједно у стабилној заједници. Нема обавезе државе да примени пореске олакшице које се односе на хомосексуалне особе које живе у стабилним заједницама, на крвне сроднике истог пола - сестре, које живе заједно. Нема ни обавезе да се особама истог пола које живе заједно у пријатељском односу призна станарско право. Држава има обавезу да призна станарско право надживелом хомосексуалном партнеру. Супротно таквом ставу, нема обавезе државе да се призна право на породичну пензију надживелом хомосексуалном партнеру. Нема обавезе да се омогући утврђивање правне везе - признање детета од стране хомосексуалног партнера родитеља детета.

У случају промене пола особе, држава има обавезу да омогући издавање новог извода из матичне књиге рођених. Као и код хомосексуалних особа, нема обавезе да се транссексуалном партнеру родитеља детета омогући да призна дете и стекне родитељско право. Постоји обавеза државе да омогући, не делимичну, већ потпуну промену пола особе. Ако до промене пола дође након закључења брака, нема обавезе да се омогући издавање нових докумената са измењеним полом, осим ако се супружници разведу или закључе цивилно партнерство, у правима која предвиђају овај облик породичне заједнице.

Нема несагласности домаћег права поводом закључења брака између особа истог пола. Ипак, постоји захтев да се признају економски ефекти из заједница

хомосексуалних особа - да се особама хомосексуалне оријентације призна станарско право и право на наслеђивање. Потребно је донети норме које омогућавају да особе које су промениле пол добију нови извод из матичне књиге рођених и друга документа.

Закључак

На основу анализираних пресуда ЕСЈП и теоријских разматрања у претходним Главама, долазимо до следећих закључака:

1. Карактер права на поштовање породичног живота.

Разматрајући праксу ЕСЈП једна од намера рада је била да се дође до теоријског концепта права на поштовање породичног живота као породичног права. Право на поштовање породичног живота је лично неимовинско право члана породице као појединца које у себи садржи однос (породични живот) између његовог титулара и другог члана породице. Право на поштовање породичног живота је непреносиво и постоји само *inter vivos*.

2. Обим (ширина) права на поштовање породичног живота.

Право на поштовање породичног живота је најшире право у области субјективних породичних права. Оно у себи обухвата највећи број института нашег позитивног породичног права - порекло детета, вршење родитељског права, личне односе родитеља и детета (контакт), контакт детета и других особа, усвојење, хранитељство, насиље у породици, као и неке институте који нису предвиђени нашим законодавством - отмицу детета и пресељење детета (*relocation*), депортацију и окупљање чланова породице. Са друге стране, постоје институти (позитивног) породичног права који нису део права на поштовање породичног живота (старатељство, закључење и престанак брака, имовински односи између супружника, имовински односи других чланова породице, издржавање детета, издржавање супружника, издржавање крвних и тазбинских сродника). У складу са бројем института који су обухваћени правом на поштовање породичног живота, ово право је најшире од свих породичних права. Увидом у упоредноправна решења других држава чланица Савета Европе, стојимо на становишту да и у упоредном праву право на поштовање породичног живота представља најшире породично право, независно од постојећих, значајних разлика у породичноправним институтима држава чланица.

Целокупно имовинско породично право (имовински односи супружника, ванбрачних партнера, чланова породичне заједнице, стицање заједничке имовине, подела заједничке имовине, издржавање детета, супружника и ванбрачних

партнера, издржавање крвних, тазбинских и адоптивних сродника, (пред)брачни уговори, уговори између супружника, имовински односи старатеља и штићеника) није обухваћено заштитом права на поштовање породичног живота. Сви наведени институти не садрже однос између два члана породице, што је конститутивни елемент права на поштовање породичног живота, већ искључиво право једног члана породице. Нпр. дете има право на издржавање од родитеља (ванбрачног оца) иако између њих не постоји, нити је икада постојао, породични живот. Идентично је и у случају поделе заједничке имовине или издржавања (бивших) супружника - између супружника не мора да постоји породични живот да би један од њих имао право на поделу заједничке имовине или издржавање од другог супружника.

Постоји разлика између права на поштовање породичног живота које у себи садржи неки од института позитивног породичног права (усвојење, родитељско право, порекло детета) и у коме се налази однос породичног живота, и самог постојања субјективног породичног права (права на утврђивање материнства, права на оспоравање очинства, права на усвојење, права на контакт). Нпр. пунолетан појединац који није лишен родитељског права и није осуђиван за кривична дела против брака и породице, јесте носилац права на усвојење, али не мора бити и титулар права на поштовање породичног живота оличеног кроз институт усвојења. Исти тај појединац, биће носилац права на поштовање породичног живота само ако је са дететом (усвојеником) успоставио породични однос, тачније породични живот који му даје право на заштиту (поштовање).

Даље, налазимо разлику између постојања породичног живота и повреде права на поштовање породичног живота. Могуће је да између одређених особа, чланова породице, постоји породични живот (хомосексуални партнери), али да не долази до повреде права на поштовање њиховог породичног живота (нпр. у случају одбијања усвојења деце хомосексуалним особама или одбијања дозволе закључења брака). Постојање породичног живота између одређених особа индикатор је постојања права на заштиту породичног живота и забране мешања у породични живот. До мешања у право на поштовање породичног живота појединца долази:

- 1) од стране другог члана породице

2) од стране државе и њених органа

У сваком конкретном случају, било да се ради само о мешању или и о повреди права на поштовање породичног живота, проузрокованој од стране другог члана породице, других особа или државе, увек се као одговорна страна јавља домаћа држава.

3. Чланови породице.

Супротно природи ЕКЉП је давати дефиницију породице. Дефиниција породице у пракси ЕСЉП се константно проширује, те не сматрамо могућим дефинисање породице. Ипак, можемо навести које све особе у садашњем тренутку ЕСЉП сматра члановима породице:

- супружнике;
- ванбрачне партнере;
- хомосексуалне партнере;
- родитеље и децу (ванбрачне и брачне родитеље и децу);
- транссексуалног партнера родитеља детета и дете;
- бабе/деде и унуке;
- браћу и сестре;
- братанца/братаницу и стрица/тетку, као и сестрића/сестричину и ујака;
- тазбинске сроднике (таста и зета);
- маћеху/очуха и пасторке;
- усвојенике и усвојиоце;
- хранитеље и храњенике

4. Централни однос у оквиру права на поштовање породичног живота.

У центру права на поштовање породичног живота налази се дете. Изузимајући део Главе VIII који се односи на депортацију и окупљање одраслих чланова породице (супружника), у свим посматраним институтима дете се налази као субјект овог права. Око детета налазе се остали чланови породице који гравитирају као носиоци права на поштовање породичног живота, али у свим анализираним институтима јавља се дете.

5. Старатељство

Закључујемо да се однос између старатеља и штићеника не сматра породичним животом, тако да се старатељ и штићеник не сматрају члановима

породице. Старатељство као институт познат нашем породичном праву није обухваћен заштитом путем права на поштовање породичног живота. Посредна могућност пружања заштите старатељу у односу са дететом (штићеником), јавља се у случају када се као старатељ појављује крвни или тазбински сродник детета (стриц, баба, деда, тетка, очух, маћеха) који је са дететом формирао породични живот, али не кроз институт старатељства већ путем постојања сродничке везе са дететом. Иако се слажемо да старатељ не би требало да буде обухваћен појмом породице, ако већ ЕСЈП и код биолошких родитеља (ванбрачног оца) тражи постојање социјалних веза са дететом, и дозвољава да на основу *de facto* односа и социјалних веза очух или маћеха добију предност у односу на родитеља детета, нејасно је зашто особа која се стара о детету дужи период времена и са којим је дете емотивно повезано на основу социјалне везе, нема заштиту путем права на поштовање породичног живота. У свим случајевима када се као старатељ јавља особа из социјалне службе, што је неретко у нашем правном систему, Конвенција не сматра ове особе члановима породице, иако је Суд у пресуди *Pini u Bartani, Maneira u Atripaldi против Румуније* истакао да су деца формирала породични живот са запосленима у социјалној установи.

6. Три фазе за утврђивање повреде права на поштовање породичног живота.

Прва фаза је утврђивање постојања породичног живота. Тек када се утврди постојање породичног живота могућа је повреда нечијег права на поштовање породичног живота. Ово право у себи садржи као обавезан сегмент однос између два члана породице. Претпоставка за повреду права је постојање односа. Ако не постоји породични однос у одређеном континуираном временском периоду - породични живот, ЕСЈП не може ни да утврди повреду нечијег права. Друга фаза састоји се у утврђивању мешања у право на поштовање породичног живота. Само уколико је дошло до мешања у постојећи породични живот од стране неке особе или јавних власти, могуће је да се утврди повреда, тачније да мешање није било оправдано. Без поступка мешања у право на поштовање породичног живота нема ни утврђивања повреде овог права. Када се утврди постојање породичног живота и мешања у право појединца, постоје две могућности: да Суд утврди повреду права или да сматра да није било повреде. Ако се утврди да је мешање било у складу са законом, неопходно у демократском друштву, предузето ради

остваривања легитимног циља, пропорционално мери која се мешањем жели постићи и извршено у оквиру поља слободне процене државе, неће се утврдити повреда. У супротном ако није испуњен један од ових услова, утврђује се повреда права на поштовање породичног живота.

Тако, између родитеља и детета постоји породични живот. Ако један родитељ спречава другог родитеља да након развода брака оствари право на контакт са дететом које је утврђено судском одлуком, а држава не омогући или не предузме све мере да другом родитељу омогући остваривање контакта, ЕСЈП може утврдити повреду права на поштовање породичног живота. Реч је о праву једне особе (родитеља) које је повређено. Али то право није самостално право, већ је реч о повреди права на поштовање односа родитеља и детета. Односа који је већ остварен. Само изузетно, ЕСЈП пружа заштиту потенцијалном породичном животу, односно породичном животу у изгледу који не постоји у тренутку када се цени постојање породичног живота између два члана породице.

7. Европски консензус и породичне вредности

Што је мањи консензус међу државама чланицама о одређеном питању, то је веће поље слободне процене државе. Тако, хомосексуални односи, депортација, анонимни порођај, утврђивање порекла детета и родитељског права хомосексуалног партнера биолошког родитеља детета, признање родитељског права на основу сурогацијских уговора, представљају институте у којима Суд позивањем на непостојање заједничког европског консензуса, није нашао повреду права на поштовање породичног живота. Овакав приступ сматрамо позитивним, јер поштујући породичне вредности које доминирају у домаћој држави, Суд претходно не санкционише извесни однос као породични живот, осим ако он није као такав препознат унутар домаће државе, односно од стране већине домаћих држава. На тај начин Суд чека „сазревање“ одређеног породичног односа унутар већине држава чланица и *ex post* га признаје као породични живот. ЕСЈП представља огледало доминантних европских породичних вредности.

8. Настанак и престанак породичног живота.

Породични живот између родитеља и детета настаје рођењем детета. Право на поштовање породичног живота мајке и детета настаје рођењем детета (са изузетком анонимног порођаја и признања детета), док право на поштовање

породичног живота оца и детета настаје различито у односу на статус детета - код брачног оца рођењем детета, а код ванбрачног оца, признањем, заједничким животом оца и детета, заједничким животом ванбрачног оца и мајке, одржавањем личних односа детета и оца, али и једним вољним, субјективним елементом - намером одржавања личних односа оца са ванбрачним дететом. Управо је овај последњи случај пример за пружање заштите породичном животу који још увек не постоји. Узрок непостојања породичног живота је у противљењу другог родитеља (мајке), настанку породичног живота ванбрачног оца и детета.

Престанак права на поштовање породичног живота родитеља и детета долази у случају пунолетства детета, лишења родитељског права, усвојења детета, одузимања детета и смештаја у институцију.

Породични живот између усвојитеља и детета настаје заједничким животом и одржавањем личних односа. Право на поштовање породичног живота усвојитеља и детета настаје заснивањем усвојења, заједничким животом или одржавањем личних односа (контактом).

Породични живот између усвојитеља и детета престаје престанком заједничког живота или контакта, док право на поштовање породичног живота престаје, поред ова два начина, и поништењем усвојења или лишењем родитељског права усвојитеља.

Породични живот између хранитеља и детета настаје давањем на хранитељство. Право на поштовање породичног живота настаје, такође, заснивањем хранитељства.

Породични живот између браће и сестара настаје њиховим рођењем. Право на поштовање породичног живота браће и сестара настаје њиховим рођењем, а престаје усвојењем од стране различитих усвојитеља и стицањем пунолетства.

