

## MARCKX PROTIV BELGIJE

Presuda od 13. lipnja 1979.

### NEZVANIČNI SAŽETAK I POVIJEST PREDMETA

#### **A. Osnovne činjenice**

Alexandra Marckx je rođena 16. listopada 1973. godine u mjestu Wilrijk blizu Antwerpena; ona je kćerka Paule Marckx, belgijske državljanke koja je neudana i po profesiji je novinar.

Dana 29. listopada 1973. godine, u skladu sa člankom 334. belgijskog Građanskog zakona Aleksandrina majka je zakonski priznala svoju kćerku kako bi se uspostavilo srodstvo. Nakon toga je, 30. listopada 1974. godine, majka usvojila kćerku u skladu sa člankom 349. Građanskog zakona; postupak je okončan 18. travnja 1975. godine, ali je njegovo djelovanje imalo retroaktivni karakter i to od dana usvajanja.

Prema belgijskom zakonu, neudana majka može uspostaviti majčinsko srodstvo sa svojim djetetom samo priznanjem, dok uspostavljanje majčinskog srodstva "zakonitog" djeteta nastupa samom činjenicom rođenja. "Nezakonito dijete", koje je majka priznala ili čak usvojila, u načelu ostaje izvan obitelji majke. Štoviše, kada je u pitanju nasljeđivanje u slučaju nepostojanja oporuke ili dobrovoljnog raspolažanja, belgijski Građanski zakon u različitim stupnjevima ograničava prava "nezakonitog" djeteta i neudane majke u odnosu na prava koja uživa "zakonito" dijete i njegova majka.

Dana 15. veljače 1978. godine, belgijska Vlada je pred Senat iznijela Prijedlog zakona u kojem se "traži uspostavljanje jednakosti u pravima među svom djecom".

#### **B. Postupak pred Komisijom**

Podnositeljice predstavke su 29. ožujka 1974. godine uložile predstavku Komisiji. One navode da su sporne odredbe prekršile njihova prava na poštivanje obiteljskog života (čl. 8. Konvencije), zatim da ove odredbe uključuju diskriminaciju između "zakonite" i "nezakonite" djece, kao i između neudanih i udanih majki, u suprotnosti sa člankom 14., i da su one, podnositeljice predstavke, žrtve ponižavajućeg tretmana u suprotnosti sa člankom 3. One su dalje navele da je povrijeđen članak 1. Protokola br. 1. činjenicom da neudana majka ne može slobodno raspolažati svojom imovinom u korist svog djeteta. Pored toga, Komisija je na svoju inicijativu odlučila da ispita predmet u okviru članka 12. koji predviđa pravo na sklapanje braka i zasnivanje obitelji.

U svom izvješću od 10. prosinca 1977. godine, Komisija je iznijela mišljenje, uz različitu većinu, da je pobijani zakon u suprotnosti sa člankom 8. Konvencije, kako samostalno tako i u svezi sa člankom 14. u odnosu na obje podnositeljice predstavke i

člankom 1. Protokola br. 1. u svezi sa člankom 14. u odnosu na Paulu Marckx. Sa druge strane, Komisija nije smatrala potrebnim ispitati predmet u okviru članka 3. Konvencije i jednoglasno je zaključeno da članak 12. nije relevantan.

Komisija je uputila predmet Sudu 10. ožujka 1978. godine.

## IZVOD IZ PRESUDE

### PRAVO

#### I. O VLADINOM PRELIMINARNOM PRIGOVORU

25. Primjena odredaba Građanskog zakona koje se odnose na djecu rođenu izvan braka i neudane majke je, prema mišljenju podnositeljica predstavke, u odnosu na njih, u suprotnosti sa člancima 3, 8, 12. i 14. Konvencije i člankom 1. Protokola br. 1.

26. U odgovoru, Vlada prije svega tvrdi – ako ne u smislu prigovora zbog nedostatka nadležnosti ili neprihvatljivosti kao takve, bar kao preliminarni prigovor – da su pitanja koja su pokrenule podnositeljice predstavke u njihovom slučaju u biti teoretska. Vlada ovo objašnjava sljedećim razlozima: dijete Alexandra Marckx nije trpjela zbog činjenice da srodstvo s njenom majkom nije uspostavljeno odmah po rođenju (16. listopada 1973. g.) već trinaest dana kasnije kada je ona priznata, s obzirom da u to vrijeme nije bila svjesna okolnosti svog rođenja; njeni majka, Paula Marckx, je postupala po svom osobnom nahodjenju a ne pod pritiskom, kada je priznala Alexandru (29. listopada 1973. g.) i onda kada ju je usvojila (30. listopada 1974. g.); nema ničega što bi ukazivalo na to da je tijekom te godine dana i na dan između ova dva posljednja datuma Paula Marckx željela, oporukom ili poklonom *inter vivos*, nešto dati svojoj kćerki darežljivije od onoga što je predviđeno čl. 908. Građanskog zakona; mogli su se u velikom dijelu izbjegći troškovi koje je imala Paula Marckx za postupak usvojenja; od 30. listopada 1974. godine, Alexandrin položaj u odnosu na majku je bio isti kao i onaj “zakonitog” djeteta. Ukratko, podnositeljice predstavke su, prema mišljenju Vlade, previdjele činjenicu da nije funkcija Suda odlučivati *in abstracto* o suglasnosti određenih pravnih odredbi s Konvencijom (presuda od 21. veljače 1975. g. u predmetu Golder, serija A br. 18, str. 19, stavak 39).

Odgovor Komisije je da oni nisu ispitivali sporno zakonodavstvo *in abstracto* jer se podnositeljice predstavke pozivaju na određene i konkretnе činjenice.

27. Sud ne dijeli mišljenje Vlade. Članak 25. Konvencije daje prava pojedincima da tvrde da zakon kao takav krši njihova prava, u nedostatku pojedinačne mjere implementacije, ako se desi da budu izravno pogodenim tim zakonom (v. *mutatis mutandis*, presudu od 6. rujna 1978. g. u predmetu Klass i ostali, serija A br. 28, str. 17-18, stavak 33). To je, u stvari, stajalište podnositeljica predstavke: one iznose prigovore na nekoliko članaka Građanskog zakona koji su bili primjenjeni ili se automatski primjenjuju na njih. Navodeći da su ovi članci u suprotnosti s Konvencijom i člankom 1. Protokola br. 1, podnositeljice

predstavke ne traže od Suda da preduzme apstraktno ispitivanje odredbi što bi, samo po sebi, bilo u suprotnosti sa člankom 25. (v. još dvije presude citirane gore, presudu od 27. ožujka 1962. g., u predmetu De Becker serija A br. 4, str. 26. *in fine*, i presudu od 10. ožujka 1972. g. u predmetu De Wilde, Ooms i Versyp, serija A br. 14, str. 10., stavak 22.); one dovode u pitanje pravni položaj neudanih majki i djece rođene izvan braka – što njih osobno pogađa.

Vlada ukratko ocjenjuje da ovaj položaj nije ili jedva da je štetan po podnositeljice predstavke. Sud u svezi s ovim podsjeća da pitanje postojanja štete nije stvar članka 25. koji riječju "žrtva" označava "osobu koja je izravno pogodena radnjom ili propustom o kojem se govori" (gore citirana presuda u predmetu De Wilde, Ooms i Versyp, str. 11., stavci 23-24; v. također presude od 8. lipnja i 23. studenog 1976. g. u predmetu Engel i ostali, serija A br. 22, str. 37, stavak 89, i str. 69, stavak 11).

