

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ – СКОПЈЕ

ГОДИШНИК
НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE
DE LA FACULTÉ DE DROIT
„IUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE



ВО ЧЕСТ НА
ПРОФ. Д-Р МИОДРАГ МИЦАЈКОВ

СКОПЈЕ, 2018

ГОДИШНИК
НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ГОДИШНИК	ТОМ 58	СКОПЈЕ SKOPJE	2018
----------	--------	------------------	------

ANNUAIRE
DE LA FACULTÉ DE DROIT
„IUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE

РЕДАКЦИСКИ ОДБОР

Уредничка на Годишникот:

проф. д-р Каролина Ристова - Астеруд

Уредувачки одбор на Годишникот во чест на проф. д-р Миодраг Мицајков, редовен професор во пензија на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје:

проф. д-р Добринка Тасковска (Северна Македонија),
проф. д-р Јасна Бачовска Недиќ (Северна Македонија),
проф. д-р Ирена Рајчиновска Пандева (Северна Македонија),
проф. д-р Петра Дебушер (Белгија),
проф. д-р Златан Мешкиќ (Босна и Херцеговина),
проф. д-р Ана Лисе Кјаер (Данска),
проф. д-р Ричард Матланд (САД),
проф. д-р Славко Ѓорѓевиќ (Србија),
проф. д-р Марија Игњатовиќ (Србија),
проф. д-р Ченкер Гокер (Турција),
проф. д-р Али Ресул (Турција),
доц. д-р Александар Спасов (Северна Македонија),
доц. д-р Драги Рашковски (Северна Македонија),
д-р. Штефан Пирнер (Германија).

Секретар на Годишникот: асс. м-р Илија Манасиев

Правен факултет „Јустинијан Први“,
ул. Гоце Делчев 96 1000 Скопје, Република Северна Македонија

Лектура: Дениз Тесторидес и Славчо Пеев

Печати: Печатница НАПРЕДОК - Тетово

Тираж: 150

Објавувањето на овој Годишник и подготовката на трудови чии што автор(к)и се вработени на Правниот факултет „Јустинијан Први“ - Скопје е во рамки на проектот „Евроинтеграцијата на општествениот, правниот и политичкиот систем на Република Северна Македонија“.

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ – СКОПЈЕ

ГОДИШНИК
НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE
DE LA FACULTÉ DE DROIT
„IUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE



ВО ЧЕСТ НА
ПРОФ. Д-Р МИОДРАГ МИЦАЈКОВ

СКОПЈЕ, 2018

СОДРЖИНА
НА ГОДИШНИК НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ
ВО ЧЕСТ НА ПРОФ.Д-Р МИОДРАГ МИЦАЈКОВ

ВОВЕДНА РЕЧ ВО ЧЕСТ НА ПРОФ. Д-Р МИОДРАГ МИЦАЈКОВ V

1. Каролина Ристова-Астеруд ПРАВНИОТ ЛАТИНСКИ ЈАЗИК КАКО <i>LINGUA FRANCA</i> ВО ПРАВНИОТ ПРОСТОР НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА (Аргументи, дилеми и состојби)	1
2. Јасна Бачовска Недиќ, Ирена Рајчиновска Пандева ПОЛИТИЧКАТА ТОЛЕРАНЦИЈА, СЛОБОДАТА НА ГОВОР И МРЕЖНОТО ОПШТЕСТВО (СТУДИЈА НА СЛУЧАЈ – ТУРЦИЈА)	27
3. Драги Рашковски ОДРЕДУВАЊЕ НА НАДЛЕЖНОСТА НА СУДОТ ВО СПОРОВИТЕ КОИ ПРОИЗЛЕГУВААТ ОД УПОТРЕБАТА НА ОБЛАК (CLOUD) ТЕХНОЛОГИЈАТА	55
4. Илија Манасиев ВИДОВИ НА ПРАВЕН ОДНОС	71
5. Борче Давитковски, Ана Павловска-Данева, Елена Давитковска, Ивана Шумановска-Спасовска ПРАВНА ЗАШТИТА НА КОРИСНИЦИТЕ НА ЈАВНИ УСЛУГИ СОГЛАСНО ЗАКОНОТ ЗА ОПШТА УПРАВНА ПОСТАПКА	87
6. Тања Каракамишева – Јовановска CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE DRAFT-LAW ON THE USE OF LANGUAGES OF 2017	111
7. Јелена Трајковска-Христовска СИСТЕМОТ НА КОНТРОЛА НА УСТАВНОСТА НА ПРАВНИТЕ АКТИ ВО РЕПУБЛИКА ИТАЛИЈА	133
8. Александар Спасеновски НЕКОИ АСПЕКТИ НА ОДНОСОТ НА СЛОБОДАТА НА ВЕРОИСПОВЕД СО ДРУГИ ЧОВЕКОВИ ПРАВА И СЛОБОДИ	153
9. Љубомир Д. Фрчкоски ПРАВОТО И НАСИЛСТВОТО	161

10. Владимир Божиновски ПРИДОНЕСОТ НА СХОЛАСТИКАТА И ДЕЛОТО НА СВ. ТОМА АКВИНСКИ ВО СОЗДАВАЊЕТО НА ЕДИНСТВЕН КУЛТУРЕН И ПОЛИТИЧКИ ИДЕНТИТЕТ ВО СРЕДНОВЕКОВНА ЕВРОПА	173
11. Христина Рунчева Тасев ВЛИЈАНИЕТО НА ГРЧКАТА ПРАВНО-ФИЛОЗОФСКА МИСЛА ВРЗ ИДЕИТЕ НА РИМСКАТА <i>RES PUBLICA</i>	183
12. Владо Бучковски, Гоце Наумовски, Есин Кранли Бајрам РИМСКОТО ПОЛИТИЧКО ГОВОРНИШТВО НИЗ ПРИМЕРОТ НА <i>MARCUS PORTIUS CATO</i> (КАТОН СТАРИОТ)	197
13. Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска НАЧЕЛОТО НА СОВЕСНОСТ И ЧЕСНОСТ – ФУНДАМЕНТАЛНО НАЧЕЛО НА ОБЛИГАЦИОНОТО ПРАВО	211
14. Неда Здравева „УГЛЕД И ЧЕСТ“ ИЛИ „НАВРЕДА И КЛЕВЕТА“ – ОДГОВОРНОСТА НАСПРОТИ ЗАКОНСКОТО УРЕДУВАЊЕ	251
15. Тони Дескоски, Вангел Доковски ПРИЧИНИ ЗА ПРИФАЌАЊЕ НА АВТОНОМИЈАТА НА ВОЛЈАТА ВО МЕЃУНАРОДНОТО ПРИВАТНО ПРАВО	277
16. Елена Михајлова Стратилати УЛОГАТА НА ДРЖАВАТА ВО СПРАВУВАЊЕТО СО ДЕЛАТА ОД ОМРАЗА НИЗ ПРАВОТО	299
17. Беким Нухија ПРАВНИ АСПЕКТИ НА ХУМАНИТАРНАТА ИНТЕРВЕНЦИЈА	309
18. Љупчо Стојковски СОВЕТОТ ЗА БЕЗБЕДНОСТ НА ООН И „НОВИТЕ ВОЈНИ“	327
19. Џудитен Скорфилд МекЛахлан (Judithanne Scourfield McLauchlan) PRESIDENTIAL CORRESPONDENCE DURING THE CLINTON ADMINISTRATION: STAYING IN TOUCH WITH THE AMERICAN PEOPLE	341
20. Александар Климовски ПРИЧИНИТЕ ЗА ПОЈАВАТА НА АКЦИОНЕРСКИОТ АКТИВИЗАМ И РАЗВОЈОТ НА АКЦИОНЕРСКАТА ДЕМОКРАТИЈА	369