Право на поштовање породичног живота супружника настаје закључењем брака, а престаје у случају престанка брака. Између ванбрачних партнера, породични живот, као и право на поштовање породичног живота, настају заједничким животом, а престају у случају престанка заједничког живота.

Породични живот између бабе и деде и детета настаје заједничким животом и одржавањем личних односа (контактом). Право на поштовање породичног живота

настаје заједничким животом а престаје у случају пунолетства детета, давања на усвојење и одузимањем детета од бабе и деде.

Право на поштовање породичног живота између других сродника, блиских особа и детета настаје заједничким животом, а престаје одузимањем детета, повратком детета биолошком родитељу, поверавањем детета другим сродницима, усвојењем детета или давањем детета на хранитељство.

Право на поштовање породичног живота између тазбинских сродника (таста и зета) настаје заједничким животом.

9. Објективни и субјективни критеријум

Сматрамо да ЕСЈП при утврђивању постојања породичног живота треба да полази од објективног критеријума биолошке везе, али да тај критеријум не буде једини и искључиви чинилац. Биолошки критеријум треба да буде полазни елемент који треба да буде подржан социјалним критеријумима (заједничког живота, постојања личних односа, намере одржавања личних односа). Треба да постоји претпоставка примата права на поштовање породичног живота биолошких сродника, али да се посредно цени да ли је биолошка веза у складу са социјалним (заједнички живот, одржавање личних односа) и психолошким критеријумима (најбољи интерес детета, благостање детета). У сукобу више права на поштовање породичног живота, предност треба дати родитељима у односу на друге особе. Међутим, биолошки критеријум не би требало да има претходни значај у случајевима када су родитељи злостављали или занемаривали дете а покренут је поступак за усвојење детета које је формирало чврсте везе са усвојитељима. Или када се дете налази код других особа услед штетних поступака које су предузимали родитељи. Тада Суд треба да цени само наведене социјалне и психолошке критеријуме.

10. Будућност права на поштовање породичног живота

На самом крају закључних разматрања наводимо у ком правцу би право на поштовање породичног живота требало да се креће. Сматрамо да не би требало да се даље проширује заштита права на поштовање породичног живота. Садашњи обим заштите и ширина овог права посматрано у односу на спектар породичних права сматрамо задовољавајућим. Уколико би се констатно ширио круг односа који би се проглашавали породичним изгубила би се разлика између личног

(приватног) и породичног. Право на поштовање породичног живота штити однос члана породице са другим чланом, док право на поштовање приватног живота штити тачно одређено право појединца и не захтева постојање односа. Стицање одређеног права члана породице (права на брак, права на усвојење права на породичну пензију, права на донацију генетског материјала, права на издржавање) које у себи не садржи породични однос не треба да буде предмет заштите кроз породични већ приватни живот. Тиме би се задржала граница између приватног и породичног живота. Потребно је задржати постојећи ниво заштите породичних односа, а уједно, и омогућити признање права одређеним особама кроз право на поштовање приватног живота. Ово разграничење би имало практичну примену у раздвајању заштите између „права породичних односа“ и „породичних права“ у члановима 3., 8., 12., и 14. ЕКЉП, као чланова који штите породична права. У центру заштите породичног живота и даље треба да буде породица брачних или ванбрачних родитеља и њихове деце. Тиме би примарни значај био пружен биолошком критеријуму, али у одсуству постојања биолошке везе, социјалне везе детета са другим особама треба да буду легитимисане као породичне (усвојитељи, хранитељи, крвни сродници, очух, маћеха). Право на поштовање породичног живота има своју примену, пре свега, при настанку и заштити породичног живота (утврђивању материнства и очинства, стицању родитељског права, остваривању права на контакт, спровођењу контакта, придруживању чланова породице, повратку отетог детета, спречавању депортације), не и престанку односа (оспоравању порекла детета, лишењу родитељског права, поништењу усвојења).

Право на поштовање породичног живота представља значајну тековину савременог европског породичног права. Његов развој видимо управо у учвршћивању заштите породичних односа наведених у овом раду. Настанком овог права је омогућено да се под његовом заштитом нађе читав спектар породичних односа који за конститутивни елемент имају дете. Члан породице је по први пут овлашћен да тражи заштиту свог права од мешања државе и других чланова породице пред једним међународним судом - Европским судом за људска права. На тај начин је постала стварност да један тако широк универзални појам који постоји хиљадама година - породични живот, постане предмет судске

заштите. Тако је у једном *sui generis* породичном праву садржан велики број породичноправних института.

Ако је дете централни субјект овог права, а однос између родитеља и детета централни однос права на поштовање породичног живота, онда немамо другу могућност него да закључимо да нуклеарна брачна или ванбрачна породица, и поред разноликих савремених породичних форми и даље треба да буде основ породичног живота а самим тим и права на поштовање породичног живота.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге и чланци

1. **Agallopoulou, P.**, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
2. **Agraval, K. B.**, „Family Life and Human Rights“, у: P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004.
3. **Aguirre, C. M. de**, *Is "Living Together, Oving Each Other" Enough for Law? Reflections on Some "Brave New Families"*, International Journal of the Jurisprudence of the Family 3/2012, Buffalo.
4. **Adolphe, J.**, „The PRINCIPLES and Canada's "Beyond Conjuality" Report: The Move Toward Abolition of State Marriage Laws“, у: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
5. **Aktin, B., Caldwell, J., Henaghan, M., Tapp, P.**, „Fifty Years of New Zealand Family Law“, New Zealand Universities Law Review, Vol. 25, Num. 4, October 2013, Wellington.
6. **Akonumbo, A. Nji**, *Excursion into the "Best Interest of the Child Principle" in Family Law and Child-Related Laws and Policies in Cameroon*, The International Survey of Family Law 2010 edition, Bristol, 2010.
7. **Allam, W.**, „The Arab Charter on Human Rights: Main Features“, Arab Law Quarterly, Vol. 28, Num. 1, 2014, Leiden, Boston.
8. **Allan, G., Crow, G., Hawker, S.**, *Stepfamilies*, London, 2011.
9. **Алинчић, М., Храбар, Д., Јаковац-Лозић, Д., Кораћ-Граовац, А.**, *Обитељско право*, Загреб, 2007.
10. **Antokolskaia, M.**, „Family Values and the Harmonization of Family Law“, у: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
11. **Antokolskaia, M.**, *Harmonization of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen, 2006.
12. **Antokolskaia, M.**, „Harmonization of Substantive Family Law in Europe: Myths and Reality“, Child and Family Law Quarterly, Vol. 22, No. 1, 2010, Bristol.
13. **Apel, S. B.**, „Cryopreserved Embyos: A Response to "Forced Parenthood" and the Role of Intent“, Family Law Quarterly, Vol. 39, No. 3, Autumn 2005, Chicago.
14. **Appleton, S. F.**, „Family Law's Equality Project in Our Empirical Age“, у: L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013.

15. **Arnold, S. K.**, „The Child in Irish Refugee Law: Points for Consideration for the Immigration, Residence and Protection Bill“, *Irish Journal of Family Law*, Vol. 17, Num. 1, Spring 2014, Dublin.
16. **Arold, N-L.**, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden-Boston, 2007.
17. **Araujo, R. J.**, „Natural Law and the Rights of the Family“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 1/2010, Buffalo.
18. **Арснић, Ј.**, *Породична конференција као модел за решавање случајева злостављања и занемаривања деце*, докторски рад, Београд, 2013.
19. **Arshad, R.**, *Islamic Family Law*, London, 2010.
20. **Arthur, R.**, „Ending Corporal Punishment of Irish Children: Complying with Ireland's International Obligations“, *Irish Journal of Family Law*, 4/2005, Dublin.
21. **Atkinson, J.**, „Shifts in the Law Regarding the Rights of Third Parties to Seek Visitation and Custody of Children“, *Family Law Quarterly*, Vol. 47, Num. 1, Spring 2013, Chicago.
22. **Ahmed, F.**, „Religious Norms in Family Law: Implications for Group and Personal Autonomy“, у: M. Maclean, J. Eekelaar, *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Oxford, 2013.
23. **Baarsma, N. A.**, *The Europeanisation of International Family Law*, Hague, 2011.
24. **Bainham, A.**, „Contact as a Right Obligation“, у: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
25. **Bainham, A.**, „Is Anything Now Left of Parental Rights?“, у: R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009.
26. **Bailey-Harris, R., Bridge, C., Lowe, N.**, *Family Law Reports*, 3/2014, London.
27. **Bailey-Harris, R., Bridge, C., Lowe, N.**, *Family Law Reports*, 8/2014, London.
28. **Bailey-Harris, R., Bridge, C., Lowe, N.**, *Family Law Reports*, 9/2014, London.
29. **Baker, K. K.**, „Asymetric Parenthood“, у: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
30. **Bamforth, N.**, „Families but not (yet) Marriages? Same - sex Partners and the Developing European Convention 'Margin of Appreciation'“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 23, No. 1, 2011, Bristol.

31. **Beevers, K.**, „Child Abduction: Inchoate Rights of Custody and the Unmarried Father“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 18, No. 1, 2006, Bristol.
32. **Besson, S.**, „Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Num. 21/2007.
33. **Bianchi, S. M.**, „A Demographic Perspective on Family Change“, *Journal of Family Theory and Review*, Vol. 6, Num. 1, March 2014, Minneapolis.
34. **Bix, B. H.**, „The ALI PRINCIPLES and Agreements: Seeking a Balance Between Status and Contract“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
35. **Black, J., Cantor, D.**, *Child Custody*, New York, 1989.
36. **Boele-Woelki, K.**, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003.
37. **Boele-Woelki, K.**, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerpen, 2004.
38. **Boele-Woelki, K., Beilfuss, C. G.**, *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, Antwerpen, 2007.
39. **Boele-Woelki, K., Ferrand, F., Gonzales Beilfus, K., Jantera-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W.**, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen, 2007.
40. **Boele-Woelki, K., Sverdrup, T.**, *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerpen, 2008.
41. **Boele-Woelki, K., Fuchs, A.**, *Legal, Recognition of Same-Sex Relationships in Europe, National, Cross-Border and European Perspectives*, Cambridge, 2012.
42. **Boele-Woelki, K., Dethloff, N., Gephart, W.**, *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, 2014.
43. **Bonner, D.**, *Of Outrage and Misunderstanding: Ireland v United Kingdom - Governmental Perspectives on an Inter-state Application under the European Convention on Human Rights*, *Legal Studies*, Vol. 34, Num. 1, March 2014.
44. **Booth, P.**, „'It's a Wise Man (Sic) who Knows His Own Father...' - Fatherhood's 'Human Right' Recognised: The Unmarried Father and English Law“, y: P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004.
45. **Бордаш, Б.**, „Признање и извршење одлука у стварима родитељске одговорности према уредби 2201/2003 (*Brisel II bis*)“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2012, Нови Сад.

46. **Bottomley, A.**, "They Shall be Simple in Their Homes...": The Many Dimensions of the Idea and Practices of Co-operative Housing, y A. Bottomley. S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009.
47. **Bottomley, A., Wong, S.**, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law*, Oxford, 2009.
48. **Boyd, S. B., Baldassi, C. L.**, Marriage of Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada, y A. Bottomley. S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009.
49. **Boyd, S. B.**, „Mariage is more than just a piece of paper“: Feminist Critiques of Same sex Marriage“, *National Taiwan University Law Review*, Vol. 8, Num. 2, September 2013, Taipei.
50. **Bradley, D.**, Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation, y K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003.
51. **Brandt, E. B.**, De Facto Custodians: A Response to the Needs of Informal Kin Caregivers, *Family Law Quarterly*, Vol. 38, No. 1, Summer 2004, Chicago.
52. **Brayne, H., Carr, H.**, *Law for Social Workers*, Oxford, 2010.
53. **Bridgeman, J.**, *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, 2007.
54. **Brinig, M. F.**, „Domestic Partnership and Default Rules“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
55. **Britto, A. M. O.**, „The Extended Family under Peruvian Family Law: Between Tradition and Globalization“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 3/2012, Buffalo.
56. **Brooks, T.**, „Legal Positivism and the Faith in Law“, *The Modern Law Review*, Vol. 77, Num. 1, January 2014, London.
57. **Brooks-Gordon, B.**, „Contact in Containment“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
58. **Brower, T.**, *Using Sexual Orientation Demographics to Predict and Harmonize Family Responsibility Transformation*, y C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011.
59. **Brown, T., Alexander, R.**, *Child Abuse and Family Law*, Crows Nest, 2007.
60. **Browning, D.**, „Legal Parenthood, Natural and Legal Rights, and the Best Interests of the Child“, y: L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013.