Paula i Alexandra Marckx mogu shodno ovome "tvrditi" da su žrtve povreda na koje se žale. U cilju utvrđivanja jesu li one stvarne žrtve treba ispitati bit svakog od njihovih navoda.

## II. MERITUM

28. Podnositeljice predstavke se u biti oslanjaju na članke 8. i 14. Konvencije. Bez zanemarivanja drugih članaka na koje su se pozvalе, Sud se prvenstveno osvrnuo na ova dva članka u svom razmatranju tri aspekta problema na koje je uputila Komisija: način uspostavljanja srodstva, obujam obiteljskih odnosa djeteta, nasljedna prava djeteta i njene majke.

29. Članak 8. Konvencije predviđa:

"1. Svatko ima pravo na poštivanje svog privatnog i obiteljskog života, doma i prepiske.

2. Javna vlast se ne miješa u vršenja ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mјera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih."

30. Sud je u ovom predmetu potaknut da pojasni značenje i smisao riječi "poštivanje ....privatnog i obiteljskog života", što je do sada rijetko imao priliku uraditi (v. presudu od 23. srpnja 1968. g. u belgijanskom lingvističkom predmetu, serija A br. 6, str. 32-33, stavak 7; i presudu od 6. rujna 1978. g. u predmetu Klass i ostali, serija A br. 28, str. 21, stavak 41).

31. Prvo je pitanje koje treba riješiti je li prirodna veza između Paule i Alexandre Marckx predstavljala obiteljski život zaštićen člankom 8.

Jamčeći pravo na poštivanje obiteljskog života, članak 8. prepostavlja postojanje obitelji. Sud se u potpunosti slaže s uspostavljenom pravnom praksom Komisije o ključnom pitanju, a to je da članak 8. ne pravi razliku između "zakonite" i "nezakonite" obitelji. Takva razlika ne bi bila spojiva s riječju "svatko", što je potvrđeno i člankom 14. i njegovom zabranom diskriminacije u uživanju prava i sloboda zaštićenih Konvencijom po osnovi rođenja. Pored ovoga, Sud primjećuje da Savjet ministara Vijeća Europe smatra da neudana žena i njeni dijete čine obitelj koja je jednaka drugim obiteljima (Rezolucija o socijalnoj zaštiti neudanih majki i njihove djece br. (70) 15 od 15. svibnja 1970. g, st 1-10, st. 2-5 itd).

Članak 8. se, dakle, primjenjuje na "obiteljski život" "nezakonite" obitelji kao što to čini i kod "zakonite" obitelji. Pored toga, nije sporno da je Paula Marckx preuzela odgovornost za svoju kćerku Alexsandru od trenutka njenog rođenja i da se cijelo vrijeme za nju brine, tako da je između njih postojao i još uvijek postoji pravi obiteljski život.

Ostaje da se utvrdi što se pod pojmom "poštivanja" ove obitelji zahtjevalo od belgijskog zakonodavstva u svakom od područja koje pokriva predstavka.

Proklamiranjem prava poštivanja obiteljskog života u stavku 1, članak 8. kao prvo naznačava da se država ne može miješati u uživanje tog prava na drugi način osim u skladu sa striktnim uvjetima koje predviđa stavak 2. Kao što je Sud naveo u belgijskom lingvističkom predmetu, cilj ovog članka je da "u osnovi" zaštiti pojedinca od samovoljnog miješanja javnih vlasti (v. presudu od 23. srpnja 1968. g, serija A br. 6, str. 33, stavak 7). Usprkos tome, on ne zahtjeva od države samo da se uzdrži od takvog miješanja: pored ovog u osnovi negativnog ponašanja, može postojati i pozitivna obveza koja je tjesno povezana s djelotvornim "poštivanjem" obiteljskog života.

Ovo, između ostalog, znači i to da država, kada utvrđuje u domaćem pravnom sustavu režim primjenjiv na određene obiteljske veze kao što su one koje postoje između neudane majke i njenog djeteta, mora računati s tim da se onima na koje se odnosi omogući da vode normalan obiteljski život. Kao što je to predviđeno člankom 8, poštivanje obiteljskog života prepostavlja naročito, po mišljenju Suda, postojanje u domaćem pravu pravne zaštite koja čini mogućim, od trenutka rođenja djeteta, integraciju u njegovu obitelj. S tim u svezi, država ima na raspolaganju različita sredstva, ali zakon koji ne zadovoljava ovaj zahtjev krši stavak 1. članka 8. bez potrebe da se on ispituje u okviru stavka 2.

S obzirom da je članak 8. primjenjiv u ovom predmetu, Sud mora detaljno ispitati svaku od žalbi podnositeljica u svjetlu ove odredbe.

### 32. Članak 14. predviđa:

"Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom Konvencijom osigurava se bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što su to spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno podrijetlo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili neki drugi status."

Pravna praksa Suda pokazuje da, iako član 14. ne egzistira samostalno, može igrati važnu samostalnu ulogu dopunjavanjem ostalih normativnih odredbi Konvencije i Protokola: članak 14. štiti pojedince, koji se nalaze u sličnim situacijama, od bilo kakve diskriminacije u uživanju svojih prava i sloboda zajamčenih u drugim odredbama Konvencije. Mjera koja je, iako sama po sebi u suglasnosti sa zahtjevima članka Konvencije ili Protokola koji štite dano pravo ili slobodu, diskriminatorne prirode u suprotnosti sa člankom 14. tako krši ova dva članka uzeta u svezi. Tako članak 14. čini jedinstveni dio svake odredbe u kojoj su zajamčena prava i slobode (v. presudu od 23. srpnja 1968. g. u belgijskom lingvističkom predmetu, serija A br. 6, str. 33-34, stavak 9. i presudu od 27. listopada 1975. g. u predmetu Nacionalni sindikat belgijske policije, serija A br. 19, str. 19, stavak 44).

Dakle, s obzirom da je članak 8. primjenjiv u ovom predmetu (v. stavak 31. gore), neophodno je također uzeti u obzir i članak 14. u svezi sa člankom 8.

33. Prema ustanovljenoj pravnoj praksi Suda, postojanje razlike je diskriminatorno ukoliko "nema objektivno i razumno opravdanje", odnosno ukoliko ne slijedi "legitiman cilj" ili ako ne postoji "razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji treba realizirati" (v., između ostalih, gore citiranu presudu od 23. srpnja 1968. g., str. 34., st. 10).

34. Postupajući tako da omogući da se obiteljski život neudane majke i njenog djeteta razvija normalno (v. stavak 31. gore), država mora izbjegći bilo kakvu diskriminaciju po osnovi rođenja; ovo nalaže članak 14. u svezi sa člankom 8.

#### **A. O načinu uspostavljanja majčinskog srodstva Alexandre Marckx**

35. Prema belgijskom zakonu, srodstvo majke s "nezakonitim" djetetom se ne uspostavlja ni samim rođenjem, niti čak unošenjem – što je prema članku 57. Građanskog zakona obvezatno – majčinog imena u rodni list; članci 334. i 341a. zahtjevaju ili dobrovoljno priznanje ili sudsku potvrdu o majčinstvu. Sa druge strane, prema članku 319. srodstvo djeteta udane žene se dokazuje jednostavno rodnim listom zavedenim u matičnom uredu (v. stavak 14. gore).

Podnositeljice predstavke smatraju da ovakav sustav krši njihova prava iz članka 8. Konvencije, samostalno kao i u svezi sa člankom 14. Vlada ovo pobija. Komisija je našla povredu članka 8., kako samostalno, tako i u svezi sa člankom 14., u odnosu na Alexandru, i povredu članka 14., u svezi sa člankom 8., u odnosu na Paulu Marckx.