21. Горан Коевски, Дарко Спасевски ТРГОВЕЦ -ПОЕДИНЕЦ И НЕГОВИОТ СТАТУС ВО СТЕЧАЛНАТА ПОСТАПКА	399
22. Биљана Петревска, Ванчо Узунов ПРЕДИЗВИЦИ ВО РЕГУЛИРАЊЕТО И ПОТТИКНУВАЊЕТО НА СОЦИЈАЛНОТО ПРЕТПРИЕМАШТВО	419
23. Елена Нешовска Косева ИНСТИТУТОТ „ДАНОЧНА АРБИТРАЖА“ КАКО ИНСТРУМЕНТ ЗА ПОДОБРУВАЊЕ НА ЕФИКАСНОСТА НА ЗАЕМНАТА ПОМОШ ВО ДАНОЧНИТЕ РАБОТИ	435
24. Ангел Ристов ТЕМЕЛНОТО УРЕДУВАЊЕ НА ИМОТНИТЕ ОДНОСИ НА БРАЧНИТЕ ПАРТНЕРИ: „ЉУБОВ БЕЗ СМЕТКА ИЛИ ЉУБОВ СО ЧИСТА СМЕТКА“	451
25. Елена Игновска ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА И ПРАВОТО НА ИНФОРМАЦИЈА ЗА ГЕНЕТСКОТО ПОТЕКЛО НА ПОСВОЕНИТЕ ДЕЦА	471
26. Драгана Кипријановска ЕВОЛУЦИЈА НА ПСИХИЈАТРИСКО-ПРАВНИТЕ СФАЌАЊА ЗА ДУШЕВНИТЕ РАСТРОЈСТВА И ПОСТАПУВАЊЕТО СО ДУШЕВНО БОЛНИТЕ ДЕЛИКВЕНТИ	491
27. Владо Поповски ДЕНОМИНАЦИЈА И ПОДЕЛБА – ЗАМИСЛУВАЌИ ГО БАЛКАНОТ БЕЗ МАКЕДОНИЈА И МАКЕДОНЦИТЕ	513
28. Билјана Поповска, Иванка Василевска МАКЕДОНСКОТО РЕВОЛУЦИОНЕРНО ДВИЖЕЊЕ ОД СОЗДАВАЊЕТО НА МАКЕДОНСКАТА РЕВОЛУЦИОНЕРНА ОРГАНИЗАЦИЈА ДО ПОЧЕТОКОТ НА ВТОРАТА СВЕТСКА ВОЈНА	527

доц. д-р Елена Игновска¹

ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА И ПРАВОТО НА ИНФОРМАЦИЈА ЗА ГЕНЕТСКОТО ПОТЕКЛО НА ПОСВОЕНИТЕ ДЕЦА

Изворна научна статија
УДК:342.727:575.1-058.865
347.95:341.645.2(44)

Резиме

Трудот ја истражува (не)конзистентноста на националниот правен систем со Конвенцијата за правата на детето, Европската конвенција за човекови права и практиката на Европскиот суд за човекови права во делот на признавањето и реализирањето на правото на посвоените деца на пристап до информации за нивното генетско потекло. Врз основа на анализа на ратификуваните документи за човекови права и судската практика на ЕСЧП, авторот заклучува дека националната правна регулатива треба да се смени во делот на третирање на податоците за посвојување како класифицирана тајна (член 123 (а) од Законот за семејството).

Клучни зборови: Европски суд за човекови права, посвојување, право на информација

1. Вовед: сродството и семејството низ призмата на Конвенцијата за правата на детето

Универзалноста на Конвенцијата за правата на детето (КПД) се манифестира со нејзиното верификување како најшироко и најбрзо прифатен меѓународен правно-обврзувачки документ.² Конвенцијата

¹ Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

² L. Frith, „Gamete Donation and Anonymity. The Ethical and Legal Debate“, *Human Reproduction*, Vol. 16, Бр. 5 (2001) стр. 818 на стр. 820. Видете исто така и M. Freeman (ed.), *Children's Rights. A Comparative Perspective* (Dartmouth Publishing, Aldershot, 1996).

ги уредува човековите права на посебна категорија „деца“, кои поради својата возраст се ранливи и зависни од заштита и старателство, но во исто време ги третира како автономни субјекти кои имаат капацитет за одредени граѓански, политички, економски, социјални, здравствени и културни права.

Во согласност со Универзалната декларација за човековите права (УДЧП), член 2 од Конвенцијата обезбедува почитување на правата на детето, без каква било дискриминација, меѓу другите основи исто така и врз основа на раѓањето или друг статус. Во основата на Конвенцијата е привилегираната позиција која треба да ја уживаат децатакога нивните права се доведени во прашање, особено во однос на правата на другите возрасни субјекти, меѓу другите и во однос на нивните родители. Во овој контекст, член 3 ги поттикнува најдобрите интереси на детето како главен принцип за сите активности што се однесуваат на децата, „без оглед дали ги спроведуваат јавни или институции за социјална благосостојба, судови, административни органи или законодавни тела“. Прашањето „кои се најдобрите интереси на детето?“ честопати е интерпретирано и оценувано поради неговата нејасност и зависност од конкретните околности. Затоа, прашањето треба да се отвори и длабоко да се истражува од надлежните институции од случај до случај при донесување одлуки во согласност со конкретните околности. Ова е подигнато на ниво на државна обврска. Неисполнувањето на обврската е веќе санкционирано од Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП) како повреда на Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП), или без повреда на ЕКЧП (доколку државата ги разгледува најдобрите интереси на детето *vis-à-vis* родителите или другите засегнати страни) во голем број на случаи.³

