

Prof. dr. Nenad Hlača
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

SLUČAJ MIKULIĆ I HRVATSKI PRAVNI SUSTAV

Slučaj Mikulić protiv Hrvatske iz prakse Europskog suda za ljudska prava povod je razmatranju pravnih i društvenih sadržaja očinstva u kontekstu prava djeteta na saznanje podrijetla. U radu se uspoređuju povijesna i novija iskustva iz usporednog prava. Sporovi o podrijetlu djeteta uvijek polaze od volje majke, da li će, koga i kad tužiti, odnosno ukazati na potencijalnog oca nakon čega državna tijela poduzimaju korake sukladnu zakonu. No što u završnici dobivamo pravomoćnom presudom o utvrđivanju očinstva? Rijetki optimisti reći će ljubav i odgovorno roditeljstvo. Pravno dobivamo ono što se naziva odsutnog oca kojeg ćemo možda presudom prisiliti da plaća uzdržavanje ovisno o volji majke da pokrene postupak.

Ključne riječi: Očinstvo, sporovi o podrijetlu djeteta, pravo djeteta na saznanje podrijetla, odsutni očevi koji plaćaju.

Naslov je, naravno, samo inicijalni putokaz istraživanja, a polazna hipoteza fokusirana je na dijete kojem se utvrđuje očinstvo kao „*neželjena, usputna posljedica*“ spolnog čina. Pitanje je u kojoj granici civilizacija može utjecati na razum kao poželjan kriterij za stupanje u spolni odnos. Tradicionalna su društva vrlo strogim i kompleksnim sankcijama nastojala utjecati na ponašanja ljudi u sferi spolnosti. Pa čitavo je obiteljsko pravo i nastalo i opstalo kao odgovor društva, pa kasnije i zakonodavca, na probleme koji su povezani s ljudskom spolnošću. Istraživanja suvremenog roditeljstva dovode do zaključka da je, čini se, najvažnija kvaliteta bračnih odnosa prije rođenja djeteta.¹ Dvojbeno je dakle što će kasnije biti s inicijalno neželjenim, odnosno slučajnim roditeljstvom. Svete knjige pet religija, Budizama, Hinduizama, Islama, Judaizama i Kršćanstva, koriste vrlo slične mehanizme u postavljanju granica u domeni spolnog ponašanja. Te sličnosti pojašnjavaju se kao zajednička kulturna rješenja kompliciranih bioloških posljedica spolnih odnosa kojima se nastoji kanalizirati ženska seksualnost i učiniti očinstvo izvjesnim budući je ono pretpostavka patrijarhalnih odnosa. U tom kontekstu shvatit ćemo i predmnjevu bračnog očinstva kao svojevrsan „kontrolni mehanizam“ ženske seksualnosti. „Obitelj je krhka dinamička struktura osjetljiva na vanjske utjecaje i unutarnje promjene koje proizlaze iz promjena u njezinoj strukturi, u članovima i promjenama odnosa njezinih članova.“² Svaka promjena nekog elementa statusa remeti postojeću strukturu, dok s druge strane odluka suda o promjeni statusa,

1 Čudina-Obradović, Mira, Obradović, Josip, Potpora roditeljstvu: izazovi i mogućnosti, Revija za socijalnu politiku, 10, 2003., br.1, str. 60.

2 *Loc. cit.*

primjerice kod utvrđivanja očinstva, predstavlja samo osnovu na kojoj se mogu ali i ne moraju graditi neki novi obiteljski odnosi.

Pravni pristup trebao bi polaziti od kogentnosti i nepromjenjivosti bioloških uloga. U pravu kao da se zaboravlja da priroda uvjetuje primarnost jednog pravnog subjekta. Biološki spolovi nisu jednaki. Muški i ženski spol nisu istog biološkog statusa, a slijedom toga ni posljedično jednakopravni. Ženski je spol nužno biološki determiniran da bude jači. Suvremene škole prava polaze od ljudskih prava svih aktera u igri, pa tu još uvode i pravo na privatnost. Pravo kao nesavršen instrument pokušava „savršeno“ riješiti posljedice odnosa u koje stupaju živa bića vođena iracionalnim spolnim nagonom. Povijesno, a čini se i danas, muškarac može, čitaj treba, imati neograničen broj veza koje su poželjan dokaz njegove rasplodne snage, a žena je, ako se ponaša na isti način „kurva“ na što ćemo ju javno podsjetiti u postupku pred sudom kod utvrđivanja izvanbračnog očinstva kad tuženi ulaže prigovor više suložnika i predlaže na tu okolnost saslušanje svjedoka. Posredno, značaj prava ogleđa se i u kontekstu seksualnih sloboda i privatnosti preko pravnih sadržaja veze majka - dijete i otac - dijete. Što pravni poredak dosljednije štiti dijete prinudnim normama, to posredno osnažuje javni moral unaprijed propisujući postupanje i stavljajući u izgled posljedice u slučajevima neželjenog roditeljstva. Potpuno su istu svrhu imali i sustavi moralno - religijskih sankcija tijekom povijesti. Da li je itko razmišljao da povijesni prigovor više suložnika majke u postupcima utvrđivanja očinstva danas znači neosnovano zadiranje u pravo na privatnost majke. Odnos prema spolnosti radikalno se izmijenio unazad pedesetak godina. Možda je ovdje prilika za izricanje zahvale kroz sjećanje na misli našeg dragog profesora Vojislava Bakića koji nas je učio koji su sadržaji i smisao prigovora više suložnika majke i što su to takozvani „*očevi koji plaćaju*“.³