#### **1. O navodnoj povredi članka 8. Konvencije samostalno**

36. Paula Marckx je mogla uspostaviti srodstvo sa Alexandrom jedino na način predviđen člankom 334. Građanskog zakona, točnije priznanjem. Učinak priznanja je deklaratornog karaktera i nije atributivan: on ne stvara već samo registrira status djeteta. On je neopoziv

i retroaktivan je od rođenja djeteta. Nadalje, postupak koji treba obaviti teško da sadrži bilo kakve poteškoće: izjava može biti uzeta u obliku isprave koju ovjerava bilježnik, ali također može biti dodana, u bilo koje vrijeme i bez troškova, u knjigu rođenja u matičnom uredu (v. stavak 14. gore).

Usprkos tome, potreba za posezanjem za ovakvim sredstvom potječe iz odbijanja priznanja punog materinstva Pauli Marckx od trenutka rođenja. Štoviše, neudana žena se u Belgiji suočava s alternativom: ukoliko prizna svoje dijete (prepostavljujući da ona to i želi učiniti), u isto će ga vrijeme oštetiti s obzirom da će njena mogućnost da mu pokloni ili ostavi u naslijedstvo svoju imovinu biti ograničena; ukoliko ona želi zadržati mogućnost takvog raspolažanja po vlastitom izboru u korist djeteta, morat će odustati od uspostavljanja obiteljske veze sa djetetom u pravnom smislu (v. stavak 18. gore). Ta mogućnost, koja joj sada stoji na raspolažanju u odsustvu priznanja, u potpunosti bi nestala prema važećem Građanskom zakonu (članak 908.) ukoliko bi, kao što to podnositeljice predstavke žele, samo pojavljivanje majčinog imena u izvodu iz knjige rođenih bilo dovoljan dokaz uspostavljanja srodstva između "nezakonitog" djeteta i majke. Međutim, ova dilema koja postoji u sadašnjosti nije u skladu s "poštivanjem" obiteljskog života; ona kvari i ometa normalan razvoj takvog života (v. stavak 31. gore). Štoviše, iz stavaka 60. i 65. proizilazi da su nepovoljne posljedice priznanja u oblasti naslijednih prava same po sebi u suprotnosti sa člankom 14. Konvencije, u svezi sa člankom 8. i člankom 1. Protokola br. 1.

Sud, dakle, zaključuje da je povrijeden članak 8., samostalno, u odnosu na prvu podnositeljicu predstavke.

37. Što se tiče Alexandre Marckx, samo jedan način uspostavljanja srodstva s majkom joj je stajao na raspolažanju u okviru belgijskog zakona, i to pokretanje pravnog postupka u tu svrhu (*recherche de maternité*; članci 341.a-341.c Građanskog zakona). Iako presuda o uspostavljenog srodstva "nezakonitog" djeteta ima iste učinke kao i dobrovoljno priznanje, primjenjivi postupak je po svojoj prirodi mnogo složeniji. Sasvim neovisno o uvjetima dokaza koji trebaju biti zadovoljeni, zakonski zastupnik djeteta treba suglasnost obiteljskog vijeća prije nego podnese, prepostavljujući da to želi, tužbu za priznanje statusa; i to tek nakon postizanja punoljetstva da dijete može podnijeti takvu tužbu samostalno (v. stavak 14. gore). Postoji, dakle, rizik da će uspostavljanje srodstva trajati dugo i da će u međuvremenu dijete ostati odvojeno, u pravnom smislu, od svoje majke. Posljedica ovakvog sustava je nepoštivanje obiteljskog života Alexandre Marckx koja je, u očima zakona, bila bez majke od 16. do 29. listopada 1973. godine. Bez obzira na kratkoču trajanja ovog razdoblja bilo je, prema tome, također i povrede članka 8. u odnosu na drugu podnositeljicu predstavke.

## 2. O navodnoj povredi članka 14. Konvencije u svezi sa člankom 8.

38. Sud također mora utvrditi jesu li, u pogledu načina uspostavljanja majčinskog srodstva Alexandre, jedna ili obje podnositeljice predstavke žrtve diskriminacije u suprotnosti sa člankom 14. u svezi sa člankom 8.

39. Vlada je iznijela sljedeće argumente, oslanjajući se na razliku između položaja neudane i udane majke: dok udana majka i njen suprug "zajedno preuzimaju... obveze da hrane, čuvaju i odgajaju dijete" (članak 203. Građanskog zakona), nije sigurno da će neudana majka željeti snositi svoju odgovornost majčinstva; ostavljajući neudanoj majci mogućnost izbora između priznanja djeteta i njenog odvajanja od njega, zakon je potaknut brigom za zaštitu djeteta, i bilo bi opasno povjeriti dijete na skrb i brigu nekome tko ne pokazuje sklonost da se brine za njega; mnoge neudane majke ne priznaju svoju djecu (v. stavak 14. gore).

U presudi Suda, činjenica da neke neudane majke, za razliku od Paule Marckx, ne žele brinuti za svoju djecu ne može opravdati postojanje odredbe u belgijskom zakonu kojom je uspostavljanje njihovog majčinstva uvjetovano dobrovoljnim priznanjem ili sudskom potvrdom. U stvari, takav odnos nije generalna odlika odnosa između neudanih majki i njihove djece; pored toga Vlada nije ni tvrdila ovo niti je to dokazano brojkama koje su oni iznijeli. Kao što to Komisija naglašava, može se također desiti da ni udana majka ne želi podizati svoje dijete, a ipak će, što se nje tiče, samo rođenje stvoriti pravnu vezu srodstva.

I ponovo, interes "nezakonitog" djeteta u uspostavljanju takve veze nije ništa manji od onog "zakonitog" djeteta. Međutim, "nezakonito" dijete će vjerojatno ostati bez majke u očima belgijskog zakona. Ako "nezakonito" dijete nije dobrovoljno priznato, ono ima samo jedno sredstvo, a to je tužba za uspostavljanje majčinskog srodstva (članci 341.a-341.c Građanskog zakona; v. stavak 14. gore). Dijete udane žene također ima pravo na podnošenje takve tužbe (članci 326-330), ali u većini slučajeva upisom u rodnom listu (članak 319.) ili propuštanjem toga, stalno i stvarno uživanje statusa zakonitog djeteta (une possession d'état constante; članak 320.) čini ovo nepotrebним.

40. Vlada ne poriče da sadašnji zakon daje prednost tradicijskoj obitelji, ali ona smatra da je cilj zakona da osigura da se obitelj u potpunosti razvije i da je na taj način zasnovana na objektivnoj i razumnoj osnovi koja se tiče morala i javnog reda.

Sud priznaje da je podržavanje i ohrabrvanje tradicijske obitelji samo po sebi opravdano i čak pohvalno. Međutim, u postizanju ovog cilja se ne smije posegnuti za mjerama čiji je cilj ili rezultat da se, kao što je to u ovom slučaju, ošteti "nezakonita" obitelj; članovi "nezakonite" obitelji uživaju zaštitu članka 8. u istoj mjeri u kojoj i članovi tradicijske obitelji.

41. Vlada priznaje da sporni zakon može biti predmet kritika, ali prigovara da se problem njegove izmjene pojavio tek nekoliko godina nakon stupanja na snagu Europske konvencije o ljudskim pravima u Belgiji (14. lipnja 1995. g.), i to usvajanjem Briselske konvencije od 12. rujna 1962. godine o uspostavljanju majčinskog srodstva sa prirodnim djetetom (v. stavak 20. gore).