61. **Bruch, C. S.**, „Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting It Wrong in Child Custody Cases“, *Family Law Quarterly*, Vol. 14, No. 4, Summer 2002, Chicago.
62. **Burton, F.**, *Family Law*, London, 2003.
63. **Buxbaum, D. C.**, *Family Law and Customary Law in Asia: A Contemporary Legal Perspective*, Hague, 1968.
64. **Van Bueren, G.**, *International Law on the Rights of the Child*, Hague, 1998.
65. **Van Bueren, G.**, *Child Rights in Europe*, Strasbourg, 2007.
66. **Vaz Tome, M.**, „Family Law and Family Values in Portugal“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
67. **Verschraegen, B.**, „Family Members‘, the Right to Family Life, and Family Reunification, y: P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004.
68. **Vlaardingerbroek, P.**, „International Adoption and the Best Interest of the Child - Time for a Critical Reflection!“, y: T. Helms, J.M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht, Frankfurt am Main*, Berlin, 2008.
69. **Voegeli, W.**, „Basic Values and Family Law in Recent Judgments of the Federal Constitutional Court of Germany“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
70. **Von Staudingers, J.**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 4, Familienrecht §§ 1773-1895 (Bormundschaftsrecht)*, Berlin, 2014.
71. **Грудина, Л. Ю.**, *Семейное право России*, Москва, 2006.
72. **Galea, P.**, „Grandparenting and Extended-Family Support: The Silent Generation“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 3/2012, Buffalo.
73. **Garrison, M.**, „Marriage Maters: What's Wrong with the ALI's Domestic Partnership Proposal“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
74. **Garcimartin, C.**, „Defining Familial Relations Within the Law: Nuclear Family vs Extended Family“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 3/2012, Buffalo.
75. **Geldof, B.**, „The Real Love that Dare Not Speak its Name“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.

76. **George, R., Bader, K.**, „Parents' Experiences of Relocation Disputes“, *Family Law*, Vol. 44, June 2014, Bristol.
77. **Gillies, B.**, *Families and intimate relationships: A review of the sociological research*, London, 2003.
78. **Gilmore, S.**, „The Limits of Parental Responsibility“, y: R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009
79. **Glennon, L.**, „Targeting the Exclusionary Impact of Family Law“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
80. **Göbel, A.**, *Vom elterlichen Züchtigungsrecht zum Gewaltverbot, Berfassungs -, straf- und familienrechtliche Untersuchung zum § 1631 Abs. 2 BGB.*, Hamburg, 2005.
81. **Guzman, A. T., Linos, K.**, „Human Rights Backsliding“, *California Law Review*, Vol. 102, Num. 3, June 2014, Berkeley.
82. **Grabenwarter, C.**, *European Convention on Human Rights - Commentary*, München, 2014.
83. **Gregory, J. D.**, „Family Privacy and the Custody and Visitation Rights of Adult Outsiders“, *Family Law Quarterly*, Vol. 36, No. 1, Spring 2002, Chicago.
84. **Gregory, J. D.**, „The Detritus of *Troxel*“, *Family Law Quarterly*, Vol. 40, No. 1, Spring 2006, Chicago.
85. **Gregory, J. D.**, „The ALI Property Division Principles: A Model of Radical Paternalism“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
86. **Danelius, H.**, „Reflections on Some Important Judgments of the European Court of Human Rights Regarding Family Life“, y: P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004.
87. **Davies, K.**, *Understanding European Union Law*, New York, 2011.
88. **Decisions and Reports, European Court of Human Rights**, *Human Rights Law Journal*, Vol. 24, Num. 9-12, December 2003, Kehl am Rhein.
89. **Dekar, C., J.Mc.B v. L.E.**, „The Intersection of European Union Law and Private International Law in Intra-European Union Child Abduction“, *Fordham International Law Journal*, br. 34/2011.
90. **Dermot, E.**, „What's Parenthood Got to With It? Mens Hours of Paid Work“, *British Journal of Sociology*, Vol. 56, 2006.
91. **Dethloff, N.**, „Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe“, y: K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003.

92. **Dewar, J.**, „Family Law and Its Discontents“, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 14, Issue 1, April 2000.
93. **Dewar, J.**, „The Normal Chaos of Family Law“, *Modern Law Review*, Vol. 61, Issue. 4, Jul 2008.
94. **Dzehtsiarou, K., Coffey, D. K.**, „Legitimacy and Independence of International Tribunals: An Analysis of the European Court of Human Rights“, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 37, Num. 2, Summer 2014, San Francisco.
95. **Diduck, A.**, *Law's Families*, London, 2003.
96. **Diduck, A.**, „Family Law and Family Responsibility“, у: J. Bridgeman, H. Keating, C. Lind, *Responsibility, Law and the Family*, Ashgate, 2008.
97. **Diduck, A.**, „Relationship Fairness“, у: A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009.
98. **Diduck, A.**, „Public Norms and Private Lives: Rights, Fairness and Family Law“, у: J. Wallbank, S. Choudry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010.
99. **Doek, J. E.**, „The Nuclear Family: Who are the Parents?“, у: J. Eekelaar, T. Nhlapo, *The Changing Family, Family Forms and Family Law*, Oxford, 1998.
100. **Doods, M.**, *Family Law*, London, 2005.
101. **Douglas, G.**, „Marriage, Conabitation, and Parenthood - from Contract to Status?“, у: *Cross Currents: Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, 2000.
102. **Douglas, H., R. Fitzgerald**, „Strangulation, Domestic Violence and the Legal Response“, *The Sydney Law Review*, Vol. 36, Num. 2, Jun 2014, Sydney.
103. **Doucet, A.**, „'It's Just Not Good for a Man to be Interested in Other People's Children': Fathers, Public Displays of Care and 'Relevant Others'“, у: E. Dermott, J. Seymour, *Displaying Families*, London, 2011.
104. **Драшкић, М.**, *Ванбрачна заједница*, Београд, 1988.
105. **Драшкић, М.**, „Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права“, у: З. Поњавић, *Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2005.
106. **Драшкић, М.**, „Усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права у односу на члан 8 Европске конвенције“, у: С. Лилић, *Правни капацитет Србије за европске интеграције*, Београд, 2006.

107. **Драшкић, М.**, *Породично право и права детета*, Београд, 2011.
108. **Драшкић, М.**, „Еволуција у јуриспруденцији Европског суда за људска права у погледу транссексуалних особа: еволуција и у Србији“, у: С. Лилић, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 2, Београд, 2012.
109. **Драшкић, М.**, „Право на регрес родитеља који је сам издржавао дете“, у: С. Лилић, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 4, Београд, 2014.
110. **Dunn, J.**, „Contact and Childrens Perspectives on Parental Relationships“, у: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
111. **Dutta, A., Schulz, A.**, „First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIA Regulation from *C to Health Service Executive*“, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, Num. 1, April 2014, Oxford.
112. **Easteal, P., Grey, D.**, „Risk of Harm to Children from Exposure to Family Violence: Looking at How it is Understood and Considered by the Judiciary“, *Australian Journal of Family Law*, Vol. 27, Num. 1, May 2013, Chatswood.
113. **Eekelaar, J.**, *Parental Responsibility: State of Nature or Nature of the State*, 1/1991, *Journal of Social Welfare and Family Law*.
114. **Eekelaar, J.**, „Contact and the Adoption Reform“, у: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
115. **Eekelaar, J.**, „Personal Obligations“, у: *Mavis Maclean, Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
116. **Eekelaar, J.**, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006.
117. **Eekelaar, J., Maclean, M.**, „Marriage and the Moral Bases of Personal Relationships“, у: S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006.
118. **Eekelaar, J.**, „Empowerment and Responsibility: The Balans Sheet Approach in the PRINCIPLES and English Law“, у: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
119. **Eekelaar, J.**, „Evaluating Legal Regulation of Family Behavior“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 1/2010, Buffalo.
120. **Egan, A., Mc Namara, R.**, „Grandparents and the Law in Ireland“, *Irish Journal of Family Law*, Vol. 13, Num. 1, Spring 2010, Dublin.

121. **Enright, M.**, „Justice, Convention and Anecdote: Evans and the Right to Become Mother“, *Irish Journal of Family Law*, 4/2006, Dublin.
122. **Ertman, M. M.**, „Private Ordering under the ALI Principles: As Natural as Status“, у: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
123. **Eyer, K.**, „Constitutional Colorblindness and the Family“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162, Num. 3, February 2014, Philadelphia.
124. **Zacharias, D.**, „The Protection of Mothers in British and German Constitutional Law: A Comparative Analysis and a Contribution to the Implementatiton of the European Convention on Human Rights in the Domestic Legal Area“, *German Law Review*, Vol. 9, Num. 1/2008.
125. **Isono, F.**, „The Evolution of Modern Family Law in Japan“, *International Journal of Law Policy and the Family*, Vol. 2 Num. 2, October 1988.
126. **Јаковац-Лозић, Д.**, „Сусрети и дружења детета с одвојеним родитељем у пресудама Европског суда за људска права“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 55 (3-4)/2005.
127. **Јакшић, А.**, *Европска конвенција о људским правима*, Београд, 2006.
128. **Janis, M., Kay, R., Bradley, A.**, *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford, 2000.
129. **Jackson, E.**, „What is a Parent?“, у: A. Diduck, K. O'Donovan, *Feminist Perspectives on Family Law*, New York, 2006.
130. **Jackson, E.**, „Prisoners, Their Partners and the Right to Family Life“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 19, No. 1, 2007, Bristol.
131. **Јањић-Комар, М., Обретковић, М.**, *Права детета права човека*, Београд, 1996.
132. **Јањић-Комар, М., Кораћ, Р., Поњавић, З.**, *Породично право*, Београд, 1999.
133. **Јањић-Комар, М.**, „Право на породични живот - ка људским правима треће генерације“, *Правни живот* 9/2001, Београд.
134. **Јањић-Комар, М.**, „Реформа Породичног права - проблеми модернизације“, *Правни живот* 9/2004, Београд.
135. **Јањић-Комар, М.**, „Родитељска одговорност“, у: З. Поњавић, *Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2006.
136. **Јањић-Комар, М.**, *Расправа о принципима Породичног права*, Београд, 2008.
137. **Јовић, О.**, „Право на поштовање породичног живота у светлу Конвенције о заштити људских права и основних слобода“, *Зборник*

радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2010.

138. **Jones, J.**, „The Responsibility of the EU: Familial Ties for All“, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011.
139. **Jose Bosques Hernandez, G.**, „Biological Versus Legal Parenthood Debate in Puerto Rico“, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
140. **Katz, S. N.**, „Family Solidarity Versus Social Solidarity in the United States“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 1/2010, Buffalo.
141. **Katz, S. N.**, *Family Law in America*, Oxford, 2011.
142. **Kaplan, M.**, „Sex-Positive Law“, *New York University Law Review*, Vol. 89, Num. 1, April 2014, New York.
143. **Kaganas, F., Diduck, A.**, „Incomplete Citizens: Changing Images of Post-Separation Children“, у: S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006.
144. **Kaganas, F.**, „Grandparent's Rights and Grandparent's Campaigns“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 19, No. 1, 2007, Bristol.
145. **Kaganas, F.**, „Child Protection, Gender and Rights“, у: J. Wallbank, S. Choundry, J. Herring, *Rights, Gender and Family Law*, New York, 2010.
146. **Kavanagh, A.**, „Reasoning about Proportionality Under the Human Rights Act 1998: Outcomes, Substance and Process“, *The Law Quarterly Review*, Vol. 130, April 2013, London.
147. **Kenner, J.**, *European Union Legislation 2010-2011*, London, 2011.
148. **Kilkelly, U.**, „Child Protection and the European Convention on Human Rights“, *Irish Journal of Family Law*, 2/2000, Dublin.
149. **Kilkelly, U.**, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Strasbourg, 2003.
150. **Kilkelly, U.**, „Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach“, у: P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004.
151. **King, S. M.**, „The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence“, *Family Law Quarterly*, Vol. 47, Num. 2, Summer 2013, Chicago.