³ Види ги, на пример, случаите на ЕСЧП: Пини и останатите против Романија, Европски суд за човекови права, бр. 78028/01 и 78030/01, пресуда од 2004/06/22 каде Судот не најде повреда на членот 8 од ЕКЧП толкуван во контекст на КПД што се должи на фактот дека романските судови го потврдија приоритетот на најдобриот интерес на детето, одбивајќи го барањето на тужителите базирано на правото да оформат врски со посвоените деца; Морфи против Франција, Европски суд за човекови права, бр. 10978/04, пресуда од 12.04.2007 во која Судот не утврди повреда на членот 8 од ЕКЧП толкуван во контекст на КПД, што се должи на фактот дека француските власти се заложија за најдобрите интереси на детето како примарна грижа; Мумусен Вашингтон против Франција, Европски суд за човекови права, бр. 39388/05, пресуда од 06.12.2007 година во која Судот не утврди повреда на членот 8 од ЕКЧП толкуван во контекст на КПД, што се должи на фактот дека француските власти го зедоа предвид најдобриот

Еден од најфундаменталните принципи за почитување на личноста на детето е заштитата на неговите интереси да биде регистрирано веднаш по раѓањето, да му биде дозволено да го знае своето потекло и да биде згрижено од страна на неговите родители (член 7). Во овој поглед, државите ја преземаат обврската „да го почитуваат правото на детето на зачувување на својот идентитет, вклучувајќи ги државјанството, името и семејните односи признати со закон, без незаконско мешање“, а во случај на незаконски лишен идентитет, да се „обезбеди помош и заштита за брзо утврдување на идентитетот на детето“. Членот 9 налага дека детето не треба да биде одвоено од своите родители против негова волја. Како дополнување на оваа заштита, членот 18 уредува дека одгледувањето и развојот на детето треба да бидат заедничка одговорност на двајцата родители. Членот 12 обезбедува одредени граѓански права на детето и тоа: право на изразување на своите ставови за прашања кои влијаат на него, како и право да биде сослушано во сите судски или управни постапки кои влијаат на овие права.

Сите овие членови биле предизвикани од страна на судската практика и литература, посебно во полето на приватниот и семејниот живот и сродството на детето зачнато со помош на биомедицинска технологија или посвоено. Семејното сродство во Конвенцијата е изразено во форма на права: право на детето да ги знае и да биде одгледано од своите родители, „во рамките на можностите“,⁴ и право на детето на зачувување на својот идентитет, вклучувајќи го и зачувувањето на односите во семејството како што се признаени со законот, без незаконско мешање.

интерес на детето како примарна грижа; Харудиј против Франција, Европски суд за човекови права, бр. 43631/09, пресуда од 2012/04/10 во која Судот не најде повреда на членот 8 од ЕКЧП толкуван во контекст на Конвенцијата која експлицитно се однесува на исламската „кафала“ како „алтернативна грижа“ во споредба со посвојувањето; Маире против Португалија, Европски суд за човекови права, бр. 48206/99, пресуда од 26.06.2003 година во која Судот утврди повреда на членот 8, толкуван во контекст на КПД како право на родителот да се спои со своето дете; Монори против Романија и Унгарија, Европски суд за човекови права, бр. 71.099, 01, пресуда од 05.04.2005, во која Судот утврди повреда на членот 6 (1) и 8, толкуван во контекст на КПД што го следеше приоритетот на заштитата на најдобриот интерес на детето; Емоне и другите против Швајцарија, Европски суд за човекови права, бр. 39051/03, пресуда од 13.12.2007, во која Судот утврди повреда на членот 8 од ЕКЧП, толкувана во контекст на КПД.

⁴ Конотацијата „во рамките на можностите“ беше вклучена во Конвенцијата по инсистирање на делегатите од САД и Германија, како одговор на оригиналниот предлог поднесен од страна на неколку земји (Алжир, Египет, Ирак, Јордан, Кувајт, Либија, Арапска Џамахирија, Мароко, Оман, Пакистан и Тунис). За коментар на КПД, видете S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Kluwer Law International, 1999).

Блаухоф ја прокламира годината на воведување на КПД како година на прогресивно меѓународно и национално признавање на интересите на поединците во однос на вистината како посебно фундаментално право,⁵ што се базира на правото на „приватен живот“, односно на правото на „личност“.⁶ Оттогаш, има прогресивно признавање на ова право во рамките на судската практика на ЕСЧП преку членовите 8 и 14 од ЕКЧП, иако сè уште се присутни многу контрадикторности и двосмислености.

Повеќето од земјите во Европа или воведоа резерви,⁷ или цврсто се држат до делот: „во рамките на можностите“ од членот 7. Во овој поглед, веќе постојат забелешки упатени кон законите кои не дозволуваат посвоените деца да дознаат кој е нивниот генетски родител.⁸ Постојат многу критики за употребата на зборот родител во член 7, што е доста нејасен во значењето, дозволувајќи различни толкувања, а со тоа и инкорпорирање на сите можни родители (биолошки, генетски, фактички и правни).⁹ Ограничувањето „во рамките на можностите“ претпоставува дека може да има околности кои можат да го ограничат правото на детето да ги знае родителите, но апсолутната забрана на правото да се знаат генетските родители е во спротивност со целите на Конвенцијата.¹⁰ Некои автори го реформулираа тој дел во „право да се знаат родителите во

⁵ J. R. Blauwhoff, „Tracing down the Historical Development of the Legal Concept of the Right to Know One's Origins. Has 'To Know or Not To Know' ever been the Legal Question?“, *Utrecht Law Review*, Vol. 4, Бр. 2 (2008) стр. 99-116.

⁶ Блаухоф наведува дека „правото на личност“ е заштитено во германскиот федерален Устав и во Основниот закон во членот 1 во согласност со член 2 I. Основите на правото да се знае потеклото, се изведени од „правото на информативно самоопределување“. „Правото на личност“, исто така се смета за основа на правото да се знае потеклото во Холандија (во Уставот на Холандија и во случајот Валкенхорст II од Холандскиот касационен суд, 15 април 1994 година, NCJM-Билтен број 6, стр. 652), а во Португалија, од „правото на личност“ се изведува „правото на лична историја“).

⁷ За да се спречат контроверзиите што може да ги предизвика членот 7 во врска со анонимните донори или во случаите на посвојување, неколку земји – Чешка, Полска и Луксембург – воведоа резерви. Видете S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Kluwer Law International, 1999) стр. 154.

⁸ Видете I. Ziemele, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 7 – The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the right to Know and Be Cared for by Parents* (Martinus Nijhoff Publishers, 2007) стр. 27 што се однесува на CRC Committee, *Concluding Observations: Kazakhstan* (Un Doc. CRC/C/15Add.213, 2003), *Estonia* (Un Doc. CRC/C/15Add.196, 2003).

⁹ *Ibid.* од комуникацијата помеѓу Комитетот на КПД и земјите членки, како и од целите на КПД.