Točno je da je, u vrijeme pisanja Konvencije od 4. studenog 1950. godine, bilo smatrano dozvoljenim i normalnim u mnogim europskim zemljama praviti razliku na ovom polju

između "zakonite" i "nezakonite" obitelji. Sud, međutim, ukazuje na to da se ova konvencija mora tumačiti u svjetlu sadašnjih okolnosti (v. presudu od 25. travnja 1978. g. u predmetu Tyrer, serija A br. 26, str. 15, stavak 31). U ovom predmetu Sud ne može nemati u vidu činjenicu da je domaće pravo u većini zemalja članica Vijeća Europe evoluiralo i da nastavlja evoluirati, zajedno sa svim relevantnim međunarodnim instrumentima prema punom pravnom priznanju izreke "*mater semper certa est*".

Poznato je da je od deset zemalja koje su sastavile Briselsku konvenciju samo osam istu potpisalo, a samo četiri je i ratificirale do danas. Europsku konvenciju o pravnom položaju djece rođene izvan braka, od 15. listopada 1975. godine, do sada je potpisalo samo deset i ratificiralo samo četiri članice Vijeća Europe. Nadalje, članak 14. (1.) ove konvencije dozvoljava zemljama da naprave najviše tri rezerve (pridržaja prava), a jedna od tih se teoretski može odnositi upravo na način uspostavljanja majčinskog srodstva sa djetetom rođenim izvan braka (članak 2).

Međutim, ovakvo stanje stvari ne može imati osnovu na nečemu suprotnom od evolucije koja se gore spominje. Obje konvencije su na snazi i nema razloga da se činjenica da je trenutno mali broj zemalja potpisnica smatra odbijanjem da se prizna jednakost između "nezakonitog" i "zakonitog" djeteta u svjetlu ovog razmatranja. U stvari, postojanje ova dva ugovora pokazuje da postoji jasna mjera zajedničkih osnova na ovom polju između modernih društava.

Zvanična izjava o razlozima u dodatku prijedloga Zakona koji je belgijska Vlada podnijela Senatu 15. veljače 1978. godine (v. stavak 21. gore) ilustrira ovu evoluciju pravila i pristupa. Između ostalog, u izjavi se navodi da je "zadnjih godina nekoliko zapadnoeuropskih zemalja, uključujući i Saveznu Republiku Njemačku, Veliku Britaniju, Nizozemsku, Italiju i Švicarsku, usvojilo nova zakonodavstva radikalno mijenjajući tradicijsku strukturu zakona o srodstvu i uspostavljujući skoro potpunu jednakost između zakonitog i nezakonitog djeteta". Također se navodi da je "želja da se okonča svaka diskriminacija i ukinu sve nejednakosti po osnovi rođenja... očigledna u radu različitih međunarodnih institucija". Što se tiče same Belgije, izjava pokazuje da razlika u tretmanu belgijskih državljana, koja ovisi od toga je li njihovo srodstvo uspostavljeno u ili izvan braka, predstavlja "flagrantan izuzetak" od osnovnog načela jednakosti svih pred zakonom (čl. 6. Ustava). Još se dodaje da "pravnici i javno mnjenje postaju sve više uvjereni da diskriminacija u odnosu na (nezakonitu) djecu treba prestati".

42. Vlada, na kraju, smatra da usvajanje pravila "*mater semper certa est*" treba biti praćeno, kao što je to predviđeno Zakonom iz 1978. godine, reformom odredaba o uspostavljanju očinstva, propuštanjem čega bi došlo do važnog i jednostranog povećanja odgovornosti neudane majke. Shodno tome, prema mišljenju Vlade, postoji opsežan problem i bilo kakvo djelomično rješenje bi bilo opasno. Sud jedino primjećuje da je potrebno da on odluči samo o određenim aspektima majčinskog srodstva s "nezakonitim" djetetom prema belgijskom zakonu. Sud ne isključuje da presuda kojom se nalazi povreda Konvencije po jednom od ovih aspekata može učiniti poželjnom i potrebnom reformu zakona po drugim

pitanjima koja nisu predmet ispitivanja u ovoj presudi. Na odgovornoj je državi, i samo na njoj, da preduzme odgovarajuće mjere kako bi osigurala da njen zakon bude jasan i dosljedan.

43. Shodno tome, različitost u postupanju koja je predmet predstavke nema objektivno i razumno opravdanje. Prema tome, način uspostavljanja majčinskog srodstva Alexandre Marckx krši, u odnosu na obje podnositeljice, članak 14. u svezi sa člankom 8.

## B. O obujmu obiteljskih veza Alexandre Marckx u zakonu

44. Prema belgijskom zakonu, "zakonito" dijete je od trenutka rođenja potpuno integrirano u obitelj oba roditelja, dok priznato "nezakonito" dijete, pa čak i usvojeno "nezakonito" dijete, ostaje, u načelu, stranac naspram svojih roditelja (v. stavak 16. gore). U stvari, zakonodavstvo predviđa odredbe o određenim izuzecima – i novija pravna praksa ima tendencije da se proširi lista izuzetaka – ali ono djetetu rođenom izvan braka osporava sva prava na imovinu očevih ili majčinih srodnika (članak 756. *in fine* Građanskog zakona), ono izričito ne stvara bilo kakvu obvezu izdržavanja između njega i tih srodnika, i ovlašćuje njegovog skrbnika, a ne srodnike, da daju suglasnost, kada je to potrebno za njegovo sklapanje braka (članak 159, u poredbi sa člankom 150), itd.

Shodno tome proizilazi da, u određenoj mjeri, Alexandra nije nikada imala pravnu vezu s obitelji svoje majke, na primjer, sa svojom bakom sa majčine strane, gđom Victorine Libot, koja je umrla u kolovozu 1974. godine, ili sa svojom tetkom, gđom Blanche Marckx (v. stavak 12. gore).

Podnositeljice predstavki su smatrali da je ovakav položaj u suprotnosti sa člankom 8. Konvencije, kako samostalno tako i u svezi sa člankom 14. Vlada ovo pobija. Komisija, sa svoje strane, pronalazi kršenje zahtjeva članka 8., samostalno i u svezi sa člankom 14., u odnosu na Alexandra-u, i kršenje članka 14. u svezi sa člankom 8. u odnosu na Paulu Marckx.

### 1. O navodnoj povredi članka 8. Konvencije samostalno

45. Prema mišljenju Suda, "obiteljski život", u smislu članka 8., podrazumijeva barem veze između bliskih srodnika, na primjer, one između djeda i bake i unuka, s obzirom da ti srodnici mogu igrati važnu ulogu u obiteljskom životu.

"Poštivanje" obiteljskog života, tako shvaćeno, nameće obvezu da država djeluje na način da dozvoli da se ove veze razvijaju normalno (v. *mutatis mutandis*, stavak 31. gore). Razvoj obiteljskog života neudane majke i njenog djeteta, koje je ona priznala, može biti ugrožen ako dijete ne postane član obitelji svoje majke i ako uspostavljanje srodstva djeluje samo između njih dvoje.

46. Vlada prigovara da Alexandrini djed i baka nisu strane u predmetu i da nema dokaza pred Sudom o postojanju, danas ili u prošlosti, veza između Alexandre i njenog djeda i bake čije je normalno manifestiranje spriječeno belgijskim zakonom.