152. **Кобанов, В. Л.**, „Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей как компонент российского права“, Семейное и жилищное право 1/2014, Москва.
153. **Ковачек-Станић, Г.**, *Упоредно породично право*, Нови Сад, 2002.
154. **Крстић, И.**, *Право на поштовање приватног и породичног живота члан 8. Европске конвенције о људским правима*, Београд, 2006.
155. **Kruger, H. C., Polakiewicz, J.**, „Proposals for a Coherent Human Rights protection System in Europe/The European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights“, *Human Rights Law Journal*, Vol. 22, Num. 1-4, October 2001, Kehl am Rhein.
156. **Lafferriere, J. N.**, „Artificial Reproductive Techniques and Parenting: Trends and Paradoxes“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2/2011, Buffalo.
157. **Lamarca, A.**, „Regulating Cohabitation in Spain: the Unconstituinality of Current Legislation“, *International Family Law*, March 2014, Bristol.
158. **Lawrence, A.**, *Principles of Child Protection: Management and Practice*, Maidenhead, 2004.
159. **Lee, J.**, „Sperm Donor Anonymity: A Call for Legislative Reform“, *Canadian Family Law Quarterly*, Vol. 33, Num. 1, March 2014, Ontario.
160. **Letsas, G.**, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010.
161. **Levesque, R.**, *Child Maltreatment and the Law*, New York, 2008.
162. **Levin, I.**, „Living Apart Together: A New Family Form“, *Current Sociology*, Num. 52/2004.
163. **Levy, R. J.**, „Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments“, у: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
164. **Lewis, J.**, „The Changing Context for the Obligation to Care and to Earn“, у: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
165. **Lind, C., Keating, H., Bridgeman, J.**, „Taking Family Responsibility or Having It Imposed?“, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011.
166. **Lind, C.**, „Power and the Taking of Responsibility: Shifting the Legal Family from Marriage to Friendship“, у C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011.

167. **Lowe, N.**, „The Allocation of Parental Rights and Responsibilities - The Position in England and Wales“, *Family Law Quarterly*, Vol. 39, No. 2, Summer 2005, Chicago.
168. **Lowe, N., Horosova, K.**, „The Operation of the 1980 Hague Abduction Convention - A Global View“, *Family Law Quarterly*, Vol. 41, No. 1, Spring 2007, Chicago.
169. **Lowe, N.**, „The Council of Europe's Family Law Programme: Where Does it Go From Here?“, y: T. Helms, J. M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht, Frankfurt am Main*, Berlin, 2008.
170. **Luppino, G. A., Miller, J. F.**, *Family Law and Practice*, New Jersey, 2012.
171. **Lyon, T. D.**, „Assesing the Competency of Child Witnesses: Best Practice Informed by Psychology and Law“, y: M. Lamb, D. La Rooy, L. Malloy, C. Katz, *Children's Testimony*, Oxford, 2011.
172. **Maclean, M., Mueller-Johnson, K.**, „Supporting Cross-Household Parenting: Ideas about the 'Family', Policy Formation and Service Developments accros Jurisdictions“, y A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
173. **Maclean, M., Eekelaar, J.**, *Family Law Advocacy*, Oxford, 2009.
174. **Мајсторовић, И.**, *Хармонизација и унификација Европског Обитељског права*, Загреб, 2009.
175. **Mair, J., Örücü, E.**, *Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Parental Responsibilities*, Antwerpen, 2010.
176. **Mair, J., Örücü, E.**, *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, Cambridge, 2011.
177. **Martellozzo, E.**, „Understanding the Perpetrator's Online Behaviour“, y: J. Davidson, P. Gottschalk, *Internet Child Abuse*, New York, 2011.
178. **Mason, M. A.**, *From Father's Propriety to Children's Rights*, New York, 1994.
179. **Masson, J.**, „The Children Act 1989 and Young People: Dependence and Rights to Independence“, y: D. J. Lockton, *Children and the Law*, London, 2000.
180. **Masson, J., Bailey-Harris, R., Probert, R.**, *Cretney's Family Law*, Oxford, 2008.
181. **Marella, M. R.**, „Critical Family Law“, *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 19/2011.

182. **Maxwell, N. G., Forder, C. J.**, „The Inadequacies in U.S. and Dutch Adoption Law to Establish Same-Sex Couples as Legal Parents: A Call for Recognizing Intentional Parenthood“, *Family Law Quarterly*, Vol. 38, No. 3, Autumn 2004, Chicago.
183. **Mazzotta, B.**, „Same-Sex Relationships in Italy“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
184. **Marks, K. A.**, „How International Human Rights Evolves: The Rise of States' Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights“, *European Journal of Human Rights*, Num. 2, April 2014, Bruxelles.
185. **Marquardt, E.**, „Integrating the Needs and Desires of Woman, Man and the Children Their Unions Produce“, y: L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, NewYork, 2013.
186. **Mayer, D. D.**, „Partners, Care Givers, and the Constitutional Substance of Parenthood“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
187. **McClain, L. C.**, „A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law“, y: L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, NewYork, 2013.
188. **McGlynn, C.**, *Families and European Union Law Politics and Pluralism*, Cambridge, 2006.
189. **McIntosh, I., Dorrer, N., Punch, S., Emond, R.**, „'I Know we Can't be a Family, but as Close as You Can Get': Displaying Families within an Institutional Context“, y: E. Dermott, J. Seymour, *Displaying Families*, London, 2011.
190. **Mendoza, L.**, „Prohibited Steps Orders and the Protection of Children“, y: D. J. Lockton, *Children and the Law*, London, 2000.
191. **Meulders-Klein, M. T.**, „Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means“, y: K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003.
192. **Meulders-Klein, M. T.**, „Family Law, Human Rights and Judicial Review in Europe“, y: P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004.
193. **Meyer, D. D.**, „Family Diversity and the Rights of Parenthood“, y: L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, NewYork, 2013.
194. **Mickovik, D., Ristov, A.**, *Nasledovanjeto vo Evropa*, Skoplje, 2011.

195. **Miles, J., Lindley, B.**, „Contact for Children Subject to State Intervention“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
196. **Mitchell, L. E.**, *Family Life in Middle Ages*, London, 2007.
197. **Monk, D.**, „Parental Responsibility and Education: Taking a Long View“, y: R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009.
198. **Mowbray, A. W.**, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004.
199. **Munby, J.**, „Families Old and New - the Family and Article 8“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 17, No. 2, 2005.
200. **Mueller-Johnson, K.**, „Supporting Conflicted Post-Divorce Parenting“, y: *Mavis Maclean, Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
201. **Murphy, J.**, „Same-sex Marriage in England: a Role for Human Rights“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 16, No. 1, 2004, Bristol.
202. **Neil, E.**, „Adoption and Contact: A Research Review“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
203. **Nichols, A. M.**, „Toward a Child-Centered Approach to Evaluating Claims of Alienation in High-Conflict Custody Disputes“, *Michigan Law Review*, Vol. 112, Num. 4, February 2014, Michigan.
204. **Nielson, T., Bucaria, R.**, „Grandparent Custody Disputes and Visitation Rights: Balancing the Interest of Child, Parents and Grandparents“, *Utah Law Review*, Num. 2/2009.
205. **Norton, P.**, „A Democratic Dialogue? Parliament and Human Rights in The United Kingdom“, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 21, Num. 2, 2013, Hong Kong.
206. **Novales, T. P.**, „Cohabitation: The Ideological Debate in Spain“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
207. **O'Callaghan, E.**, „Annual Review of International Family Law 2008“, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
208. **O'Donovan, K.**, „'Real' Mothers for Abandoned Children“, y: S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006.
209. **O' Mahony, C.**, „Irreconcilable Differences? Article 8 ECHR and Irish Law on Non-Traditional Families“, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 1, 2012.

210. **Olowu, D.**, „The Regional System of Protection of Human Rights in Africa“, у: J. Slot-Nielsen, *Children's Rights in Africa*, Burlington, 2008.
211. **Olsen, F. E.**, „The Myth of State Intervention in the Family“, у: S. B. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, 2006.
212. **Омејец, Ј.**, *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права*, Загреб, 2013.
213. **Панов, С.**, *Породично право*, Београд, 2011.
214. **Панов, С.**, „Однос полова и васпитање“, Зборник радова „Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног“, Источно Сарајево, 2012.
215. **Parkinson, P.**, „The Past Caretaking Standard in Comparative Perspective“, у: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
216. **Parkinson, P.**, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge, 2011.
217. **Parrenas, R. S.**, „Ideological and Intergenerational Challenges in Filipina Migrant Families“, у: L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013.
218. **Пауновић, М., Царић, С.**, *Европски суд за људска права*, Београд, 2007.
219. **Park, D.**, „Korean Divorce Law: Can a Spouse Guilty of Marital Misconduct Get a Divorce Without the Consent of the Other Spouse“, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
220. **Park, H., Raymo, J. M.**, „Divorce in Korea: Trends and Educational Differentials“, *Journal of Marriage and Family*, 75/2013.
221. **Pintens, W.**, „Europenisation of Family Law“, у: K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003.
222. **Pintens, W.**, „Europäische Prinzipien zur elterlichen Verantwortung“, у: T. Helms, J. M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht, Frankfurt am Main*, Berlin, 2008.
223. **Piper, C., Kaganas, F.**, „Joint Parenting Under The Children Act 1989“, у: D. J. Lockton, *Children and the Law*, London, 2000.
224. **Платон, Држава, А. Вилхар, Б. Павловић** (превод), Београд, 2002.
225. **Поњавић, З.**, „Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота“, *Правни живот* 9/2003, Београд.
226. **Probert, R.**, *Cretney's Family Law*, London, 2003.
227. **Probert, R.**, *Cretney and Probert's Family Law*, London, 2009.

228. **Pryor, J.**, „Childrens Contact with Relatives“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
229. **Reece, H.**, „Degradation of Parental Responsibility“, y: R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009.
230. **Решетар, Б.**, *Правна заштита права на сусрете и дружење*, Осијек, 2011.
231. **Rhoades, H.**, „Concluding Thoughts: Enduring Chaos of Family Law“, y: J. Wallbank, S. Choundry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010.
232. **Richards, M.**, „Assisted Reproduction and Parental Responsibility“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
233. **Richmond, B. B. H.**, „Family Responsibility: Where Are We Now?“, y C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, y C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011.
234. **Rodger, A.**, „The Future of the European Court of Human Rights“, *Human Rights Law Journal*, Vol. 24, Num. 5-8, November 2003, Kehl am Rhein.
235. **Rosenn, K. S.**, „Recent Important Decisions by the Brazilian Supreme Court“, *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 45, Num. 2, Spring 2014.
236. **Sachs, S.**, *Geschwister in Familienrecht*, Berlin, 2007.
237. **Sanders, A.**, „Marriage, Same-Sex Partnernship and German Constitution“, *German Law Review*, Vol.13, Num. 8/2012.
238. **Scherpe, J. M.**, „Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View“, y: R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009.
239. **Schiratzki, J.**, „Litigation in the Shadow of Mediation: Supporting Children in Sweden“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
240. **Schneider, C. E.**, „Elite Principles: The ALI Proposals and the Politics of Law Reform“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
241. **Schulz, A.**, „The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights“, y: P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004.

242. **Schuz, R.**, „The Relevance of Religious Law and Cultural Considerations in International Child Abduction Disputes“, *Journal of Law and Family Studies*, br. 12/2010.
243. **Schwab, D.**, *Familienrecht*, 9. Auflage, München, 1999.
244. **Schwenzer, I., Dimsey, M.**, *Model Family Code*, Antwerpen, 2006.
245. **Seuffert, N.**, „Same-Sex Immigration: Domestication and Homonormativity“, y: A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009.
246. **Shannon, G.**, *Child Law*, Dublin, 2010.
247. **Shapiro, J.**, „Changing Ways, New Technologies and the Devaluation of the Genetic Connection to Children“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
248. **Simpson, B., Jessop, J., McCarthy, P.**, „Fathers after Divorce“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
249. **Singer, A.**, „Equal Treatment of Same-Sex Couples in Sweden“, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
250. **Скакун, О. С.**, „Интерес ребенка как основной критерий защитий прав детей в практике Европейского Суда по правам человека“, *Семейное и жилищное право* 2/2014, Москва.
251. **Sloan, B.**, „Conflicting Rights: English Adoption Law and the Implementation of the UN Convention on the Rights of the Child“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 25, No. 1, 2013, Bristol.
252. **Sloth-Nielsen, J., Heerden, B. B.**, „The Constitutional Family: Developments in South African Family Law Jurisprudence Under the 1996. Constitution“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol 17, Issue 2, August 2003.
253. **Slater, S., Kaganas, F.**, „Contact: Mothers, Welfare and Rights“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
254. **Scott, E. S.**, „Domestic Partnership, Implied Contracts, and Law Reform“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
255. **Smart, C.**, „Law and Family Life: Insights from 25 Years of Empirical Research“, *Child and Family Law Quarterly*, London, Vol. 26, Num. 1/2014.
256. **Smart, C.**, „Changing Commitments: A Study of Close Kin after Divorce in England“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.