¹⁰ *Ibid.*

рамките на можностите“¹¹, тврдејќи дека „вистината е секогаш подобра од лагата“.¹² За други автори зборовите „во рамките на можностите“, треба да се однесуваат само на случаите во кои родителите се мртви, кога се откажале од детето или кога државните власти процениле дека родителската грижа не е во најдобар интерес на детето бидејќи родителите или го малтретираат или го занемаруваат детето,¹³ Овие автори укажуваат дека товарот на докажување дека на детето ќе му биде подобро без родители (наспроти општиот принцип дека на детето му е подобро со двајца родители) треба да падне на државата.

Исто така, постои критика на неодреденоста во адресирањето на татковството и сродството во членот 8 од Конвенцијата. Ставот е дека постои пропуст, имајќи предвид дека оригиналниот предлог на членот е поднесен од Аргентина и е насочен кон зачувување на оригиналниот личен, правен и семеен идентитет на детето, а со тоа и односот на генетскиот родител со детето.¹⁴

Членот 2 од Конвенцијата ги штити децата од дискриминација од секаков вид, без оглед на нивниот статус при раѓањето или статусот на нивните родители, или кој било друг статус. Ако ги прифатиме дефинициите за дискриминација,¹⁵ станува дискутабилно дали посвоените деца или „децата на новата ера“ зачнати со помош на биомедицинската технологија ги поседуваат истите права како и останатите деца во однос на правото на пристап до административни и судски органи за реализација на нивното право да го знаат генетското потекло или да утврдуваат родителски однос со претпоставените родители. Овие деца не се процесно способни да го оспоруваат и утврдуваат правното родителство во граѓанска постапка и животот го

¹¹ G. McGee, S. V. Brakman, A. D. Gurmankin, „Gamete Donation and Anonymity. Disclosure to Children with Donor Gametes should not be Optional“, *Human Reproduction*, Vol. 16, Бр. 10 (2001), стр. 2033-2036.

¹² J. Trieseliotis, „Identity and Genealogy“, N. Bruce, A. Mitchell, K. Priestley (eds.), *Truth and the Child. A Contribution to the Debate on the Warnock Report* (Family Care, 1988).

¹³ R. Hodgkin, P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (UNICEF, United Children's Fund, 2007) *op. cit.*, стр. 109.

¹⁴ D. Hodgson, „The International Legal Protection of the Child's Right to a Legal Identity and the Problem of Statelessness“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 7, Бр. 2 (1993).

¹⁵ Дискриминација како разликување, исклучување, ограничување или преференција, врз основа на прифатените основи, каде што целта е да се поништи или да го попречи признавањето, уживањето или практикувањето, на еднаква основа на правата и слободите. Види S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Conventions on the Rights of the Child* (Martinus Nijhoff Publishers, 1999), стр. 73.

живеат игнорантно во однос на нивното генетско потекло, исто како и во однос на нивниот личен идентитет, што исто така претставува грубо кршење на чл. 6(1) од ЕКЧП.

2. Европскиот суд за човекови права и прагот на толерантност во сферата на почитување на приватниот и семејниот живот

Концептот на „маргина на почитување/праг на толерантност“ (Margin of appreciation) на ЕСЧП ја означува флексибилната рамка на просторот за маневрирање во која националните власти ги применуваат своите обврски според ЕКЧП.¹⁶ Концептот има за цел да го балансира суверенитетот на земјите членки со преземените обврски од Конвенцијата, додека улогата на Судот е арбитражна помеѓу државите и нивните граѓани.¹⁷ Принципите според кои функционира концептот се: (1) ефикасна заштита (приоритет е ефикасно да се заштитат човековите права, а не да се наметнат обврски на земјите членки¹⁸) и (2) супсидијарност и прегледност (државата треба сама за себе да одлучи за соодветноста на националната регулатива,¹⁹ додека ЕСЧП само ревидира дали таа останала во дозволените граници и на тој начин соодветно ги штити човековите права).²⁰ Некои автори ја критикуваа преголемата улога на принципот на супсидијарност, тврдејќи дека ЕСЧП треба да толкува врз основа на рационална и строга контрола во европски контекст, бидејќи неговите одлуки ја поставуваат европската хиерархија на вредности, кои не треба да се разликуваат од држава до држава.²¹ На овој начин, за членовите на Советот на Европа, Судот треба да остане водич и да не дозволи прекумерна употреба на маргината на

¹⁶ S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights* (Council of Europe, 2000), стр. 5.

¹⁷ H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights* (Cavendish Publishing Limited, London, 2005), стр. 34-37.

¹⁸ Van Dijk, Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Kluwer, 1998), стр. 74.

¹⁹ R. Clayton, H. Tomlinson, *The Law of Human Rights* (Oxford, 2000), стр. 285.

²⁰ J. Schokkenbroek, „The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights“, *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, Бр. 30-31 (1998).

²¹ T. Marauhn, N. Ruppel, „Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of 'Praktische Konkordanz' and the German Federal Constitutional Court“, Brems E. (ed.) *Conflicts Between Fundamental Rights*, (Intersentia, 2008), стр. 246 и стр. 247. Видете исто L. Lester, H. Q. C. Herne, „Universality v. Subsidiarity: A Reply“, *European Human Rights Law Journal*. Vol. 3, Бр. 1 (1998), стр. 73-81.

почитување во области на конфликт помеѓу основните права.²² И покрај тоа, многу често се вклучени чувствителни национални прашања, што ја прави проценката на одредени права политичка одлука; принципот на супсидијарност мора да биде резултат на рационално истражување наместо правен магичен круг.²³

Можните мешања во правата гарантирани под закрила на Конвенцијата секогаш се оценуваат врз база на поединечен случај, препознавајќи ја разновидноста на околности кои додаваат различна вредност на различни случаи. Поради тоа, маргината на почитување може да значи граници само во конкретни случаи.²⁴ Националните регулативи на државите мора да задоволат неколку критериуми за да се квалификуваат во границите на дозволени повреди на Конвенцијата.²⁵

Првиот критериум е постоење на закон во националниот правен систем кој ќе ги направи последиците прецизни и јасни, а информациите достапни за граѓаните да ги водат своите дела. Во однос на ова, членот 12 од Конвенцијата овозможува широко толкување на правото да се склучи брак и да се заснова семејството, ако тоа е во согласност со национално пропишаното законодавство, кое предвидува: „мажи и жени на возраст која е определена за стапување во брак имаат право да склучат брак и да основаат семејство, во согласност со националните закони со кои се регулира остварувањето на ова право.“

Вториот критериум е дека отстапувањата од нормите треба да имаат легитимна намера и цел, зајакната со барањата на нивна неопходност во едно демократско општество. Во однос на ова, член 8 од Конвенцијата овозможува отстапувања од правото на почитување на приватниот и семејниот живот, наведувајќи дека иако „секој има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот [...]“ без мешање од страна на јавната власт, ова е дозволено само доколку „е во согласност со законот и е неопходно во едно демократско општество, во интерес на националната безбедност, јавната сигурност или економската благосостојба на земјата, за спречување на нереди и криминал, заштита на здравјето и моралот или заштитата на правата и слободите на другите“. Оваа формулација експлицитно ја опишува тензијата меѓу

²² *Ibid.* T. Marauhn, N. Ruppel, стр. 246.