Sud se sa ovim ne slaže. Činjenica da gđa Victorine Libot nije podnijela predstavku Komisiji ni na koji način ne sprječava podnositeljice predstavke da se žale, u svoje ime, na isključivanje jedne od njih iz obitelji one druge. Osim toga, ništa ne dokazuje nepostojanje stvarne veze između Alexandre i njene bake prije bakine smrti; pored toga, informacije dobivene na raspravi ukazuju na to da Alexandra, u stvari, ima takav odnos sa svojom tetkom.

47. Tako je time povrijeđen članak 8. u odnosu na obje podnositeljice predstavke.

## 2. O navodnoj povredi članka 14. Konvencije u svezi sa člankom 8.

48. Na Sudu je da utvrди jesu li, što se zakonskog obujma obiteljskih odnosa Alexandre tiče, jedna ili obje podnositeljice predstavke žrtve diskriminacije suprotno članku 14. u svezi sa člankom 8. Jedna od razlika u postupanju u ovoj oblasti u odnosu prema "nezakonitoj" i "zakonitoj" djeci odnosi se na nasljedna prava (članak 756. *in fine* Gradsanskog zakona); mišljenje Suda o ovim pitanjima se pojavljuje u stavcima 56. i 59. dolje. U odnosu na ostale razlike, Vlada ne daje niti jedan argument osim onih na koje se oslanja u svezi s načinom uspostavljanja srodstva (v. stavke 39. i 42. gore). Sud ne vidi nikakvo objektivno ni razumno opravdanje za razliku u postupanju, koja je predmet razmatranja. Poznato je da, u očima zakona, "spokoj" "zakonite" obitelji može nekada biti poremećen ukoliko je uključeno "nezakonito" dijete u obitelj svoje majke u istoj mjeri u kojoj i dijete rođeno u braku, ali ovo nije motiv koji opravdava lišavanje "nezakonitog" djeteta osnovnih prava. Sud se također poziva, *mutatis mutandis*, na razloge navedene u stavcima 40. i 41. ove presude.

Razlika koja je predmet predstavke shodno tome krši, u odnosu na obje podnositeljice predstavke, članak 14. u svezi sa člankom 8.

## C. O naslijednim pravima na koja se oslanjaju podnositeljice predstavke

49. Građanski zakon limitira, u različitim stupnjevima, prava "nezakonitog" djeteta i njegove neudane majke u pogledu zakonskog naslijedivanja i raspolažanja *inter vivos* ili testamentom (v. stavke 17. i 18. gore).

Sve do njenog priznanja 29. listopada 1973. godine, četrnaestog dana njenog života, Aleksandra nije imala, primjenom članka 756, zakonsko naslijedno pravo na imovinu svoje majke. Tog dana ona nije stekla status prepostavljenog naslijednika svoje majke već samo status "izuzetnog naslijednika" (članci 756-758, 760-773). Tek njenim usvajanjem 30. listopada 1974. godine stekla je prava "zakonitog" djeteta u odnosu na imovinu Paule Marckx (čl. 365). Štoviše, Alexandra nije nikada imala nikakva naslijedna prava u odnosu na imovinu nekog od članova obitelji svoje majke (čl. 756-765).

U vremenu između njenog priznanja i usvojenja Alexandra je mogla dobiti od svoje majke raspolažanjem *inter vivos* ili testamentom ne više od svog prava po Zakonu u okviru naslova "Naslijedivanje po osnovi zakona" (čl. 908). Ovo ograničenje u odnosu na nju, kao

i u odnosu na sposobnost Paule Marckx da raspolaže svojom imovinom nije postojalo prije 29. listopada 1973. godine i nestalo je 30. listopada 1974. godine.

Sa druge strane, belgijski Građanski zakon daje "zakonitom" djetetu, od trenutka njegovog rođenja i čak po njegovom začeću, sva obiteljska prava koja je osporio i osporava Alexandri; sposobnost udane žene da raspolaže svojom imovinom nije ograničena Zakonom na način na koji je ograničena sposobnost Paule Marckx.

Podnositeljice predstavki smatraju da je ovaj sustav u odnosu na njih u suprotnosti sa člankom 8. Konvencije, kako samostalno tako i u svezi sa člankom 14. i, također, u slučaju Paule Marckx, članak 1. Protokola br. 1, samostalno i u svezi sa člankom 14. Vlada ovo pobija. Komisija, sa svoje strane, ustanovljava da je povrijeđen samo čl. 14. u svezi sa člankom 1. Protokola br. 1. u odnosu na Paulu Marckx.

### **1. O naslijednim pravima na koja se poziva Alexandra**

50. Što se tiče druge podnositeljice, Sud je zauzeo stajalište samo o članku 8. Konvencije, samostalno i u svezi sa člankom 14. Sud, u stvari, isključuje članak 1. Protokola br. 1; kao i Komisija i Vlada, Sud primjećuje da ovaj članak samo predviđa pravo svakoga na mirno uživanje "njegovog" posjeda što se konsekventno primjenjuje samo na postojeći posjed neke osobe i ne jamči pravo na stjecanje posjeda bilo putem zakonskog nasljeđivanja ili dobrovoljnog raspolaganja. Pored toga, čini se da se podnositeljice predstavke nisu oslonile na ove odredbe kao podršku Alexandrinoj predstavki. S obzirom da je dokazano kako je članak 1. Protokola br. 1. neprimjenjiv, članak 14. Konvencije se ne može povezati s njim po točki koja se sada razmatra.

51. Podnositeljice predstavke smatraju da naslijedna prava u svezi s kojim se one žale čine dio obiteljskih prava i na taj način predmet članka 8. Ovo stajalište Vlada osporava. Ni većina u Komisiji se ne slaže s podnositeljicama predstavke, ali, kao što je to glavni predstavnik Komisije naveo na raspravi, manjina od šest članova smatra da je pravo na nasljeđivanje između roditelja i djece, i između djeda i bake i unuka tako usko povezano s obiteljskim životom da ulazi u sferu članka 8.

52. Sud dijeli mišljenje manjine. Dokazano je da je pitanje zakonskog nasljeđivanja – i raspolaganja – između bliskih srodnika usko povezano sa obiteljskim životom. Obiteljski život ne uključuje samo socijalne, moralne i kulturne odnose, na primjer u sferi obrazovanja djece; on također sadrži interes materijalne prirode, kao što se to pokazalo, između ostalog, putem obveze u pogledu izdržavanja i pozicije koju u domaćem pravnom sustavu zauzima većina država ugovornica putem instituta nužnog dijela imovine (*réserves héréditaire*). Iako se naslijedna prava inače neće uživati sve do smrti vlasnika imovine, što predstavlja promjenu u obiteljskom životu ili se isti time čak završava, ovo ne znači da ne mogu iskrasniti pitanja koja se odnose na takva prava prije smrti; raspodjela imovine se može sporazumno dogоворити i u praksi je vrlo često to i slučaj, sastavljanjem testamenta ili darom u korist budućeg naslijednika; to, dakle, predstavlja sliku obiteljskog života koju ne treba zanemariti.

53. Usprkos tome, članak 8. ne zahtijeva da se djetetu daju prava na neki dio imovine njegovih roditelja ili pak drugih bliskih srodnika; također i u oblasti naslijednih prava članak 8. u načelu ostavlja državama ugovornicama mogućnost izbora sredstava kojima će se svakome dozvoliti da vodi normalan obiteljski život (v. stavak 31. gore) i takvo pravo nije nužno u vodenju normalnog obiteljskog života. Zbog toga, ograničenja koja postavlja belgijski Građanski zakon u odnosu na zakonska naslijedna prava Alexandre Marckx nisu sama po sebi u suprotnosti s Konvencijom, ukoliko se razmatraju neovisno od razloga koji u njima leže. Slično razmatranje se mora primijeniti i na pitanje dobrovoljnog raspolažanja.