Pravni poredak, ako već u tolikoj mjeri uvažava pravo na privatnost, mora biti svjestan da je životno izvjestan sukob tih istih prava kod pravnih subjekata koji su u igri u svezi s roditeljstvom. Primjer je pravo samohrane majke da dođe do željenog djeteta bez društvenih i pravnih sadržaja očinstva. Pitanje je koje će pravo u datom trenutku pravni poredak prepoznati kao primarno, da li pravo djeteta na očinstvo ili pravo majke na tajnost, odnosno privatnost u izboru modela obiteljskog života i roditeljstva.

Možda nije šire poznat primjer normativnog modela Građanskog zakona iz Portugala (1966.) koji u slučaju rođenja izvanbračnog djeteta predviđa *ex off* po javnim ovlastima postupak radi utvrđivanja djetetova podrijetla.⁴ Sukob dvaju prava na privatnost nije riješen *win win* modelom, već je interes države za podacima o genetskom identitetu oca prevladao nad interesom žene glede privatnosti njezinog spolnog života. Bez obzira na plemenite namjere zakonodavca u kontekstu promicanja kao primarnog prava djeteta, postavlja se pitanje na koji će način državna tijela doći do potencijalnog tuženika ako majka odbija suradnju?

3 Bakić, Vojislav, Porodično pravo, dvanaesto dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 262.

4 Machado, H, Biologising Paternity, Moralising Maternity: The Construction of parenthood in the Determination of Paternity Through the Court sin Portugal, Fem Leg Stud (2008) 16:215-236, DOI 10.1007/s10691-008-9089-y, Published on line: 1 August 2008.

Osobno smatram da je predmet Mikulić lijep primjer onoga što se naziva normativni optimizam.⁵ Taj predmet koji je završio pred Sudom u Strasbourgu doveo je do izmjena Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske i izmjena obiteljskog zakonodavstva.⁶ U literaturi se navodi da je taj slučaj potaknuo zakonodavca da „uvrsti“ i pravo na suđenje u razumnom roku u katalog pozitivnih prava.⁷

U slučaju Mikulić iz 2002. godine Europski sud ukazuje na obvezu države da omogući učinkovit postupak u kojem će se utvrditi identitet oca djeteta koje je rođeno izvan braka. Država mora ostvarivati pozitivne obveze za djelotvorno ostvarenje prava na privatni i obiteljski život. „Međutim, granice između pozitivnih i negativnih obveza države na temelju članka 8. nije lako precizno definirati. Pri utvrđivanju postoji li takva obveza ili ne postoji, potrebno je uzeti u obzir pravednu ravnotežu koju treba uspostaviti između općih interesa i interesa pojedinca, a u oba slučaja država uživa određeno područje slobodne prosudbe.“⁸

Iz slučaja Mikulić ukazat ćemo na neke zanimljive činjenice u svezi s tijekom postupka. Na ročištu 14.10.1998. novi opunomoćenik HP tvrdio je da je u relevantno vrijeme majka podnositeljice zahtjeva, osim s HP-om imala odnose i s drugim osobama (*exceptio plurium concubentium*) te predložio da sud pozove nekoliko svjedoka. Na ročištu 21.1.1999. saslušana su samo dva svjedoka, dok drugi svjedoci nisu pristupili. Na ročištu 29.2.2000. šesti je put zakazan pregled za DNA testove na koje HP nije došao. U prvostupanjskoj presudi 12.7.2000. sud je utvrdio da činjenica što je tuženik izbjegavao DNA testove išla u prilog tužbenom zahtjevu podnositeljice zahtjeva. Županijski sud je 2001. ukinuo prvostupanjsku presudu i predmet vratio na ponovni postupak. Taj je sud prvostupanjskom sudu naredio da sasluša nekoliko svjedoka koji su prema tvrdnjama HP tijekom kritičnog razdoblja imali intimne odnose s majkom podnositeljice zahtjeva.