257. **Smart, C.**, „The Etic of Justice Strikes Back: Changing Narratives of Fatherhood“, y: A. Diduck, K. O'Donovan, *Feminist Perspectives on Family Law*, New York, 2006.
258. **Smart, C.**, „Making Kin: Relationality and Law“, y: A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009.
259. **Smith, D.**, „Making Contact Work in International Cases: Promoting Contact Whilst Preventing International Parental Child Abduction“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
260. **Smith, I.**, „European Divorce Laws, Divorce Rates, and Their Consequences“, y: A. W. Dnes, R. Rowthorn, *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge, 2002.
261. **Smith, R. K. M.**, „'Hands-off Parenting?' - Towards a Reform of the Defence of Reasonable Chastisement in the UK“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 16, No. 1, 2004, Bristol.
262. **Somerville, M.**, „Children's Human Rights to Natural Biological Origins and Family Structure“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 1/2010, Buffalo.
263. **Sosson, J.**, „Recent Evolutions (Revolutions) in Belgian Family Law“, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
264. **Спировик-Трпеновска, Љ., Мицковик, Д., Ристов, А.**, *Семејно Право*, Скопље, 2013.
265. **Stalford, H.**, „Concepts of Family Under EU Law - Lessons from the ECHR“, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol 16, Issue 3, December 2002.
266. **Stalford, H.**, *Children and the European Union*, Oxford, 2012.
267. **Standley, K.**, *Cases and Materials on Family Law*, London, 1997.
268. **Stark, B.**, *International Family Law*, Ashgate, 2005.
269. **Stark, B.**, „The PRINCIPLES on Agreements: 'Fairness' and International Human Rights Law“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
270. **Steinbock, B.**, „Defining Parenthood“, y: M. Freeman, *Children's Health and Children's Rights*, Boston, 2006.
271. **Steiner, E.**, „*Odievr v France* - Desperately Seeking Mother - Anonymous Birth in the European Court of Human Rights“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 15, No. 1, 2003.

272. **Stewart, K.**, „Implementing the Child Protection Provisions of the Convention on the Rights of the Child in Trinidad and Tobago“, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 21, Num.1, Fall 2013, Coral Gables.
273. **Stevens, D.**, „The Asylum-Seeking Family“, y: R. Probert, *Family Life and the Law Under One Roof*, Burlington, 2007.
274. **Stiles, E.**, „The Right to Marry: Daughters and Elders in the Islamic Courts of Zanzibar“, Islamic Law and Society, Vol. 21, Num. 3, 2014, Leiden.
275. **Strasser, M.**, „Paying to Stay Home: On Competing Notions of Fairness and the Imputation of Income“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
276. **Suarez-Orosco, C., Suarez-Orosco, M.**, „Familyhood across Borders“, y: L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013.
277. **Swindells, H., Neaves, A., Kushner, M., Skilbeck, R.**, *Family Law and the Human Rights Act 1998*, Bristol, 1999.
278. **Tan, Y.**, „New Forms of Cohabitation in Europe; Challenges for English Private International Law“, y: K. Boele-Woelki, *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2003.
279. **Taylor, R.**, „Parental Responsibility and Religion“, y: R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009.
280. **Trinder, L.**, „Working and not Working Contact after Divorce“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
281. **Torella, E. C. di**, „Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union“, European Law Journal, Vol. 20, Num. 1, January 2014, Oxford.
282. **Tucker, J. E.**, *Women, Family and Gender in Islamic Law*, Cambridge, 2008.
283. **Tulkens, F., Kovler, A., Spielmann, D., Cariolou, L.**, *Loukis Loucaides An Alternative View on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Leiden-Boston, 2008.
284. **Federal Constitutional Court of Germany**, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013.
285. **Feinberg, J. R.**, „Avoiding Marriage Tunnel Vision“, Tulane Law Review, Vol. 88, Num. 2, December 2013.

286. **Fenton-Glynn, C.**, „Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy“, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, Num. 1, April 2014, Oxford.
287. **Fineman, M. A.**, *Responsibility, Family, and the Limits of Equality: An American Perspective*, y C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011.
288. **FitzGibbon, S.**, „A City without Duty, Fault or Shame“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
289. **FitzGibbon, S.**, „The Biological Basis for the Recognition of the Family“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 3/2012, Buffalo.
290. **Fortin, J.**, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009.
291. **Freeman, M.**, „Rethinking Gillick“, y: M. Freeman, *Children's Health and Children's Rights*, Boston, 2006.
292. **Fuszara, M., Kurczewski, J.**, „Family Values, Friendship Values: Opposition or Continuity?“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
293. **Forder, C.**, „Family Rights and Immigration Law: a European Perspective“, *Irish Journal of Family Law*, 4/2003, Dublin.
294. **Forder, C., Saarloos, K.**, *The Establishment of Parenthood: Story of Successful Convergence?*, Maastricht, 2007.
295. **Hager, G.**, „Der Einfluss des Human Rights Act 1998 auf die Rechtsmethode in England“, y: T. Helms, J.M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht, Frankfurt am Main*, Berlin, 2008.
296. **Hale, B.**, „Families and the Law: the Forgotten International Dimension“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 21, No. 1, 2009, Bristol.
297. **Harada, A.**, „The Japanese Child Protection System: Developments in the Laws and the Issues Left Unsolved“, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
298. **Harnisch, K-U.**, *Babyklappe und anonyme Geburt Eine kritische Bestandsaufnahme im Kontext gegenwärtiger Reformvorschläge*, Tectum Verlag Marburg, 2009.
299. **Harper, M., Downs, M., Landells, K., Wilson, G.**, *Civil Partnership The New Law*, Bristol, 2005.
300. **Harris, P. G.**, „Article 8 of the European Convention and the Welfare Thesis of Conflict Resolution“, *Family Law*, Vol. 44, March 2014, Bristol.

301. **Harrington, A. R.**, „Life as We Know It: The Expansion of the Right to Life Under the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights“, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 35, Num. 2, Spring 2013.
302. **Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C., Warbrick, C., Kilkely, U., Cumber, P., Arai, Y., Lardy, H.**, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009.
303. **Harris-Short, S.**, „Family Law and the Human Rights Act: Judicial Restraint or Revolution“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 17, 2005.
304. **Harris-Short, S., Miles, J.**, *Family law: Text, Cases and Materials*, Oxford, 2011.
305. **Hart, H. L. A.**, „Varieties of Responsibility“, *Law Quarterly Review*, 81, 1967.
306. **Haugli, T., Shinkareva, E.**, „The Best Interest of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference Into Family Life and Separation of Parents and Children in Connection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law“, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 26, Issue 3, 2012.
307. **Headley, M.**, „Family Life and Child Protection: Cleveland, Baby P *et al*“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 26, Num. 1, 2014, London.
308. **Hevia, M., Bacaflor, C. H.**, „From Recognition to Regulation: Access to *in vitro* Fertilization and the American Convention on Human Rights“, *Florida Journal of International Law*, Vol. 25, Num. 3, December 2013, Gainesville.
309. **Henaghan, M.**, „How New Zealand Family Law Deals With Power Imbalances“, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
310. **Hendrick, J.**, *Law and Ethics in Children's Nursing*, Oxford, 2010.
311. **Herring, J.**, „Connecting Contact: Contact in a Private Law Context“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
312. **Herring, J.**, „Why Financial Orders on Divorce Should be Unfair“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 19, 2005.
313. **Herring, J.**, *Family Law*, Harlow, 2007.
314. **Herring, J.**, „The Shaming of Naming: Parental Rights and Responsibilities in the Naming of Children“, y: R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009.
315. **Herring, J.**, „Relational Autonomy and Family Law“, y: J. Wallbank, S. Choundry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010.

316. **Herring, J.**, *Relational Autonomy and Family Law*, London, 2014.
317. **Holdgaard, M.**, „Family Life and Transsexuals“, y: P. Lodrup, E. Modvar, *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004.
318. **Hrabar, D.**, „The Establishment of a European Court for the Rights of the Child as a New Contribution to the Area of Freedom, Security and Justice“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2/2014, Zagreb.
319. **Huges, C.**, „Making and Breaking Relationships: Children and Their Families“, y: A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trinder, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003.
320. **Humphreus, C., Thiara, R. K.**, „Neither Justice nor Protection: Women's Experiences of Post-Separation Violence“, y: S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006.
321. **Hunt, S. S.**, „International Communities and Care-giving: Co-housing Possibilities“, y: A. Bottomley, S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009.
322. **Carr, J., Hilton, Z.**, „Combating Child Abuse Images on the Internet“, y: J. Davidson, P. Gottschalk, *Internet Child Abuse*, New York, 2011.
323. **Цвејић-Јанчић, О.**, „The Definition of the Family in Modern Law and Its Legal Protection“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 1/2010, Buffalo.
324. **Cere, D.**, „Toward an Integrative Account of Parenthood“, y: L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013.
325. **Chambers, D.**, *A Sociology of Family Life Change and Diversity in Intimate Relations*, Cambridge, 2012.
326. **Choudhry, S.**, „The Adoption and Children Act 2002, the Welfare Principle and the Human Rights Act 1998 - A Missed Opportunity?“, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 15, No. 1, 2003, Bristol.
327. **Choudhry, S.**, „Parental Responsibility and Corporal Punishment“, y: R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009.
328. **Choudhry, S., Herring, J.**, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010.
329. **Choudhry, S., Herring, J., Wallbank, J.**, „Welfare, Rights, Care and Gender in Family law“, y: J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010.
330. **Clements, L., Mole, N., Simmons, A.**, *European Human Rights: Taking a Case Under the Convention*, London, 1999.

331. **Coleman, M., Ganong, L. H., Warzinik, K.,** *Family Life in 20th-Century America*, London, 2007.
332. **Collier, R.,** *Masculinity, Law and the Family*, London, 1995.
333. **Collier, R.,** „Waiting Till Father Gets Home‘: The Reconstruction of Fatherhood in Family Law“, y: S. S. Boyd, H. Rhoades, *Law and Families*, Ashgate, Hampshire, 2006.
334. **Collier, R.,** „Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinking the Relationship Between Gender and Welfare“, y: J. Wallbank, S. Choundry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010.
335. **Collins, K. A.,** „Illegitimate Borders: Jus Sanguinis Citizenship and the Legal Construction of Family, Race and Nation“, *The Yale Law Journal*, Vol. 123, Num. 7, May 2014, New Haven.
336. **Conkle, D. O.,** „Evolving Values, Animus, and Same-Sex Marriage“, *Indiana Law Journal*, Vol. 89, Num. 1, Winter 2014, Indiana.
337. **Cooper, S. L.,** „Marriage, Family, Discrimination and Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights“, *German Law Journal*, Vol. 12. No. 10, 2011.
338. **Cottier, M.,** „Registered Partnership for Same-Sex Couples in Switzerland: Constructing a New Model of Family Relationships“, y: *Mavis Maclean Family Law and Family Values*, Oxford, 2005.
339. **Crowley, L.,** *Family Law*, Dublin, 2013.
340. **Cruz, P. de,** *Family Law, Sex and Society*, London, 2010.
341. **Cretney, S.,** *Law, Law Reform and the Family*, Oxford, 1998.
342. **Cretney, S.,** *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford, 2003.
343. **Curk, P.,** *Passions, Dependencies, Selves: A Theoretical, Psychoanalytic Account of Relational Responsibility*, y C. Lind, H. Keating, J. Bridgeman, *Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011.
344. **Quas, J. A., Sumaroka, M.,** „Consequences of Legal Involment on Child Victims of Maltreatment“, y: M. Lamb, D. La Rooy, L. Malloy, C. Katz, *Children's Testimony*, Oxford, 2011
345. **Wallbank, J.,** „Parental Responsibility and the Responsible Parent: Managing the 'Problem' of Contact“, y: R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009.