²³ *Ibid.* T. Marauhn, N. Ruppel, стр. 247.

²⁴ N. Lavender, „The Problem of the Margin of the Appreciation“, *European Human Rights Law Review*, Бр. 4 (1997), стр. 382.

²⁵ Видете, *The Margin of Appreciation*, Council of Europe: www.coe.int.

балансирањето на индивидуалните наспроти колективните права²⁶ и отвора простор за маневар во маргината на почитување, дури и повеќе, изведува став дека правото на почитување на приватниот и семејниот живот е далеку од тоа да биде апсолутно право.

Третиот критериум бара ограничувачките норми да се пропорционални (да имаат разумна пропорционалност помеѓу целите кои се стремат да ги постигнат во интеракција со Конвенцијата и средствата кои се користат).²⁷ Ова значи дека не треба автоматски да се оправдаат ограничувањата во законот доколку тие не се поврзани со остварувањето на нормативните цели.²⁸ Во овој контекст, членот 6 од Конвенцијата наметнува позитивна обврска на државите да обезбедат право на пристап до судовите за граѓански и кривични работи. Сепак, судот исто така потврди дека правото не е апсолутно, особено ако неговите ограничувања сè во согласност со легитимна намера, воспоставувајќи пропорционален однос меѓу средствата кои се користат и целите што треба да се постигнат. Исто така, ограничувањата на правото на пристап до судот, а со тоа и поголема флексибилност во маргината на почитување се дозволени во граѓанските предмети кога авторитетот на националниот суверенитет е поголем во споредба со кривичните предмети.²⁹ Дури и член 14 (како генерална забрана за дискриминација, меѓу другите основи и врз основа на раѓањето или друг статус), сам или во комбинација со член 6 (1) (како право на правично судење) може да биде повреден во случаи на утврдување на татковство во однос на децата родени преку БПО или посвоени, доколку националниот морален стандард промовира анонимност на донорот/родителот кој го дал детето на посвојување и го штити фактичкото татковство на претпоставениот татко. Релевантен фактор за толкување на одреден дискриминирачки чин е да се спореди дали истиот тој чин се смета за таков и во другите демократски

²⁶ A.A. Ostrovski, „How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimizes International Human Rights Tribunals“, *Hanse Law Review*, Vol. 1, Бр. 1 (2005), стр. 50.

²⁷ Видете R. Clayton, H. Tomlinson (2000), *op. cit.*, стр.278.

²⁸ R. Storrow, „The Pluralism Problem in Cross-Border Reproductive Care“, *Human Reproduction*, Vol. 25, Бр. 12 (2010), стр. 2939-2943.

²⁹ Видете *Golder v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Бр. 4451/70, пресуда на 21.02.1975; *Bellet v. France*, European Court of Human Rights, бр. 23805/94, пресуда на 04.12.1995; *Z and Others v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, бр. 29392/95, пресуда на 10.05.2001.

општества.³⁰ Забраната за дискриминација, исто така, го има предизвикот да ги балансира индивидуалните права и правата на заедницата. Судската практика на ЕСЧП разликува две категории: *разлика* и *дискриминација*, апелирајќи дека ако постои основана и објективна основа за различен третман, тоа не значи дека тој е дискриминирачки сам по себе.³¹

Човековите права во областа на приватниот и семејниот живот отсекогаш се сметале како, од една страна, универзални или фундаментални, а од друга страна, права од субјективна природа, дозволувајќи им слобода на националните законодавства да одлучат како ќе ги регулираат. Тие, во областа на семејното право се заштитени со членот 8 – како право на почитување на приватниот и семејниот живот; членот 12 – како право на склучување на брак и засновање на семејство; членот 14 – како општ принцип на заштита од дискриминација; и членот 6 (1) како право на пристап до граѓанските судови за решавање на семејни спорови, меѓу другото, исто така и во постапки за утврдување на родителството. Сепак, секоја држава има сопствен систем за регулирање на семејниот живот, правото на брак, критериумите за (не)дискриминација, па дури и критериумите за утврдување на родителството, со што се промовира свој посебен национален морал. Почитувањето на разликите помеѓу земјите членки понекогаш е во судир со заштитените човекови права.³² Европскиот стандард на консензус ги поставува границите на маргината широко доколку споредбено, повеќе национални законодавства повредуваат некои од основните човекови права во сферата на семејниот живот (сметајќи дека на тој начин постои консензус за повредата). Просторот за повикување на овој стандард може особено да се манифестира, па дури и манипулира во областа на семејниот живот. Европскиот стандард на консензус беше критикуван поради тоа што може да се претвори во алатка за „аминување“ на

³⁰ Видете исто *Runke and White v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Бр. 42949/98, пресуда на 10.05.2007; *Rasmussen v. Denmark*, European Court of Human Rights, Бр. 8777/79, пресуда на 28.11.1984. Судот, исто така, тука го примени европскиот консензуален стандард, повикувајќи се на начинот на кој ова прашање е регулирано во другите земји членки, како релевантен фактор за толкување на дискриминацијата.

³¹ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, European Court of Human Rights, Бр. 2126/64, пресуда на 23.06.1968.

³² Случајот Маркс против Белгија се однесува на вонбрачна ќерка со правен статус на малолетник во Белгија. Судот забележа дека разликата помеѓу „легитимни“ и „нелегитимни“ деца беше оценета како дозволена и нормална во многу европски земји, поддржувајќи го развојниот пат кон нивно целосно признавање како еднакви.

повредите на човековите права.³³ Од друга страна, овој стандард исто така се фаворизира како алатка која овозможува еволутивно толкување на ЕСЧП, на начин на којшто се прави рамнотежа помеѓу развојот и стабилноста.³⁴

Три фактори се издвојуваат како водечки принципи кога се дозволени можни повреди на Конвенцијата: (1) Европскиот стандард на консензус, како споредба на регулативите меѓу земјите членки; (2) природата на правото (апсолутен или релативен карактер); и (3) целта која треба да се постигне со односната мерка донесена од страна на државата.³⁵ Во областа на спорните морални вредности, како оние во делот на БПО, посвојувањето и семејниот живот, маргините на почитување се особено флексибилни.³⁶

3. Судска практика: право на информирање на посвоеното дете за генетското и личното потекло

Во случајот на Одиевр' против Франција (*Odièvre v. France*)³⁷ се работи за правото на посвоена ќерка да бара информации во врска со нејзиното генетско потекло во правен режим кој регулира тајност при раѓањето. Тужителката била одбиена да добие информации за идентификација на нејзините тројца браќа. Одредбите во Франција јасно ја отфрлаат апликацијата за демистификација на генетското семејство на посвоено дете. Тужителката тврдеше дека француските власти го прекршиле нејзиното право на добивање информации за идентификација на нејзините генетски корени кои таа ги сметаше за суштински дел од својот идентитет. Понатаму, таа упати на постоење дискриминација по основ на раѓање (согласно членот 14), бидејќи не била третирана еднакво во однос на нејзините права кон природната мајка кои ги уживаат непосвоените деца. ЕСЧП не најде повреда на членовите 8 и 14 од Конвенцијата. И покрај тоа што непостоењето на семеен живот не беше спорно, приватниот живот на тужителката беше разгледуван од

³³ L.R. Helfer „Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights“, *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, бр. 133 (1993), стр. 133-165.