54. Sa druge strane, razlika koja je u ova dva pogleda učinjena između "nezakonitog" i "zakonitog" djeteta pokreće pitanje po člancima 14. i 8. kada se uzmu zajedno.

55. Do njenog usvojenja (30. listopada 1974. g.) Alexandra je jedino mogla primiti imovinu Paule Marckx (v. stavak 49. gore) koja je izrazito manja od one koju bi uživalo dijete rođeno u braku. Sud smatra da ova razlika u tretmanu, koju Vlada nije obrazložila nekim osobitim argumentima, nema objektivno i razumno opravdanje; poziva se na *mutatis mutandis* stavke 40. i 41. gore.

Vlada, međutim, iznosi da od 30. listopada 1974. godine druga podnositeljica ima, u odnosu na prvu podnositeljicu, prava "zakonitog" djeteta; ona stoga smatra suvišnim osvrтанje na ranije razdoblje.

Ovaj argumenat u biti ne predstavlja ništa drugo nego dio preliminarnog prigovora koji je već ranije iznesen (v. stavke 26. i 27. gore). Štoviše Sud, kao i Komisija, ustanovljava da potreba da se pribegne usvojenju, kako bi se eliminirala navedena razlika u tretmanu, sama po sebi sadrži diskriminaciju. Kao što su istakle podnositeljice predstavke, postupak koji se u tu svrhu rabio u ovom predmetu, obično služi za uspostavljanje pravne veze između pojedinca i nečijeg djeteta; da se u praksi neudana majka obveže koristiti takav postupak ako želi poboljšati položaj svoje kćerke u svezi sa srodničkim pravima, zapravo znači zanemarivanje krvne veze i rabljenje instituta usvojenja u nebitnu svrhu. Ovaj postupak je, pored navedenog, pomalo dug i komplikiran. Iznad svega, dijete je ostavljeno na milost inicijativi svog roditelja jer ono samo ne može podnijeti zahtjev sudu za svoje usvojenje.

56. Za razliku od "zakonitog" djeteta, Alexandra nije imala pravo na zakonsko nasljeđivanje imovine članova obitelji Paule Marckx prije ili poslije 30. listopada 1974. godine (v. stavak 49. gore). Sud ponovo ne može ustanoviti bilo koje objektivno i razumno opravdanje za ovo.

U podnesku Vlade, razlog zbog kojeg usvojenje u načelu ne daje usvojenom djetetu naslijedna prava u odnosu na srodnike usvojitelja je taj što srodnici možda nisu dali odobrenje za usvojenje. Sud ne mora odlučiti o ovome u ovom postupku s obzirom da smatra diskriminatornim potrebu da majka usvoji svoje dijete (v. stavak 55. gore).

57. U svezi s ukupnim naslijednim pravima koja zahtijeva druga podnositeljica predstavke Sud primjećuje da se Prijedlog zakona koji je podnesen Senatu 15. veljače 1978. godine (v. stavak 21. gore) zalaže, u ime načela jednakosti, za "ukidanje inferiornog statusa koje u oblasti nasljeđivanja karakterizira udio nezakonite djece" u poredbi sa djecom rođenom u braku.

58. Vlada također navodi da prihvata da je neophodno povećanje naslijednih prava "nezakonite" djece; međutim, po njihovom mišljenju, reforma treba biti učinjena putem zakonodavstva i bez retroaktivnog djelovanja. Njihov argument je sljedeći: ako je Sud ustanovio da određene odredbe belgijskog zakona nisu u skladu s Konvencijom, to bi značilo da su ove odredbe u suprotnosti s Konvencijom još od dana njenog stupanja na snagu u Belgiji (14. lipnja 1955. g.); jedini način da se takav zaključak izbjegne bi bio taj da se prihvati kako su zahtjevi Konvencije u međuvremenu porasli i da se navede točan datum promjene; ukoliko se ovo ne desi, rezultat presude bi bio proglašenje mnogih podjela imovine, koje su slijedile, neregularnim i otvorenim za pobijanje na sudovima, s obzirom da je rok dostupan prema belgijskom zakonu za podnošenje dviju tužbi u svezi s ovim trideset godina.

Ne traži se od Suda da *in abstracto* ispita zakonodavne odredbe koje su predmet predstavke: upitno je je li njihova primjena na slučaj Paule i Alexandre Marckx u suglasnosti s Konvencijom (v. stavak 27. gore). Kao što je dobro poznato, neizbjježno će odluka Suda imati utjecaj koji prelazi granice ovog slučaja, naročito zbog toga što ustanovljene povrede potječu izravno iz osporavanih odredbi, a ne iz pojedinačnih mjera implementacije, ali odluka sama po sebi ne može poništiti ili opozvati ove odredbe: presuda Suda je u biti deklaratorna i ostavlja državi mogućnost izbora sredstava koje će rabiti u domaćem pravnom sustavu kako bi ostvarila svoje obveze po članku 5353.

No, i pored toga, istina je da Vlada ima evidentan interes u spoznaji vremenskog učinka ove presude. Po ovom pitanju Sud se mora osloniti na dva generalna pravna načela na koja se nedavno pozvao Sud pravde europske zajednice: "praktične posljedice bilo koje sudske odluke moraju biti pažljivo uzete u obzir" ali "bilo bi nemoguće ići tako daleko da se oslabi objektivnost Zakona i stavi na kocku njegova buduća primjena zbog mogućih reperkusija koje bi mogle proizaći, u svezi sa prošlošću, iz takve sudske odluke" (v. 8. travnja 1976. g., Defrenne protiv Sabena, izvješća iz 1976. g., str. 480). Europski sud za ljudska prava tumači Konvenciju u svjetlu sadašnjih uvjeta, ali nije mu nepoznato da su se razlike u tretmanu "nezakonite" i "zakonite" djece, na primjer u oblasti naslijednih prava,ugo godina smatrале dozvoljenim i normalnim u velikom broju država ugovornica (v. *mutatis mutandis*, stavak 40. gore). Evolucija koja ide k uspostavljanju jednakosti je slaba i oslanjanje na Konvenciju u cilju ubrzanja ove evolucije je po svemu sudeći došlo prilično kasno. Tek 22. prosinca 1967. godine je Komisija odbacila po članku 27. (2.) – kao i de plano (pravilo 45. (3.) (a) svojih Pravila procedure) – drugu predstavku (br. 2775/67) koja je osporavala članke 757. i 908. belgijskog Građanskog zakona; čini se da se Komisija nije susrela s istim pitanjem ponovo sve do 1974. godine (predstavka br. 6833/74 Paula i Alexandra Marckx). Imajući u vidu sve ove okolnosti, načelo pravne sigurnosti, koje je nužno inkorpororano u Konvenciju kao Pravo zajednice, oslobađa belgijsku državu od ponovnog otvaranja pravnih radnji ili situacija koje su se desile prije donošenja ove presude.

Štoviše, slična situacija se može naći u određenim državama ugovornicama koje imaju ustavni sud; njihovo javno pravo ograničava retroaktivni utjecaj onih odluka tog suda koje ukidaju zakonodavstvo.