346. **Wallbank, J.**, (En)Gendering the Fusion of Rights and Responsibilities in the Law of Contact, y: J. Wallbank, S. Choudry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010.
347. **Wardle, L. D.**, „The Jurisprudence of Parenting and the Influence of Religion on Effective Parenting“, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2/2011, Buffalo.
348. **Warshak, R. A.**, „Bringing Sense to Parental Alienation: A Look at the Disputes and the Evidence“, *Family Law Quarterly*, Vol. 37, No. 2, Summer 2003, Chicago.
349. **Whittaker, M., Brown, A.**, „The Place for Mediation in Family Law“, *The Jersey and Guernsey Law Review*, Vol. 18, Num. 1, February 2014, Jersey.
350. **Weatherill, S.**, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford, 2010.
351. **Weaver, J. D.**, „Overstepping Ethical Boundaries? Limitation on State Efforts To Provide Access to Justice in Family Courts“, *Fordham Law Review*, Vol. 82, Num. 6, May 2014, Nebraska.
352. **Welchman, L.**, „First Time Family Law Codifications in Three Gulf States“, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
353. **Welsh, D.**, „Virtual Parents: How Virtual Visitation Legislation is Shaping the Future of Custody Law“, *Journal of Law and Family Studies*, 11/2008.
354. **Welstead, M., Edwards, S.**, *Family Law*, Oxford, 2008.
355. **Welstead, M.**, „The Family the Law Forgot“, *The International Survey of Family Law*, 2010 edition, Bristol, 2010.
356. **Westfall, D.**, „Unprincipled Family Dissolution: The ALI's Recommendations for Division of Property“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
357. **Wildhaber, L.**, „Criticism and case-overload: Comments on the Future of the European Court of Human Rights“, y: S. Flogaitis, T. Zwart, J. Fraser, *European Court of Human Rights and Its Discontents*, Glos, 2013.
358. **Williams, J.**, *Child Law for Social Work*, London, 2008.
359. **Wilson, R. F.**, „Undeserved Trust: Reflections on the ALI's Treatment of De Facto Parents“, y: R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006.
360. **Winter, S.**, „Identity Recognition Without the Knife: Towards a Gender Recognition Ordinance for Hong Kong's Transsexual People“, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 44, Num. 1, 2014, Hong Kong.

361. **Wong, S.**, „Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution?“, у: A. Bottomley. S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009.
362. **Wray, H.**, *Regulating Marriage Migration into the UK: A Stranger in the Home*, Ashgate-Surrey, 2011.
363. **Yildirim, S.**, „Aftermath of a Revolution: A Case Study of Turkish Family Law“, *Pace International Law Review*, Vol. 17, Num. 2/2005.
364. **Young, C.**, „Taking Spousal Status into Account for Tax Purposes: The Pitfalls and Penalties“, у: A. Bottomley. S. Wong, *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, 2009.
365. **Yune, J.**, „The Role of the Courts in the Protection of Transsexuals' Human Rights: A Comparison of Korea with Germany and the U.K.“, у: T. Helms, J. M. Zeppernick, *Lebendiges Familienrecht, Frankfurt am Main*, Berlin, 2008.

Прописи

1. Устав Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/2006.
2. Породични закон Србије, „Службени гласник РС“, бр. 18/05.
3. Породични закон Републике Српске, „Службени лист Републике Српске“, бр. 54/02.
4. Породични закон Црне Горе, „Службени лист Републике Црне Горе“, бр. 01/07.
5. Zakon o zakonski svezi in družinskih razmerjih, "Uradni list Republike Slovenije", br. 16/04.
6. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.
7. Америчка конвенција о људским правима.
8. Афричка конвенција о правима човека и људи.
9. Закон о ратификацији Европске конвенције о људским правима и основним слободама, „Службени лист СЦГ - Међународни уговори“, бр. 9/2003.
10. Закон о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС“, бр. 55/2014.
11. Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора, „Службени гласник РС“, бр. 03/2014.

Пресуде Европског суда за људска права

(доступне на: <http://www.echr.coe.int>)

A. v United Kingdom, пред. бр. 25599/94, пресуда од 23. септембра 1998. године.

A. A. v United Kingdom, пред. бр. 8000/08, пресуда од 20. септембра 2011. године.

A. v Croatia, пред. бр. 55164/08, пресуда од 14. октобра 2010. године.

A. D. and O. D. v United Kingdom, пред. бр. 28680/06, пресуда од 16. марта 2010. године.

A. K. and L. v Croatia, пред. бр. 37956/11, пресуда од 8. јануара 2013. године.

Adam v Germany, пред. бр. 44036/02, пресуда од 4. децембра 2008. године.

Ageyevy v Russia, пред. бр. 7075/10, пресуда од 18. априла 2013. године.

Ahmut v Netherlands, пред. бр. 21702/93, пресуда од 28. новембра 1996. године.

Alaverdiyanyan v Armenia, пред. бр. 4523/04, пресуда од 24. августа 2010. године.

Al-Nashif v Bulgaria, пред. бр. 50963/99, пресуда од 20. јуна 2002. године.

Alim v Russia пред. бр. 39417/07, пресуда од 27. септембра 2011. године.

Amanalachioai v Romania, пред. бр. 4023/04, пресуда од 26. маја 2009. године.

Amrollahi v Denmark, пред. бр. 56811/00, пресуда од 28. јуна 2001. године.

Anayo v. Germany, пред. бр. 20578/07 пресуда од 21. децембра 2010. године.

Andersson v Sweden, пред. бр. 12963/87, пресуда од 25. фебруара 1992. године.

Aune v Norway, пред. бр. 52502/07, пресуда од 28. октобра 2010. године.

B. v France, пред. бр. 13343/87, пресуда од 25. марта 1992. године.

B. v United Kingdom, пред. бр. 36337/97, пресуда од 14. децембра 1999. године.

B. v Belgium, пред. бр. 4320/11, пресуда од 10. јула 2012. године.

B. v Romania, пред. бр. 1285/03, пресуда од 19. фебруара 2013. године.

B. B. and F. B. v Germany, пред. бр. 18734/09 i 9424/11, пресуда од 14. марта 2013. године.

Backlund v Finland пред. бр. 36498/05, пресуда од 6. јула 2010. године.

Baghli v. France, пред. бр. 34374/97, пресуда од 30. новембра 1999. године.

Bajrami v Albania, пред. бр. 35853/04, пресуда од 12. децембра 2006. године.

Bashir and others v. Bulgaria, пред. бр. 65028/01, пресуда од 14. јуна 2007. године.

Berrehab v Netherlands, пред. бр. 10730/84, пресуда од 21. јуна 1988. године.

Bevacqua v Bulgaria, пред. бр. 71127/01, пресуда од 12. јуна 2008. године.

Bianchi v Switzerland, пред. бр. 7548/04, пресуда од 22. јуна 2006. године.

Biao v Denmark, пред. бр. 38590/10, пресуда од 25. марта 2014. године.

Boso v Italy, пред. бр. 50490/99, пресуда од 5. септембра 2002. године.

Boughanemi v France, пред. бр. 22070/93, пресуда од 24. априла 1996. године.

Boutlif v. Switzerland, пред. бр. 54273/00, пресуда од 2. августа 2001. године.

Boyle v United Kingdom, пред. бр. 15680/90, пресуда од 28. фебруара 1994. године.

Branton v United Kingdom, пред. бр. 12399/85, пресуда од 9. марта 1988. године.

Buchberger v Austria, пред. бр. 32899/96, пресуда од 20. марта 2002. године.

Burden and Burden v United Kingdom пред. бр. 13378/05, пресуда од 12. децембра 2006. године.

Buscemi v. Italy, пред. бр. 29569/95, пресуда од 16. септембра 1999. године.

C. v United Kingdom, пред. бр. 14247/88, пресуда од 3. јула 1992. године.

C. v Finland, пред. бр. 18249/02, пресуда од 9. маја 2006. године.

C. G. and others v Bulgaria, пред. бр. 1365/07, пресуда од 24. априла 2008. године.

Campbell and Cossans v United Kingdom, пред. бр. 7511/76, 7743/76, пресуда од 25. фебруара 1982. године.

Carlson v Switzerland, пред. бр. 49492/06, пресуда од 6. новембра 2008. године.

Cengiz Kilic v Turkey, пред. бр. 16192/06, пресуда од 6. децембра 2011. године.

Chandra, H., W., A. and N. Tjonadi v Netherlands, пред. бр. 53102/99, пресуда од 13. маја 2003. године.

Chbihi Loudoudi v Belgium, пред. бр. 52265/10, пресуда од 16. децембра 2014. године.

Christine Goodwin v United Kingdom, пред. бр. 28957/95, пресуда од 11. јула 2002. године.

Ciliz v Netherlands, пред. бр. 29192/95, пресуда од 11. јула 2000. године.

Clemeno v Italy, пред. бр. 19537/03, пресуда од 21. октобра 2008. године.

Comert v Denmark, пред. бр. 14474/03, пресуда од 10. априла 2006. године.

Costello-Roberts v United Kingdom, пред. бр. 13134/87, пресуда од 25. марта 1993. године.

Couillard Maugery v France, пред. бр. 64796/01, пресуда од 1. јула 2004. године.

Covezzi and Morselli v. Italy, пред. бр. 52763/99, пресуда од 9. маја 2003. године.

Cosac v Romania, пред. бр. 28129/05, пресуда од 14. јануара 2010. године.

D. and others v United Kingdom, пред. бр. 38000/05, пресуда од 12. фебруара 2008. године и 30. септембра 2008. године.

D. and others v Belgium, пред. бр. 29176/13, пресуда од 8. јула 2014. године.

Damjanović v Serbia, пред. бр. 5222/07, пресуда од 18. новембра 2008. године.

Darren Omoregie and others v Norway, пред. бр. 265/07, пресуда од 31. јула 2008. године.

Dickson v United Kingdom, пред. бр. 44362/04, пресуда од 4. децембра 2007. године.

Dikme v Turkey, пред. бр. 20869/92, пресуда од 11. јула 2000. године.

Djaid v. France, пред. бр. 38687/97, пресуда од 9. марта 1999. године.

Domenech Pardo v Spain, пред. бр. 55996/00, пресуда од 3. маја 2001. године.

Dufie-Kwaktyenti v Netherlands, пред. бр. 31519/96, пресуда од 7. новембра 2000. године.

E. B. v France, пред. бр. 43546/02 пресуда од 22. јануара 2008. године.

E. P. v. Italy, пред. бр. 31127/96, пресуда од 16. новембра 1999. године.

Eberhard and M. v Slovenia, пред. бр. 8673/05 i 9733/05, пресуда од 1. децембра 2009. године.

Elli Poluhas Dodsbo v Sweden, пред. бр. 61564/00, пресуда од 17. јануара 2006. године.

Elsholz v Germany, пред. бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000. године.

Emre v Switzerland, пред. бр. 5056/10, пресуда од 11. октобра 2011. године.

Eriksson v Sweden, пред. бр. 11373/85, пресуда од 23. маја 1989. године.

Eski v Austria, пред. бр. 21949/03, пресуда од 2. марта 2006. године.

Eskinazi and Chelouche v Turkey, пред. бр. 14600/05, пресуда од 6. децембра 2005. године.

Evans v United Kingdom, пред. бр. 6339/05, пресуда од 7. марта 2006. године.

Felbab v Serbia, пред. бр. 14011/07, пресуда од 14. априла 2009. године.

Ferla v Poland, пред. бр. 55470/00, пресуда од 20. маја 2008. године.

Frete v France, пред. бр. 36515/97, пресуда од 26. фебруара 2002. године.

G. v Netherlands, пред. бр. 15927/89, пресуда од 19. октобра 1992. године.

Gajtani v Switzerland, пред. бр. 43730/07, пресуда од 9. септембра 2014. године.

Glaser v United Kingdom, пред. бр. 32346/96, пресуда од 19. септембра 2000. године.

Gluhaković v Croatia, пред. бр. 21188/09, пресуда од 12. априла 2011. године.

Gnahore v France, пред. бр. 40031/98, пресуда од 19. септембра 2000. године.

Godelli v Italy, пред. бр. 33783/09, пресуда од 25. септембра 2012. године.

Görgülü v Germany, пред. бр. 74969/01, пресуда од 26. маја 2005. године.

Gotia v Romania, пред. бр. 24315/06, пресуда од 5. октобра 2010. године.

Grant v United Kingdom, пред. бр. 32570/03, пресуда од 23. маја 2006. године.

Guichard v France, пред. бр. 56838/00, пресуда од 2. септембра 2003. године.

Gül v Switzerland, пред. бр. 23218/94, пресуда од 19. фебруара 1996. године.

H. v Finland, пред. бр. 37359/09, пресуда од 13. новембра 2012. године.

H. K. v Finland, пред. бр. 36065/97, пресуда од 26. септембра 2006. године.

H. N. v Poland, пред. бр. 77710/01, пресуда од 13. септембра 2005. године.

Haas v Netherlands, пред. бр. 36983/97, пресуда од 13. јануара 2004. године.