Osobno smatram da je uobičajeni prigovor više suložnika majke i predlaganje saslušanja svjedoka čisti reliktni srednjovjekovnog germanskog prava, što potkrepljujem ovim primjerom: *“U slučaju impotencije u parnicama o nemoći ili neizvršenosti ženidbe vazda se radi o dokazu da ženidba putenim općenjem nije bila izvršena. Ako to ionako nije dokazano dokazuje se svjedocima i tjelesnim pregledom. Osobit je iz germanskog prava preuzet dokaz svjedocima taj da je svaki suprug dužan dovesti po sedam svjedoka iz kruga svojih rođaka ili znanaca koji će pod prisegom utvrditi vjerodostojnost njihovih izjava. Kodeks zatim daje potanke propise o tjelesnom pregledu muža odnosno žene po vještacima koje je obično potrebno.”*⁹

5 Mikulić protiv Hrvatske, presuda 7.2.2002., br.53176/99, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60035>, posjećeno 12.2.2017.

6 Narodne novine, 49/2002. Narodne novine, 116/2003.

7 Korać, A, Izbjegavanje medicinskog vještačenja i razumni rok u paternitetskim sporovima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52, 2002, br.6, str. 1253-1284.

8 Omejec, J, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava Strasburški *acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013., str. 861.

9 Gross, K, Udžbenik crkvenoga prava Katoličke crkve, Naklada školskih knjiga i tiskarnica Kr. banske uprave Savske banovine, Zagreb, 1930., str. 440.

Pitam se pitam kako se biraju svjedoci, što ih se i kako pita i koja je dokazna snaga njihovih tvrdnji ... čini se da i nismo toliko napredovali kao što si zamišljamo.

U slučaju Mikulić Europski sud je zaključio da ustavna tužba nije bila učinkovito pravno sredstvo. Promjena je uslijedila tek 2002. godine izmjenom Ustavnog zakona o Ustavnom sudu prema kojoj je tek odluka ustavnog suda po ustavnoj tužbi značila da su iscrpljena sva pravna sredstva zbog povreda prava na pravično suđenje u razumnom roku. Ne treba biti posebno mudar da se postojanje takvog prava zapravo pretpostavlja i bez izričitog navođenja. Slučaj Mikulić samo je upozorio na važnost slobodne ocjene dokaza, što je novelom Obiteljskog zakona iz 2003. dodatno osnaženo. Uporište za takvo shvaćanje je i tada već prihvaćen kriterij najboljeg interesa djeteta na saznanje podrijetla.

Hrvatski sudovi doista nisu vodili računa o interesima djeteta u postupku u kojem se tuženik šest puta nije odazivao na poziv suda da sudjeluje u postupku vještačenja. Pitanje je li sud po službenoj dužnosti, polazeći od prava djeteta, trebao čekati da tužiteljica predloži provođenje DNA vještačenja. Prvostupanjski je sud u presudi, polazeći od slobodne ocjena dokaza, bio odlučio da sve okolnosti slučaja ukazuju da je tuženi otac djeteta što je u kasnijem postupku osporeno. Europski sud je zaključio da apstraktna postupovna odredba ne predstavlja dovoljnu garanciju zaštite interesa djeteta kad tuženi izbjegava pozive za provođenjem DNA vještačenja. Tim stajalištem Europski sud posredno je prisilio hrvatskog zakonodavca da ugradi učinkovitije procesno sredstvo za slične slučajeve. Pravo na saznanje činjenica na kojima se gradi osobni identitet ovaj Sud također podvodi pod pravo na privatnost. Nije li prigovor više suložnika majke u tom istom paternitetskom sporu čisti atak na privatnost majke? U toj borbi istovrsnih prava prednost, čini se, treba dati pravu djeteta na privatnost kao pretpostavke saznanja za njega važnih činjenica za izgradnju osobnog identiteta. Upravo ta produžena neizvjesnost glede osobnog identiteta bila je presudna da Europski sud zaključi da je u slučaju Mikulić došlo do povrede prava iz čl. 8 Europske konvencije.