³⁴ K. Dzehtsiarou, „European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention of Human Rights“, *German Law Journal*, Vol. 12, бр. 10 (2011), стр. 1730-1745.

³⁵ *The Margin of Appreciation*, op.cit., Council of Europe.

³⁶ Van Hoof, G. Pennings, „Extraterritorial Laws for Cross-Border Reproductive Care. The Issue of Legal Diversity“, *European Journal of Health Law*, Vol. 19, бр. 2 (2012), стр. 1-14.

³⁷ *Odièvre v. France*, European Court of Human Rights, бр. 42326/98, пресуда од 13.02.2003.

аспект на нејзиното право на добивање идентификациони информации во врска со нејзината лична историја. Судот потврди дека раѓањето исто како и околностите во кои детето било родено конституираат голем дел од личниот приватен живот, заштитен со членот 8. Сепак, Судот сметаше дека во случајот мораат да бидат избалансирани неколку конфликтни интереси во релационен контекст: интересот на детето да знае, интересите на жената да остане анонимна (со цел да го заштити здравјето раѓајќи во соодветни медицински услови), како и интересите на посвоителите, таткото и останатите членови на генетското семејство. Во оваа смисла, Судот исто така потврди дека идентификационите информации би можеле значително да ги прекршат правата на биолошката мајка, посвоителите, како и генетскиот татко и неговите роднини, од кои секој има соодветно право на почитување на приватниот и семејниот живот. Судот дозволи широка маргина на почитување на земјите членки да одлучат како да ги балансираат интересите помеѓу различните страни. Исто така, потврди дека француските власти ги балансирале интересите на сите засегнати страни во дозволените граници, а со тоа го заштитиле здравјето на мајката и детето при раѓањето, избегнувајќи нелегални абортуси и напуштање на децата. Судот, исто така, забележа дека Франција воведо нова регулатива во 2002 година со која се формираше *Национален совет за пристап до информации за личното потекло*. Поради тоа, Судот ја упати тужителката на можноста за добивање идентификациони информации за својата мајка под услов таа да се согласи. На овој начин, Судот утврди дека Франција направила праведна рамнотежа помеѓу конкурентните интереси на сите засегнати страни со нивните спротивставени интереси, под чадорот на членот 8. Судот, исто така, не најде повреда на членот 14 заедно со членот 8, со оглед на тврдењето дека наследувањето од биолошката мајка, додека исто така постојат родители-посвоители е прекумерно барање и не спаѓа во кругот на заштита од дискриминација.

Сепак, во неодамнешен случај – *Годели против Италија* (*Godelli v. Italia*)³⁸ кој беше сличен со случајот Одиевр' против Франција, ЕСЧП најде повреда на членот 8 што се должи на неуспехот на италијанските власти да ги откријат информациите за потеклото на дете кое било напуштено при раѓањето. Тужителката била информирана за нејзиното посвојување на возраст од 10 години од страна на нејзините посвоители.

³⁸ *Godelli v. Italy*, European Court of Human Rights, бр. 33783/09, пресуда од 25.09.2012.

Оттогаш, таа страдала од недостаток на идентитет, поради неможнoста за добивање информации за нејзините генетски корени во услови на тајност на посвојувањата како начин на заштита првенствено на интересите на генетската мајка. ЕСЧП повторно потврди дека членот 8, исто така, ја опфаќа заштитата на правото да се знае начинот на зачнување како составен дел на личниот идентитет и развој. Судот направи разлика помеѓу правото да се знае идентитетот и правото да се бара правна постапка за утврдување на родителската врска. Предизвикот во овој случај беше да се постигне баланс на конкурентните интереси на детето кое бара идентификациони информации, мајката која бара зачувување на нејзината анонимност, како и јавниот интерес да се спречи постоење на нелегални абортуси и напуштање на децата. За разлика од претходниот случај, Судот утврди дека италијанскиот систем не успеал да ги балансира конкурентните интереси, давајќи автоматски приоритет на интересите на мајката, дури и без да ја разгледа можноста дали таа би се согласила.³⁹ Иако Судот повторно констатираше дека толкувањето на членот 8 од земјите членки и натаму останува во широк обем прашање на дискреција, тој исто така се осврна на потребата за воведување на систем за праведен баланс помеѓу интересите на сите засегнати страни.

Во случајот на Јаги против Швајцарија (*Jaggi v. Switzerland*),⁴⁰ тужителот тврдеше дека бил одбиен во постапка за утврдување на татковство со наводниот генетски татко, бидејќи не му било дозволено да изврши ДНК-тестови на мртвото тело на таткото. ЕСЧП утврди повреда на членот 8, како кршење на правото на приватен и семеен живот на тужителот, поради неможнoста да направи ДНК-анализа на посмртните останки на претпоставениот татко без оправдани причини (ДНК-тестот не се смета за интрузивен и семејството не приговараше на религиозна или филозофска основа). Тужителот бил информиран од неговата мајка за идентитетот на таткото. Тој и таткото остварувале редовни контакти, но претпоставениот татко секогаш одбивал да се подложи на тестови за да се утврди неговото татковство. Барањето за приватен ДНК-тест на тужителот било одбиено со образложение дека на негова возраст (60 години) тој веќе изградил сопствен идентитет и во отсуство на доказ за сигурност на идентитетот на својот генетски татко. Иако ЕСЧП констатираше дека утврдувањето на потеклото е од

³⁹ Во согласност со членот 7 од КПД.

⁴⁰ *Jaggi v. Switzerland*, European Court of Human Rights, бр. 58757/00, пресуда на 13.07.2006.