Haase v Germany, пред. бр. 11057/02, пресуда од 8. априла 2004. године.

Hajduova v Slovakia, пред. бр. 2660/03, пресуда од 30. новембра 2010. године.

Hämäläinen v Finland, пред. бр. 37359/09, пресуда од 16. јула 2014. године.

Handyside v United Kingdom, пред. бр. 5493/72, пресуда од 7. децембра 1976. године.

Hansen v Turkey, пред. бр. 36141/97, пресуда од 23. септембра 2003. године.

Harroudj v France, пред. бр. 43631/09, пресуда од 4. октобра 2012. године.

Hasan v. Bulgaria, pred br. 54323/00, пресуда од 14. јуна 2007. године.

Hasanbasic v Switzerland, пред. бр. 52166/09, пресуда од 11 јуна 2013. године.

Hoffman v Austria, пред. бр. 12875/87, пресуда од 23. јуна 1993. године.

Hokkanen v Finland, пред. бр. 19823/92, пресуда од 23. септембра 1994. године.

Holdry v. Germany, пред. бр. 29565/95, пресуда од 12. јануара 1999. године.

Hoppe v Germany, пред. бр. 28422/95, пресуда од 5. децембра 2002. године.

Hromadka and Hromadkova v Russia, пред. бр. 22909/10, пресуда од 11. новембра 2014. године.

Hunt v Ukraine, пред. бр. 31111/04, пресуда од 7. децембра 2006. године.

I. and U. v Norway, пред. бр. 75531/01, пресуда од 21. октобра 2004. године.

I. L. V. v Romania, пред. бр. 4901/04, пресуда од 24. августа 2010. године.

I. R. and G. T. v United Kingdom, пред. бр. 14876/12 и 63339/12, пресуда од 28. јануара 2014. године.

I. S. v Germany, пред. бр. 31021/08, пресуда од 5. јуна 2014. године.

Iglesias Gil and Urcero Iglesias v Spain, пред. бр. 56673/00, пресуда од 29. априла 2003. године.

Ignaccolo-Zenide v Romania, пред. бр. 31679/96, пресуда од 25. јануара 2000. године.

Iordache v Romania, пред. бр. 6817/02, пресуда од 14. октобра 2008. године.

Iosub Caras v Romania, пред. бр. 7198/04 пресуда од 27. јула 2006. године.

J. R. M. v Netherlands, пред. бр. 16944/90, пресуда од 8. фебруара 1993. године.

Jäggi v Switzerland, пред. бр. 58757/00, пресуда од 13. јула 2006. године.

Jakupovic v Austria, пред. бр. 36757/97, пресуда од 15. новембра 2001. године.

Jeunesse v the Netherlands, пред. бр. 12738/10, пресуда од 3. октобра 2014. године.

Jevremović v Serbia, пред. бр. 3150/05, пресуда од 17. јула 2007. године.

Johansen v Norway, пред. бр. 17383/90, пресуда од 27. јуна 1996. године.

Jonhston v Ireland, пред. бр. 9697/82, пресуда од 18. децембра 1986. године.

Jovanović v Serbia, пред. бр. 21794/08, пресуда од 26. марта 2013. године.

Juppala v Finland, пред. бр. 18620/03, пресуда од 2. децембра 2008. године.

K. and T. v Finland, пред. бр. 25702/94, пресуда од 12. јула 2001. године.

K. A. B. v Spain, пред. бр. 59819/08, пресуда од 10. априла 2012. године.

K. T. v Norway, пред. бр. 26664/03, пресуда од 25. септембра 2008. године.

Kalashnikov v Russia, пред. бр. 47095/99, пресуда од 18. септембра 2001. године.

Kaleta v Poland, пред. бр. 11375/02, пресуда од 16. децембра 2008. године.

Kallo v Hungary, пред. бр. 70558/01, пресуда од 14. октобра 2003. године.

Kamaliyev v. Russia, пред. бр. 52812/07, пресуда од 28. јуна 2011. године.

Karadžić v Croatia, пред. бр. 35030/04, пресуда од 15. децембра 2005. године.

Karner v. Austria, пред. бр. 40016/98, пресуда од 24. јула 2003. године.

Karrer v Romania, пред. бр. 16965/10, пресуда од 21. фебруара 2012. године.

Katanic v Switzerland, пред. бр. 54271/00, пресуда од 5. октобра 2000. године.

Kautzor v Germany, пред. бр. 23338/09, пресуда од 22. марта 2012. године.

Kearns v France, пред. бр. 35991/04, пресуда од 10. јануара 2008. године.

Keegan v Ireland, пред. бр. 16969/90 пресуда од 26. маја 1994. године.

Kerkhoven v Netherlands, пред. бр. 15666/89, пресуда од 19. маја 1992. године.

Kleuver v Norway, пред. бр. 45837/99, пресуда од 30. априла 2002. године.

Knakal v Czech Republic, пред. бр. 39277/06, пресуда од 8. јануара 2007. године.

Konovalova v Russia, пред. бр. 37873/04, пресуда од 9. октобра 2014. године.

Koons v Italy, пред. бр. 68183/01, пресуда од 30. септембра 2008. године.

Korelc v Slovenia, пред. бр. 28456/03, пресуда од 12. маја 2009. године.

Kosmopoulou v Greece, пред. бр. 60457/00, пресуда од 5. фебруара 2004. године.

Kozak v Poland пред. бр. 13102/02, пресуда од 2. марта 2010. године.

Krivošej v Serbia, пред. бр. 42559/08, пресуда од 13. априла 2010. године.

Kroon and others v Netherlands, пред. бр. 18535/91, пресуда од 27. октобра 1994. године.

Kruškić v Croatia, пред. бр. 10140/13, пресуда од 25. новембра 2014. године.

Krušković v Croatia, пред. бр. 46185/08, пресуда од 21. јуна 2011. године.

Kuijper v Netherlands, пред. бр. 64848/01, пресуда од 3. марта 2005. године.

Kurkowski v Poland, пред. бр. 36228/06, пресуда од 9. априла 2013. године.

Kurochkin v Ukraine, пред. бр. 42276/08, пресуда од 20. маја 2010. године.

Kutzner v Germany, пред. бр. 46544/99, пресуда од 10. јула 2001. године.

L. v Finland, пред. бр. 25651/94, пресуда од 27. априла 2000. године.

L. v Netherlands, пред. бр. 45582/99, пресуда од 1. јуна 2004. године.

L. v Lithuania, пред. бр. 27527/03, пресуда од 6. јула 2006. године.

Lawlor v United Kingdom, пред. бр.12763/87, пресуда од 14. јула 1988. године.

Lebassee v France, пред. бр. 65941/11, пресуда од 26. јуна 2014. године.

Lebbink v Netherlands, пред. бр. 45582/99, пресуда од 1. јуна 2004. године.

Liu and Liu v Russia, пред. бр. 42086/05, пресуда од 6. децембра 2007. године.

Logan v United Kingdom, пред. бр. 24875/94, пресуда од 1. јануара 1996. године.

Lopez-Guio v Slovakia, пред. бр. 10280/12, пресуда од 3. јуна 2014. године.

Lupsa v Romania, пред. бр. 10337/04, пресуда од 8. јуна 2006. године.

Lück v Germany, пред. бр. 58364/00, пресуда од 15. маја 2008. године.

M. A. v United Kingdom, пред. бр. 35242/04, пресуда од 26. априла 2005. године.

M. B. v. United Kingdom, пред. бр. 22920/93, пресуда од 6. априла 1994. године.

M. C. v Finland, пред. бр. 28460/95, пресуда од 25. јануара 2001. године.

M. D. and others v Malta, пред. бр. 64791/10, пресуда од 17. јула 2012. године.

M. A. K. and R. K. v United Kingdom, пред. бр. 45901/05 и 40146/06, пресуда од 23. марта 2010. године.

Macready v Czech Republic, пред. бр. 4824/06 и 15512/08, пресуда од 22. априла 2010. године.

Maire v Portugal, пред. бр. 48206/99, пресуда од 26. јуна 2003. године.

Mallah v France, пред. бр. 29681/08, пресуда од 10. новембра 2011. године.

Malone v United Kingdom, пред. бр. 8691/79 пресуда од 2. августа 1984. године.

Marckx v Belgium, пред. бр. 6833/74, пресуда од 13. јуна 1979. године.

Maslov v Austria, пред. бр. 1638/03, пресуда од 23. јуна 2008. године.

Mata-Estevez v Spain, пред. бр. 56501/00, пресуда од 10. маја 2001. године.

Matenklot v Germany, пред. бр. 41092/06, пресуда од 11. децембра 2006. године.

Maumousseau and Washington v France, пред. бр. 39388/05, пресуда од 6. децембра 2007. године.

Maxine and Karen Warwick v United Kingdom, пред. бр. 9471/81, пресуда од 18. јула 1986. године.

McMichael v United Kingdom, пред. бр. 16424/90, пресуда од 24. фебруара 1995. године.

Mehemi v France, пред. бр. 53470/99, пресуда од 10. априла 2003. године.

Mengesha Kimfe v Switzerland, пред. бр. 24404/05 и *Agraw v Switzerland*, пред. бр. 3295/06, пресуда од 29. јула 2010. године.

Mennesson v France, пред. бр. 65192/11, пресуда од 26. јуна 2014. године.

Michaud v France, пред. бр. 12323/11, пресуда од 6. децембра 2012. године.

Mihailova v Bulgaria, пред. бр. 35978/02, пресуда од 12. јануара 2006. године.

Mikulić v Croatia, пред. бр. 53176/99, пресуда од 7. фебруара 2002. године.

Mizzi v Malta, пред. бр. 26111/02, пресуда од 12. јануара 2006. године.

Monory v Romania and Hungary, пред. бр. 71099/01, пресуда од 5. априла 2005 године.

Moretti and Benedetti v Italy, пред. бр. 16318/07, пресуда од 27. априла 2010. године.

Moustaquim v Belgium, пред. бр. 12313/86, пресуда од 18. фебруара 1991. године.

M. S. S. v Belgium and Greece, пред. бр. 30696/09, пресуда од 21. јануара 2011. године.

Mugenzi v France, пред. бр. 52701/09, пресуда од 10. јула 2014. године.

Musa and others v Bulgaria, пред. бр. 61259/00, пресуда од 11. јануара 2007. године.

Muskhadziyeva and others v Belgium, пред. бр. 41442/07, пресуда од 19. јануара 2010. године.

Mustafa and Armagan Akin v Turkey, пред. бр. 4694/03, пресуда од 6. априла 2010. године.

Mutlag v Germany, пред. бр. 40601/05, пресуда од 25. марта 2010. године

Nanning v Germany, пред. бр. 39741/02, пресуда од 12. јула 2007. године.

Negrepontis-Giannisis v Greece, пред. бр. 56759/08, пресуда од 3. маја 2011. године.

Nekvedevicius v Germany, пред. бр. 46165/99, пресуда од 19. јуна 2003. године.

Neulinger and Shuruk v Switzerland, пред. бр. 41615/07, пресуда од 6. јула 2010. године.

Nielsen v Denmark, пред. бр. 10929/84, пресуда од 28. новембра 1988. године.

Nolan and K. v. Russia, пред. бр. 2512/04, пресуда од 12. фебруара 2009. године.

Nunez v Norway, пред. бр. 55597/09, пресуда од 28. јуна 2011. године.

Nuutinen v Finland, пред. бр. 32842/96 пресуда од 27. јуна 2000. године.

Nyland v Finland, пред. бр. 27110/95, пресуда од 29. јуна 1999. године.

Odievr v France, пред. бр. 42326/98, пресуда од 13. фебруара 2003. године.

Olsson v Sweden, пред. бр. 10465/83, пресуда од 24. марта 1988. године.

Omojudi v United Kingdom, пред. бр. 1820/08, пресуда од 24. новембра 2009. године.

Osman v Denmark, пред. бр. 38058/09, пресуда од 14. јуна 2011. године.

Ostrovar v Moldova, пред. бр. 35207/03, пресуда од 13. септембра 2005. године.

P. B. and J. S. v Austria, пред. бр. 18984/02, пресуда од 22. октобра 2010. године.

P. C. and S. v United Kingdom, пред. бр. 56547/00, пресуда од 16. јула 2002. године.

P. R. v Netherlands, пред. бр. 39391/98, пресуда од 7. новембра 2000. године.

Pakhomova v Russia, пред. бр. 22935/11, пресуда од 24. октобра 2013. године.