Slučaj Mikulić potaknuo je 2002. izmjene tadašnjeg Obiteljskog zakona na način da je neodazivanje na provođenje medicinskog vještačenja tijekom dokaznog postupka neophodno slobodno ocijeniti i to u roku od najduže tri mjeseca. Novi pristup spolnosti napose mlađih generacija sudaca i odvjetnika trebao bi utjecati na nestajanje prigovora više suložnika majke iz prakse budući se radi o ponižavajućem predlaganju neprojenih svjedoka (*hipotetski i više od sedam obvezatnih!*) ishod čijih je saslušanja u pravilu sasvim bespredmetan. U slučaju Mikulić i u svakom postupku utvrđivanja očinstva treba podsjetiti da sve velike fraze o dobrobiti, osobnom integritetu, najboljem interesu djeteta... zapravo zapinju već prvog dana kad presuda postane pravomoćna jer dijete dobiva samo „*absent father for child support*“. Pitanje je da li dijete presudom doista može dobiti oca koji ga voli i koji će mu biti odani oslonac tijekom odrastanja i kasnije u životu.

Nažalost jedan od razloga neučinkovitosti hrvatskog pravosuđa je i zloraba procesnih ovlasti. Slučaj Mikulić potakao nas je na istraživanje je li doista i danas primjeren prigovor više suložnika majke i saslušavanje (!?) neprojenih „svjedoka“. Osobno smatram da je to povijesni relikv koji grubo zadire u pravo na privatnost

majke, ne doprinosi unapređenju prava djeteta na saznanje podrijetla i koji je kao stvoren za zlorabu. Mišljenja sam da je prigovor danas bespredmetan i da bi ga zakonom trebalo zabraniti.

Delikatan sukob interesa i prava subjekata uključenih u postupke utvrđivanja očinstva, kao i u svim ostalim paternitetskim i maternitetskim sporovima voljom zakonodavca moguće je prerezati obvezatnošću DNA testiranja. Taj zahvat nije invazivan, postao je jeftin i dostupan, čak se nudi na tržištu u vidu paketa za samopomoć. U slučajevima da sa radi o počinjenju kaznenih djela najnormalnija stvar je provođenje DNA vještačenja, naravno bez pristanka glede zadiranja u tjelesni integritet. Primjer je počinjenja kaznenog djela silovanja majke. Budući da u slučaju utvrđivanja očinstva država nema drugog prikladnijeg i pouzdanijeg sredstva provjere biološke egzaktnosti genetskog identiteta, moguće je prinudnost iz kaznenog postupka proširiti na građanske postupke u svezi s podrijetlom djeteta. Država može interes djeteta proglasiti primarnim i vitalnim, a osim toga jedno vađenje krvi u medicinskoj ustanovi doista ne ugrožava tjelesni integritet tuženoga.

Međutim zanimljiva se znanstvena rasprava vodila upravo oko obvezatnosti vještačenja u svezi s očinstvom. Trend ka univerzalnosti prava svih ljudskih bića da im bude poznata činjenica genetskog podrijetla: onih koje pokriva predmnjeva bračnog očinstva, a začeti su u preljubu, izvanbračnog očinstva do djece začete potpomognutom oplodnjom ili posvojene djece, dovela je do prijedloga o rutinskom DNA testiranju. Rutinskim DNA testiranjima doista bi otpala potreba za bespredmetnim suglasnostima i/ili pristancima koji se traže kod utvrđivanja očinstva priznanjem. Međutim ipak se zaključuje da bi takva praksa bila moralno neprimjerena i da bi dovodila do nepovoljnih situacija za dijete napose dok je ono maloljetno.¹⁰ Upozoreno je da je biološki status žene, a time posljedično i njezina prava ipak dominantni. Američki vrhovni sud smatra da primarno pravo žene da začne i odlučuje o podizanju djeteta uključuje i pravo na izbor obiteljskog života kao njezin „*vital personal interest*“.¹¹ I u famoznom *Roe v. Wade* apostrofirano je pravo žene da bude zaštićena od za nju neprihvatljiva zadiranja u privatnost glede začeca, trudnoće i majčinstva.¹² Polazeći od tog zaključka ima osnove da se to pravo smatra primarnim te da ono na neki način priječi kognitivnost DNA vještačenja u dvojicama u svezi s očinstvom. Bez inicijalno slobodno izražene volje žene u kojem pravcu krenuti radi ostvarivanja prava djeteta nema postupaka utvrđivanja očinstva. Jedina iznimka bio bi kazneni progon u slučaju počinjenja kaznenog djela silovanja žene koja je ostala trudna u braku ili mimo braka.