59. Zaključak je da je Alexandra Marckx bila žrtva kršenja članka 14. u svezi sa člankom 8. kako zbog ograničenja njene sposobnosti da naslijedi imovinu svoje majke tako zbog nepostojanja zakonskih naslijednih prava na zaostavštinu njenih bliskih srodnika s majčine strane.

## 2. O naslijednim pravima na koja se poziva Paula Marckx

60. Od 29. listopada 1973. godine (priznanje) do 30. listopada 1974. godine (usvojenje), prva podnositeljica predstavke je imala ograničenu sposobnost raspolaganja imovinom u korist svoje kćerke (v. stavak 49. gore). Ona se žali na takav položaj, pozivajući se na članak 8. Konvencije i članak 1. Protokola br. 1. samostalno i u svezi sa člankom 14.

### (a) O navodnoj povredi članka 8. Konvencije samostalno i u svezi sa člankom 14.

61. Kao što je Sud ranije naveo, članak 8. Konvencije je relevantan po pitanju koje se sada razmatra (v. stavke 51. i 52. gore). Međutim, članak 8. ne jamči majci da potpuno slobodno pokloni ili testamentom ostavi imovinu svome djetetu: u načelu ovaj članak ostavlja državi ugovornici izbor sredstava kojima će svakome dozvoliti da vodi normalan obiteljski život (v. stavak 31. gore) i ova sloboda nije prijeko potrebna za vodenje normalnog obiteljskog života. Zato ograničenje na koje se žali Paula Marckx nije samo po sebi u suprotnosti s Konvencijom ako se razmatra neovisno od razloga koji u njemu leže.

62. Sa druge strane, razlika u ovoj oblasti između neudanih i udanih majki pokreće ovo pitanje. Vlada nije iznijela nikakav poseban argument kako bi opravdala ovu razliku i, po mišljenju Suda, koji se poziva na, *mutatis mutandis*, stavak 40. i 41. gore, ne postoji objektivno i razumno opravdanje za ovu razliku; shodno tome ona je u suprotnosti sa člankom 14. u svezi sa člankom 8.

### (b) O navodnoj povredi članka 1. Protokola br. 1. samostalno i u svezi sa člankom 14. Konvencije

63. Članak 1. Protokola 1. glasi kako slijedi:

“Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Nitko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava.

Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utječu na pravo države da primjenjuje takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala uporabu imovine u skladu s općim interesima ili da bi osigurala naplatu poreza ili drugih doprinosa ili kazni.”

Prema mišljenju podnositeljica predstavke, naslijedna prava na koja se poziva Paula Marckx ulaze u okvir, *inter alia*, ove odredbe. Ovakav pristup dijeli Komisija, ali ga Vlada pobija.

Sud je zauzeo isto stajalište kao i Komisija. Priznajući da svatko ima pravo na mirno uživanje svoje imovine, članak 1. u biti jamči pravo na imovinu. Ovo je jasan dojam koji ostavljaju riječi "imovina" i "uporaba imovine" (na francuskom: "biens", "propriété", "usage des biens"); "travaux préparatoires", što se njih tiče, potvrđuju ovo nedvosmisleno: tvorci su stalno govorili o "imovinskom pravu" i "pravu na imovinu" kako bi opisali predmet postepenih nacrta koji su bili preteča ovom članku 1. Pravo na raspolažanje svojom imovinom, zaista, predstavlja tradicijski i osnovni aspekt prava na imovinu (v. presudu od 7. prosinca 1976. g. u predmetu Handyside, serija A br. 24, str. 29, stavak 62).

64. Drugi stav članka 1, usprkos navedenom, ovlašćuje državu ugovornicu da "usvoji takve zakone za koje smatra da su potrebni da bi nadzirala uporabu imovine u skladu s općim interesom". Ovaj stav, dakle, postavlja državu ugovornicu kao jedinog sudiju testa "neophodnosti" za donošenje takvog zakona (v. gore spomenutu presudu u predmetu Handyside, ibid). U svezi s pojmom "opéeg interesa", on može u određenim slučajevima dovesti do usvajanja zakonodavstva koje će "kontrolirati uporabu imovine" u oblasti raspolažanja *inter vivos* ili testamentom. Zbog toga ograničenje koje je povod predstavki prve podnositeljice nije samo po sebi u suprotnosti sa Protokolom br. 1.

65. Međutim, ograničenja se primjenjuju samo na neudane, a ne i na udane majke. Kao i Komisija, Sud smatra ovu razliku, u čijem opravdanju Vlada nije podnijela nikakve posebne argumente, diskriminatornom. U svjetlu članka 14. Konvencije Sud ne vidi na kakav "opći interes" ili na koje objektivno i razumno opravdanje se država mogla osloniti da bi ograničila neudanim majkama pravo da poklone ili zavještaju ostavinu u korist svog djeteta kada u isto vrijeme nema sličnih ograničenja u odnosu na udane majke. U odnosu na ostala pitanja Sud se poziva, *mutatis mutandis*, na stavke 40. i 41. gore.

Shodno tome je, po ovom pitanju, prekršen članak 14. Konvencije, u svezi sa člankom 1. Protokola br. 1. u odnosu na Paulu Marckx.

#### D. O navodnoj povredi članka 3. i članka 12. Konvencije

66. Podnositeljice predstavke tvrde da zakonodavstvo na koje se žale za sobom povlači uvredu njihovog dostojanstva kao ljudskih bića; one tvrde da su izložene "ponižavajućem tretmanu" u smislu članka 3. Vlada ovo pobija. Komisija, sa svoje strane, nije smatrala potrebnim ispitati predmet u okviru ovog članka.

U presudi Suda, iako sporna pravna pravila imaju obilježja koja podnositeljice predstavke mogu shvatiti kao ponižavajuća, ona ne predstavljaju ponižavajuća postupanja koja ulaze u okvir članka 3.

67. U svom izvješću od 10. prosinca 1977. godine, Komisija je iznijela mišljenje da članak 12, koji se odnosi na "pravo na sklapanje braka i osnivanje obitelji", nije relevantan u ovom predmetu.

Podnositeljice predstavke su, sa druge strane, ostale pri stajalištu da belgijski Građanski zakon nije poštovao, prema Pauli Marekx, pravo da se ne sklopi brak koje je, prema navodima u njihovom podnesku, tijesno povezano s jamstvima koje predviđa članak 12. One tvrde da bi u cilju pribavljanja statusa "zakonitog" djeteta Alexandri, njena majka trebala da je ozakoni i, prema tome, zaključi brak. Sud primjećuje da ne postoji pravna prepreka koja stoji na putu prvoj podnositeljici predstavke u uživanju slobode da sklopi brak ili da ostane neudana; shodno tome nema potrebe da Sud utvrđuje predviđa li Konvencija pravo da se ne sklopi brak.

Činjenica da, prema zakonu, roditelji "nezakonitog" djeteta nemaju ista prava kao i bračni parovi, također, prema mišljenju podnositeljica predstavke, krši članak 12; one, na osnovi ove činjenice, izvode zaključak da članak 12. zahtijeva da se sve pravne posljedice koje prate brak jednako primjenjuju na situacije koje su u određenim aspektima usporedive sa brakom. Sud ne može prihvati ovakvo obrazloženje; Sud, zajedno s Komisijom, ustanavljava da pitanje koje se ovdje razmatra ne spada u okvir članka 12.

Shodno tome, članak 12. nije povrijeden.

#### E. O primjeni članka 50. Konvencije<sup>1</sup>

68. Na raspravi koja je održana 24. listopada 1978. godine, gđa Van Look je zatražila da Sud svakom podnositelju predstavke dodijeli, po članku 50. Konvencije, jedan belgijski franak kao kompenzaciju za moralnu štetu. Vlada se nije izjašnjavala o ovom pitanju.