Palau-Martinez v France, пред. бр. 64927/01, пресуда од 16. децембра 2003. године.

Pannullo and Forte v France, пред. бр. 37794/97, пресуда од 30. октобра 2001. године.

Paradis v Germany, пред. бр. 4783/03, пресуда од 15. маја 2003. године.

Pascaud v. France, пред. бр. 19535/08, пресуда од 16. јуна 2011. године.

Parry v United Kingdom, пред. бр. 42971/05, пресуда од 28. новембра 2006. године.

Paulik v Slovakia, пред. бр. 10699/05, пресуда од 10. октобра 2006. године.

Phinikaridou v Cyprus, пред. бр. 23890/02, пресуда од 20. децембра 2007. године.

Pini and Bertani, Manera and Atripaldi v Romania, пред. бр. 78028/01 и 78030/01, пресуда од 22. јуна 2004. године.

Pla and Puncernau v Andora, пред. бр. 69498/01, пресуда од 13. јула 2004. године.

Ploski v Poland, пред. бр. 26761/95, пресуда од 12. новембра 2002. године.

Poku v United Kingdom, пред. бр. 26895/95, пресуда од 15. маја 1995. године.

Popov v France, пред. бр. 39472/07 и 39474/07, пресуда од 19. јануара 2012. године.

Povse v Austria, пред. бр. 3890/11, пресуда од 18. јуна 2013. године.

Price v United Kingdom, пред. бр. 12402/86, пресуда од 14. јула 1988. године.

R. F. v Italy, пред. бр. 42933/98, пресуда од 26. јуна 2003. године.

R. and F. v United Kingdom, пред. бр. 35748/05, пресуда од 28. новембра 2006. године.

R. K. and A. K. v United Kingdom, пред. бр. 38000(1)/05, пресуда од 30. септембра 2008. године.

R. M. S. v Spain, пред. бр. 28775/12, пресуда од 18. септембра 2013. године.

R. R. v Romania, пред. бр. 1188/05, пресуда од 10. новембра 2009. године.

R. R. and S. R. v Netherlands, пред. бр. 13654/88, пресуда од 8. септембра 1988. године.

Rasmussen v Denmark, пред. бр. 8777/79, пресуда од 28. новембра 1984. године.

Raw and others v France, пред. бр. 10131/11, пресуда од 7. марта 2013. године.

Rieme v Sweden, пред. бр. 12366/86, пресуда од 22. априла 1992. године.

Rodrigues da Silva and Hoogkamer v Netherlands, пред. бр. 50435/99, пресуда од 31. јануара 2006. године.

Rozanski v Poland, пред. бр. 55339/00, пресуда од 18. маја 2006. године.

S. v. United Kingdom, пред. бр. 11716/85, пресуда од 14 маја. 1986. године.

S. H. and others v Austria, пред. бр. 57813/00, пресуда од 3. новембра 2011. године.

Sabou and Pircalab v Romania, пред. бр. 46572/99, пресуда од 28. септембра 2004. године.

Sahin v Germany, пред. бр. 30943/96, пресуда од 8. јула 2003. године.

Salgueiro da Silva Mouta v Portugal, пред. бр. 33290/96, пресуда од 21. децембра 1999. године.

Santos Nunes v Portugal, пред. бр. 61173/08, пресуда од 22. маја 2012. године.

Sayoud v France, пред. бр. 70456/01, пресуда од 7. децембра 2006. године.

Saviny v Ukraine, пред. бр. 39948/06, пресуда од 18. децембра 2008. године.

Schalk and Kopf v Austria, пред. бр. 30141/04, пресуда од 24. јуна 2010. године.

Schneider v Germany, пред. бр. 17080/07, пресуда од 15. септембра 2011. године.

Schwizgebel v Switzerland, пред. бр. 25762/07, пресуда од 10. јуна 2010. године.

Scozzari and Guinta v Italy, пред. бр. 39221/98 i 41963/98, пресуда од 13. јула 2000. године.

Segrhides v Poland, пред. бр. 31515/04, пресуда од 2. новембра 2010. године.

Selmani v Switzerland, пред. бр. 70258/01, пресуда од 28. јуна 2001. године.

Selmouni v France, пред. бр. 25803/94, пресуда од 28. јула 1999. године.

Sen v Netherlands, пред. бр. 31456/96, пресуда од 21. децембра 2001. године.

Senigo Longue and others v France, пред. бр. 19113/09, пресуда од 10. јул 2014. године.

Seven Individuals v Sweden, пред. бр. 8811/79, пресуда од 13. маја 1982. године.

Shaw v Hungary, пред. бр. 6457/09, пресуда од 26. јула 2011. године.

Shebasov v Latvia, пред. бр. 50065/99, пресуда од 9. новембра 2000. године.

Shevanova v Latvia, пред. бр. 58822/00, пресуда од 28. фебруара 2002. године.

Shofman v Russia, пред. бр. 74826/01, пресуда од 24. новембра 2005. године.

Sisojeva and others v Latvia, пред. бр. 60654/00, пресуда од 28. фебруара 2002. године.

Suss v Germany, пред. бр. 40324/98, пресуда од 10. новембра 2005. године.

Söderbäck v Sweden, пред. бр. 24484/94, пресуда од 28. октобра 1998. године.

Soering v United Kingdom, пред. бр. 14038/88, пресуда од 09. јула. 1989. године.

Sommerfeld v Germany, пред. бр. 31871/96, пресуда од 8. јула 2003. године.

Stochlak v Poland, пред. бр. 38273/02, пресуда од 22. септембра 2009. године.

Stubing v Germany, пред. бр. 43547/08, пресуда од 12. априла 2012. године.

Sunday Times v United Kingdom, пред. бр. 6538/74, пресуда од 26. априла 1979. године.

Suss v Germany, пред. бр. 40324/98, пресуда од 10. новембра 2005. године.

Sylver and others v United Kingdom, пред. бр. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, пресуда од 25. марта 1983. године.

Sylvester v Austria, пред. бр. 36812/97, 40104/98, пресуда од 24. јула 2003. године.

Šneersones and Kampanella v Italy, пред. бр. 14737/09, пресуда од 12. јула 2011. године.

T. P. and K. M. v United Kingdom, пред. бр. 28945/95, пресуда од 10. маја 2001. године.

Tanda-Muzinga v France, пред. бр. 2260/10, пресуда од 10. јула 2014. године.

Tavli v Turkey, пред. бр. 11449/02, пресуда од 9. новембра 2006. године.

Tiemann v France and Germany, пред. бр. 47457/99 и 47458/99, пресуда од 27. априла 2000. године.

Tomić v Serbia, пред. бр. 25959/06, пресуда од 26. јуна 2007. године.

Trosin v Ukraine, пред. бр. 39758/05, пресуда од 23. фебруара 2012. године.

Tsevelin Petkov v Bulgaria, пред. бр. 2641/06, пресуда од 15. јула 2014. године.

Tyrer v United Kingdom, пред. бр. 5856/72, пресуда од 25. априла 1978. године.

Udeh v Switzerland, пред. бр. 12020/09, пресуда од 16. априла 2013. године.

Üner v Netherlands, пред. бр. 46410/99, пресуда од 18. октобра 2006. године.

V. A. M. v Serbia, пред. бр. 39177/05, пресуда од 13. марта 2007. године.

V. P. v Russia, пред. бр. 61362/12, пресуда од 23. октобра 2014. године.

Van der Ven v Netherlands, пред. бр. 50901/99, пресуда од 4. фебруара 2002. године.

Veljkov v Serbia, пред. бр. 23087/07, пресуда од 19. априла 2011. године.

Venema v Netherlands, пред. бр. 35731/97, пресуда од 17. децембра 2002. године.

Wagner and J.M.W.L. v Luxemburg, пред. бр. 76240/01, пресуда од 28. јуна 2007. године.

Wakefield v United Kingdom, пред. бр. 15817/89, пресуда од 1.октобра 1990. године.

Walova and Walla v Czech Republic, пред. бр. 23848/04, пресуда од 26. октобра 2006. године.

X. v Croatia, пред. бр. 12233/04, пресуда од 17. јула 2008. године.

X. v Latvia, пред. бр. 27853/09, пресуда од 26. новембра 2013. године.

X. and others v Austria, пред. бр. 19010/07, пресуда од 19. фебруара 2013. године.

X. and Y. v United Kingdom, пред. бр. 5269/71, одлука Европске комисије од 8. фебруара 1972. године.

X. and Y. v. United Kingdom, пред. бр. 9369/81, пресуда од 3. маја 1983. године.

X. Y. and Z., v United Kingdom, пред. бр. 21830/93, пресуда од 22. априла 1997. године.

Y. C. v United Kingdom, пред. бр. 4547/10, пресуда од 13. марта 2012. године.

Yildirim v Austria, пред. бр.34308/96, пресуда од 19. октобра 1999. године.

Yousef v Netherlands, пред. бр. 33711/96, пресуда од 5. септембра 2000. године.

Zakayev and Safanova v. Russia, пред. бр. 11870/03, пресуда од 11. фебруара 2010. године.

Zawadka v Poland, пред. бр. 48542/99, пресуда од 23. јуна 2005. године.

Zhou v Italy, пред. бр. 33773/11, пресуда од 21. јануара 2014. године.

БИОГРАФИЈА

Урош Новаковић је рођен 8. јануара 1981. године у Београду. Основну школу „Стеван Синђелић“ у Београду уписао је 1988. године и завршио је 1996. године са одличним успехом (5.00). Шесту београдску гимназију, природно-математички смер, уписао је 1996. године и завршио је са одличним успехом 2000. године (просечна оцена 4.74). Основне студије на Правном факултету Универзитета у Београду уписао је као редован студент школске 2000/2001. године и дипломирао марта 2005. године са просечном оценом 9,52. На Правном факултету Универзитета у Београду уписао је школске 2007/2008. године и мастер академске студије права, Грађанско-правни модул, под-модул Права детета, које је завршио одбраном мастер рада под насловом: „Насиље у породици у законодавствима држава некадашње СФРЈ“ са највишом оценом маја 2009. године. У школској 2009/2010. години уписао је докторске академске студије на Правном факултету Универзитета у Београду (Грађанскоправна ужа научна област).

За време факултетског школовања био је награђиван стипендијама: градоначелника града Београда, Министарства просвете и спорта Републике Србије, Универзитета у Београду.

Током 2005. и 2006. године био је запослен у Управи града Београда, Секретаријат за образовање. Од октобра 2007. године запослен је на Правном факултету Универзитета у Београду као сарадник у настави за предмет Породично право, док је у децембру 2009. године изабран у звање асистента за исти предмет.

У циљу прикупљања литературе и израде докторске дисертације у јулу 2014. године боравио је на Институту за упоредно право у Хамбургу (*Max Planck Institute für ausländisches und internationales Privatrecht studies in Hamburg*), а у мају 2012. године на Правном факултету Универзитета у Тибингену, Немачка (*Eberhard Karls University Tübingen*).

Говори енглески и руски језик.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани-а УРОШ НОВАКОВИЋ

број индекса ДС 2009-18

Изјављујем

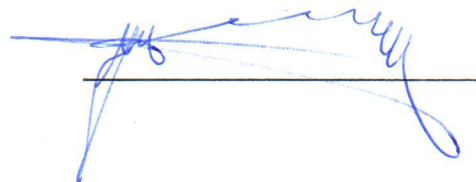
да је докторска дисертација под насловом

ПРАВО НА ПОШТОВАЊЕ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 8. јула 2015. године



Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора УРОШ НОВАКОВИЋ

Број индекса ДС 2009-18

Студијски програм ДОКТОРСКЕ АКАДЕМСКЕ СТУДИЈЕ ПРАВА

Наслов рада "Право на поштовање породичног живота"

Ментор Др Марина Јањић Комар, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Београду

Потписани/а УРОШ НОВАКОВИЋ

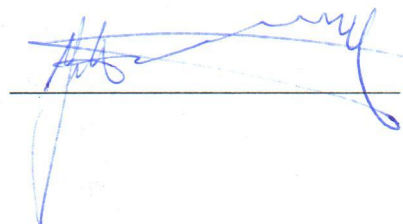
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 8. јула 2015. године



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

"Право на поштовање породичног живота"

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио.

1. Ауторство

2. Ауторство - некомерцијално

3. Ауторство – некомерцијално – без прераде

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима

5. Ауторство – без прераде

6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 8. јула 2015. године