Suvremena biotehnologija ruši izvjesnost strogih prirodnih zakonitosti i relativizira ideju prava. Tako kod umjetne oplodnje samohrane majke nisu primarna prava djeteta već žene da spermom XY postane majka. Podrijetlo djeteta od oca tada ostaje jednadžba s dvije nepoznanice X i Y. Odvajanjem začeca od spolnog čina doniranje sperme prestaje biti uzročno povezano s pravnim i društvenim

10 Malek, J, Routine Paternity Testing: Finding the Right Ethical Paradigm, *The American Journal of Bioethics*, 13, 2013, br.5, str. 45.

11 Heidt-Forsythe, E, L.McGowan, M, Whose Right to Know? The Subjectivity of Mothers in Mandatory Paternity Testing, *The American Journal of Bioethics*, 13, 2013, br.5, str. 42-62.

12 *Loc.cit.*

sadržajima očinstva. Dolazimo do sličnih slučajeva za koje ne vrijedi mogućnost primjene istovrsnih pravnih standarda. U kategoriji ljudskih bića imamo one koji su jednaki i one koji su jednakiji. Danas imamo ljudska bića koja grade svoj identitet bez spoznaje o genetskom podrijetlu. Kod posvojenja se uvodi pravo djeteta na saznanje „*nekih činjenica*“, isto se pokušava kod potpomognute oplodnje. Da li je moguće jednakopravno zaštititi pravo na identitet sve djece preko spoznaje činjenica o genetskom podrijetlu? Da li bi trebao postati primaran interes djeteta preko kognosti, obvezatnosti utvrđivanja očinstva i majčinstva kao bioloških kategorija kao pretpostavke izgradnje identiteta sve djece bez obzira u kakvoj su spolnoj vezi začeta ili na svijet došla potpomognutom oplodnjom.

Zapravo sve dvojbe kojima se ne vidi rješenja već su jednom bile riješene u iskustvu vraćanja na obvezu vjernosti i čistoće bračnog života. Naišao sam na presude građanskog suda u Egiptu koji bez obzira na provedena vještačenja glede dvojbi o bračnoj vjernosti supruge odbija osporiti bračno očinstvo djeteta budući bi osporavanje bilo protivno „*jačim*“ pravilima Islamskog prava.¹³ U tom slučaju primarnom se smatra vrijednost morala kao religijska kategorija, a ne neke egzaktne DNA činjenice. Možda ne razmišljamo da je moguće tumačenje da je i ta odluka *in the best interest of the child* budući je očuvana obiteljska zajednica, a majka i dijete nisu odbačeni i izloženi stresu raspada obitelji i neizvjesnoj potrazi za osobom koja će izvršavati sadržaje očinstva.

Prava djeteta postala su podvojena kategorija i gube klasičan smisao u globalnoj trgovini reproduktivnim materijalom. Najviši standard koji je pravno moguće postići je pravo sve djece začete potpomognutom oplodnjom da budu upoznata s genetskim korijenima na način kao što je to obvezatno i dostupno posvojenoj djeci. Sporovi o podrijetlu djeteta uvijek polaze od volje majke, da li će, koga i kad tužiti, odnosno ukazati na potencijalnog oca nakon čega državna tijela poduzimaju korake sukladno zakonu. No što finalno dobivamo pravomoćnom presudom o utvrđivanju očinstva? Rijetki optimisti reći će ljubav i odgovorno roditeljstvo. Pravno dobivamo ono što se naziva „*absent father for child support*“ u jednini, zahvaljujući pouzdanosti vještačenja, a ne više u množini ***očeve koji plaćaju*** kako nas je nekad učio profesor Vojislav Bakić.

13 Shaham, R, Law versus Medical Science: Competition between Legal and Biological Paternity in an Egyptian Civil Court, Islamic Law Society, 18, 2011, str. 219-249.

Shabana, A, Paternity Between Law and Biology: the Reconstruction of the Islamic Law of Paternity in the Wake of DNA Testing, Zygon, 47, 2012, br.1.

Prof. dr. Nenad Hlača
Law Faculty University of Rijeka
Croatia

MIKULIĆ CASE AND THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

The case Mikulić v. Croatia by the European Court of Human Rights is a starting point for the reflections on the legal and social content of paternity and the child's right to know. This paper compares historical and recent experiences in the comparative law. Legal actions about the child's origin always start from the mother's decision whether and when to sue, or to point out a potential father, after which the state bodies may take steps in accordance with the national law. But in the end what do we get with a judgment on paternity determination? Rare optimists will say love and responsible fatherhood. In the real life, we are usually left only financial implications or so-called 'absent fathers for child support' depending on mother's will to initiate the procedure.

Key words: Fatherhood, paternity testing, court proceedings, the right to know, absent fathers for child support.