витален интерес за развој на личниот идентитет, тој исто така ја призна релативноста на тоа право во однос на правата на другите засегнати страни. Уште еднаш, Судот ги нагласи релативните аспекти на правата (правата на третата страна во однос на евентуалниот исход на тестот, правото на почитување на мртвото тело, како и јавниот интерес за заштита на правната сигурност) како причина зошто тие не може да се сметаат за апсолутни индивидуални права. Од друга страна, Судот го зеде предвид фактот дека тужителот бил отсекогаш активен во потрагата по генетската вистина, што е интерес кој не се намалува со возраста. Врз основа на ова, причините за релативизирање на правата на тужителот губат правна поткрепеност. Судот исто така забележа дека „заштитата на правната сигурност сама по себе не може да служи како основа да му се одземе правото на тужителот да го открие своето потекло.“

Во случајот на Гаскин против Велика Британија (*Gaskin v. Great Britain*)⁴¹ беше оспорено правото на приватен и семеен живот според членот 8, заедно со правото на барање на информации за утврдување на личната историја на тужителот според членот 10 од ЕКЧП. Тужителот исто така се повика на членовите 3 и 13 од ЕКЧП и членот 2 од Протоколот бр.1. По смртта на мајката, тужителот бил згрижен од привремени родители-старатели поставени од локалните социјални служби (*Liverpool Social Services*). Жалејќи се на небрежност во изборот на неговите родители-старатели (поради злоставување во домот и како резултат – менување на повеќе старатели во неговото проблематично детство), по полнолетството и престанокот на социјалната грижа, тој презел мерки за откривање на податоците за историјата на неговите првични привремени родители-старатели. Во рамките на националниот закон, информациите од овој вид се сметале за приватни и доверливи. Затоа, неговиот пристап до овие податоци бил одбиен. Наскоро потоа, надлежните власти донеле одлука да се дозволи објавување на информации од датотеката на тужителот, под услов да биде дадена согласност од поранешните родители-старатели. Таквата согласност не била дадена. Владата на Велика Британија во случајот тврдела дека нејзиниот административен систем не обезбедил апсолутно право на пристап до податоците во случајот на тужителот и се повика на широката маргина на дискреција во таквите случаи. Напротив, Владата изјавила дека успеала да ги балансира конкурентните интереси: од една страна,

⁴¹ *Gaskin v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, бр. 10454/83, пресуда од 07.07.1989.

јавниот интерес да се обезбеди ефикасен систем на детска заштита, а од друга страна, интересот на тужителот за пристап до кохерентен запис на личната историја.

ЕСЧП заклучи дека националните власти не успеале да обезбедат пристап на тужителот до неговото досие и не го почитувале неговиот приватен и семеен живот во согласност со членот 8 од ЕКЧП. Судот констатираше дека иако случајот не се однесува на информација за генетските родители, тој сè уште е поврзан со основниот идентитет на тужителот изграден во неговото рано детство и годините на развој. Така, со одбивањето да се дозволи пристап до податоците е направена повреда на неговото право на приватен и семеен живот според ставот 2 од членот 8. Судот сметаше дека интересите на поединците кои бараат информации потребни за да се разбере нивното детство и ран развој мора да бидат обезбедени дури и кога лицата на кои се однесуваат не се достапни или одбиваат согласност. Напротив, принципот на пропорционалност налага обезбедување на независен орган кој конечно ќе одлучи дали треба да се даде пристап, дури и во случаи каде што нема согласност, така што одлуката за обелоденување на информациите нема да зависи само од родителите/старателите. Во однос на членот 10, судот сметаше дека Конвенцијата не опфаќа позитивна обврска за земјите членки да ги откријат информациите на тужителот, спротивно на волјата на локалните власти и не најде повреда.

Во издвоено мислење, неколку судии ја критикуваа одлуката, тврдејќи дека немало никаква повреда или дека немало соодветен баланс помеѓу правата и интересите на засегнатите страни. Наместо тоа, тие ја фаворизираа постапката следена од органите на Велика Британија, репрезентирајќи праведен баланс на интересите на сите засегнати страни.

4. Право на детето да биде одгледано од двајцата родители

Правото на детето да биде одгледано од двајцата родители често се комбинира со правото да биде регистрирано веднаш по раѓањето и правото да го знае генетското потекло, во рамките на можностите и обично следи по реализирањето на првите две права.

Од судската практика на ЕСЧП, правото на детето да биде одгледано од двајцата родители се интерпретира заедно со членовите 7 и 3 од КПД и членот 8 од ЕКЧП главно во: (1) случаите на законско признавање на другиот родител (што кореспондира со правото на

детето да биде регистрирано); (2) случаите на обид да се дознае кој е другиот родител (што кореспондира со правото да се дознаат генетските родители); и (3) случаите на старателство каде што детето е разделено од еден од веќе законски утврдените родители (што кореспондира со правото да биде одгледано од страна на двајцата родители). Сите три права кои се опфатени во членот 7 од КПД се меѓусебно поврзани и зависни.

Во случаите на законско утврдување на родителството од раѓање, брачната претпоставка беше одлучувачка и предизвикуваше потешкотија за утврдување на татковството на децата родени надвор од бракот во паралелна врска со бракот во следните случаи: Крон и другите против Холандија, Чавдаров против Бугарија, Шнајдер против Германија, Мизи против Малта и Анајо против Германија.

Околностите на раѓањето на вонбрачните деца ја истакнаа неможността да се утврди татковство во случаите на Камп и Бурими против Холандија, Микулиќ против Хрватска и Јусуф против Холандија. Од друга страна, признавањето на родителството на вонбрачниот партнер беше отежнато поради потребата прво да се оспорува татковството на брачниот партнер и на тој начин е речиси невозможно да се воспостави правно родителство врз основа на генетската врска подоцна, по раѓањето на детето. Во таа смисла, во случаите на Аренс против Германија и Куцор против Германија беше заштитена правната сигурност на веќе воспоставените семејни врски. Судот понатаму забележа дека постапката со единствена цел за утврдување на генетското татковството без формално оспорување на правното татковство подеднакво не е дозволена во сите земји членки и затоа се третира како европски консензус.

Во случаите на донации на сперма на сами жени, детето ќе биде регистрирано со мајката, додека името на таткото ќе биде оставено празно во матичната книга на родените, поради тоа што условите на донацијата нагласуваат дека донорот е само „набавувач“ на сперма и не се квалификува за каква било форма на татковство. Ова е во согласност со принципот на информирана согласност, автономија да се одлучува и индивидуална одговорност за алтруистични донации како што е пропишано во членовите 5 и 6 од Универзалната декларација за биоетика и човекови права (УДБЧП) и членот 5 од Конвенцијата од Овиедо. Донорот има право да остане анонимен доколку се согласи да донира во услови на приватност и тајност, како што е предвидено во членот 9 од УДБЧП. Доколку информациите во врска со начинот на зачнувањето (на пример,

донација на сперма, на ембриони или посвојување) бидат вклучени во изводот на родените, тогаш идентификационите информации и правото на контакт со генетскиот родител би зависеле од неговата согласност (со што и неговиот приватен живот како и тајноста/доверливоста исто така би биле заштитени – член 10 од Конвенцијата од Овиедо).

Правото да се знае родителот (како право на откривање на идентификациони информации) не треба да се поистовети со правото на воспоставување на родителска врска. Ова веќе било доведено во прашање во случаите на посвојување – Одиерв' против Франција и Годели против Италија. Во вториот случај, Судот направи разлика меѓу правото да се знае идентитетот и правото да се побара правна постапка за утврдување на родителската врска. Иако Судот повторуваше дека толкувањето на членот 8 од земјите членки и натаму останува во широка мера прашање на дискреција, исто така, повика на неопходност од воведување на систем кој ќе ги балансира интересите на сите засегнати страни. Од друга страна, во случаите на Микулиќ против Хрватска и Јеги против Швајцарија, правото да се знае генетскиот татко беше поврзано со постапката за утврдување на татковството.

Во случаите на старателство, Судот одлучи различно во Морфик против Франција⁴² и Мамузо и Вашингтон против Франција⁴³ во споредба со Мер против Португалија⁴⁴ и Монори против Романија и Унгарија.⁴⁵ Во првите два случаи, судот покажа волја да се почитува фактичката улога на родителството и грижата за детето како битна за заштитата на приватниот и семејниот живот. Спротивно на ова, во последните два случаја, го призна неуспехот на националните власти да обезбедат можност за создавање на такви врски со генетскиот родител од рана возраст со детето. Судот повтори дека случаите на старателство бараат итна разрешница поради јасната причина дека временскиот вакуум може да предизвика непоправливи последици на односот родител-дете, земајќи ја предвид возраста на детето.

⁴² *Morfis v. France*, European Court of Human Rights, бр. 10978/04, пресуда од 12.04.2007.

⁴³ *Maumousseau and Washington v. France*, European Court of Human Rights, бр. 39388/05, пресуда од 06.12.2007.

⁴⁴ *Maire v. Portugal*, European Court of Human Rights, бр. 48206/99, пресуда од 26.06.2003.

⁴⁵ *Monory v. Romania and Hungary*, European Court of Human Rights, бр. 71099, 01, пресуда од 05.04.2005.

5. Заклучок

Признавајќи му го правото на детето зачнато со донација на генетски материјал или посвоеното дете да го знае генетското потекло не значи дека донорот/лицето што го дало детето на посвојување има автоматско право да го контактира, доколку не сака да биде контактирано. Дополнително, ако овие права се гарантирани, тие обично се остваруваат од страна на децата кога ќе наполнат 18 години, односно во моментот кога тие веќе не се деца, туку возрасни со веќе изграден личен идентитет и тоа во време кога е премногу доцна за да воспостават семејни односи, со цел да се квалификуваат за заштита на приватниот и семејниот живот според членот 8 од ЕКЧП. Во горенаведените случаи, Судот имаше различни ставови во однос на истражувањето дали генетската или фактичката реалност се конститутивни елементи на односот родител-дете, со оглед на различните околности што секој случај ги допира по основ на други правни прашања. Во случаите на Микулиќ против Хрватска и Јеги против Швајцарија, ЕСЧП ја фаворизираше генетската вистина како релевантна за личниот идентитет и поврзана со постапките за утврдување на родителската врска. Ставот е дека случаите за испитување на генетската реалност без воспоставување на родителска врска не треба да се дозволат; затоа откривањето на генетската врска претпоставува исто така и правно родителство. Од друга страна, во случајот на Годели против Италија, Судот го фаворизираше семејниот живот над генетската реалност, како релевантен фактор за односот родител-дете. Ставот беше дека правото да се знае идентитетот на генетскиот родител автоматски не го опфаќа правното родителство. Во повеќето случаи, Судот балансира помеѓу генетската вистина и фактичката реалност на семејниот живот со помош на корективната мерка на принципот на најдобриот интерес на детето. Одлучувачката моќ на правната сигурност на брачната претпоставка беше исто така испитувана во врска со нејзината улога како основа за формирање на семејниот живот *vis-à-vis* неизвесноста на вонбрачните односи и нивната правна инфериорност во воспоставувањето на семејниот живот, како и во однос на капацитетот на државата да се справи со вакви случаи во разумен рок. Затоа, не само што беше оспорувана генетската вистина (во однос на фактичката реалност), туку во повеќето случаи, и други правни околности придонесоа за посебноста на случајот. Ова беше особено типично во случаите: Кроон и другите против Холандија, Чавдаров

против Бугарија, Шнајдер против Германија, Миси против Малта, Анајо против Германија, Камп и Бурими против Холандија, Јусуф против Холандија, Аренс против Германија и Куцор против Германија.

Членот 7 од КПД содржи потенцијално спротивставени вистини: грижа за детето како сеопфатна активност на *вршење* на родителската улога, и (само) *познавање* на родителите. Регистрирањето на детето од раѓањето ја опфаќа неопходноста да се воспостави грижа за детето од раѓањето. Со тоа, фокусот е ставен на активната улога на вршење на татковството и мајчинството, и примарно креирање на семејниот живот помеѓу родителот и детето. Регистрирањето само по себе треба да обезбеди ниво на правна сигурност на приватниот и семејниот живот врз основа на заемен живот, нега, исхрана, љубов и емоции кои се почувствителни на подоцнежнo оспорување поради прекинување на веќе реализирана родителската улога. Задачата на балансирање на генетската и фактичната реалност треба да ги почитува сите засегнати страни, а сепак да даде приоритет на најдобриот интерес на детето.

Правната неможност за утврдување на родителството на дононите не лежи во отфрлените барања како резултат на истражени и аргументирани причини, но во самото неприфаќање на постапките во кои тоа би се истражило. Ова е пречка во правната еволуција на судската практика во ново поле опкружено со многу непознати. Општество кое се соочува со посвојувања и нови биомедицински предизвици и дозволува либерален спектар на нивна употреба, а притоа ја ограничува можноста за судско сослушување избегнувајќи какви било обврски, не го почитува најдобриот интерес на детето. Децата кои се посвоени или зачнати со донации на генетски материјал прво ќе се соочат со дилемата на својот идентитет, поставувајќи прашања врз основа на нивното право да ги знаат генетските родители (што е доста актуелно, бидејќи посвоените деца, или уште повеќе, децата од пионерските биомедицински потпомогнати зачнувања веќе достигнуваат зрелост и живеат во игнорантна реалност и на тој начин ја подигаат свеста за односните прашања во актуелниот момент и во правната литература).

Doc. Dr. Elena Ignovska,
Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE RIGHT TO INFORMATION ABOUT THE GENETIC ORIGIN OF ADOPTED CHILDREN

An Abstract

The article tackles the national legal (in)consistency with the Convention on the Rights of the Child, the European Convention on Human Rights and the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the field of recognition and realization of the right to access to identifying information about the genetic origin of adopted children. Based on an analyzes of the ratified international documents on human rights and the ECHR's case law, the author concludes that the national regulation should reveal information regarding the genetic origin of adopted children, instead of treating them as a classified secret (article 123 (a) from the Law on Family).

Key words: *European Court of Human Rights, genetic origin of adopted children, right to access adoption information.*