Sud smatra da je ovo pitanje spremno za rješavanje (v. pravilo 50. stavak 3, prva rečenica Pravila Suda, čitana u svezi sa člankom 48. stavkom 3.) U osobitim okolnostima ovog predmeta, Sud smatra da nije potrebno dodijeliti Pauli i Alexandri Marckx bilo kakvu pravednu naknadu osim one koja proizilazi iz zaključaka o nekoliko povreda njihovih prava.

### IZ OVIH RAZLOGA, SUD

#### I. O VLADINOM PRELIMINARNOM PRIGOVORU

1. *Odlučuje*, s četrnaest glasova za i jedan protiv, da podnositeljice predstavke mogu tvrditi da su "žrtve" u smislu članka 25. Konvencije<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Redni broj i tekst članka izmijenjen je stupanjem na snagu Protokola br. 11 (1. studenog 1998. g.); vidi čl. 41 u tekstu Europske konvencije o ljudskim pravima. (op.a)

<sup>2</sup> vidi čl. 34 u tekstu Europske konvencije koja je izmijenjena Protokolom br. 11.

## **II. O NAČINU USPOSTAVLJANJA MAJČINSKOG SRODSTVA S ALEXANDROM MARCKX**

2. *Odlučuje*, s deset glasova za i pet protiv, da je povrijeden članak 8. Konvencije, samostalno u odnosu na Paulu Marckx;
3. *Odlučuje*, s jedanaest glasova za i četiri protiv, da je povrijeden članak 14. Konvencije, u svezi sa člankom 8, u odnosu na ovu podnositeljicu predstavke;
4. *Odlučuje*, sa dvanaest glasova za i tri protiv, da je povrijeden članak 8. Konvencije, samostalno, u odnosu na Alexandru Marckx;
5. *Odlučuje*, sa trinaest glasova za i dva protiv, da je povrijeden, također, i članak 14. Konvencije, u svezi sa člankom 8, u odnosu na ovu podnositeljicu predstavke.

## **III. O ZAKONSKOM OBUJMU OBITELJSKIH PRAVA KOJE IMA ALEXANDRA MARCKX**

6. *Odlučuje*, sa dvanaest glasova za i tri protiv, da je prekršen članak 8. Konvencije, samostalno, u odnosu na obje podnositeljice predstavke;
7. *Odlučuje*, sa trinaest glasova za i dva protiv, da je također prekršen članak 14. Konvencije, u svezi sa člankom 8, u odnosu na obje podnositeljice predstavke.

## **IV. O NASLJEDNIM PRAVIMA NA KOJA SE POZIVA ALEXANDRA MARCKX**

8. *Odlučuje*, jednoglasno, da članak 1. Protokola br. 1 nije primjenjiv na predstavke Alexandre Marckx;
9. *Odlučuje*, jednoglasno, da nije prekršen članak 8. Konvencije, samostalno, u odnosu na ovu podnositeljicu predstavke;
10. *Odlučuje*, sa trinaest glasova za i dva protiv, da je prekršen članak 14. Konvencije, u svezi sa člankom 8, u odnosu na istu podnositeljicu predstavke.

## **V. O NASLJEDNIM PRAVIMA NA KOJA SE POZIVA PAULA MARCKX**

11. *Odlučuje*, jednoglasno, da nije prekršen članak 8. Konvencije, samostalno, u odnosu na Paulu Marckx;
12. *Odlučuje*, sa trinaest glasova za i dva protiv, da je prekršen članak 14. Konvencije, u svezi sa člankom 8, u odnosu na ovu podnositeljicu predstavke;
13. *Odlučuje*, s deset glasova za i pet protiv, da je članak 1. Protokola br. 1. primjenjiv na predstavke Paule Marckx;
14. *Odlučuje*, s devet glasova za i šest protiv, da nije prekršen ovaj članak, samostalno, u odnosu na istu podnositeljicu predstavke;
15. *Odlučuje*, s deset glasova za i pet protiv, da je prekršen članak 14. Konvencije, u svezi sa člankom 1. Protokola br. 1, u odnosu na ovu podnositeljicu.

## VI. O NAVODNOJ POVREDI ČLANKA 3. I ČLANKA 12. KONVENCIJE

16. *Odlučuje*, jednoglasno, da nije prekršen članak 3. ili članak 12. Konvencije u ovom predmetu.

## VII. O ČLANKU 50.

17. *Odlučuje*, s devet glasova za i šest protiv, da prethodni zaključci sami po sebi znače pravednu naknadu u svrhu članka 50. Konvencije.

Presuda je sastavljena na francuskom i engleskom jeziku, u Zgradji ljudskih prava, Strasbourg-u, 13. lipnja tisuću devet stotina sedamdeset devete, francuski tekst je autentičan.

Marc-André EISSEN  
Registrar

Za predsjednika  
Gérard WIARDA  
Potpredsjednik

U skladu sa člankom 51. stavkom 2. Konvencije i člankom 50. stavkom 2. Pravila Suda, ovoj presudi su priložena sljedeća izdvojena mišljenja:

- zajedničko oprečno mišljenje sudija Balladore Pallieri, Pedersen, Ganshof van der Meersch, Evrigenis, Pinheiro Farinha i Garcia de Enterrfa o primjeni članka 50. Konvencije;
- djelomično oprečno mišljenje g. O'Donoghue-a;
- djelomično oprečno mišljenje g. Thór Vilhjálmsson-a;
- oprečno mišljenje Sir Gerald Fitzmaurice-a;
- djelomično oprečno mišljenje gđe Bindschedler-Robert;
- djelomično oprečno mišljenje g. Matscher;
- djelomično oprečno mišljenje g. Pinheiro Farinha.

Pored ovoga su g. Balladore Pallieri, g. Zekia, g. Pedersen, g. Ganshof van der Meersch, g. Evrigenis i g. Lagergren iznijeli svoje neslaganje s većinom u Sudu u svezi s točkom 14. izreke presude (pravilo 50. stavak 2. *in fine* Pravila Suda); oni smatraju da je prekršen članak 1. Protokola br. 1, samostalno, u odnosu na Paulu Marckx.

M.-A.E.

G.W.

**ZAJEDNIČKO OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJA BALLADORE PALLIERI-a,  
PEDERSEN-a, GANSHOF VAN DER MEERSCH-a, EVRIGENIS-a, PINHEIRO  
FARINHA-a I GARCIA DE ENTERRIA-a O PRIMJENI ČLANKA 50.**

Mi smo među onim članovima Suda koji su glasovali za ustanovljavanje povrede članka 8., samostalno, i članka 14. u svezi sa člankom 8. Međutim, žalimo što se ne možemo složiti s većinom naših kolega koji su odbacili zahtjev podnositeljica predstavke za dodjelu kompenzacije u iznosu od jednog belgijskog franka za "moralnu štetu" s obrazloženjem da nije bilo povoda da se dodijeli bilo kakva "pravedna naknada" osim one koja je proizilazila iz samih zaključaka Suda o nekoliko povreda prava čije je poštivanje podnositeljicama predstavke zajamčeno Konvencijom.

Gđa. Paula Marckx, čije je majčinstvo zakon odbio priznati u potpunosti je iskusila uvredu njenih osjećanja i dostojanstva kao majke i njenog shvaćanja obitelji. Ovo iz razloga što je dijete koje je ona donijela na svijet, od trenutka rođena, predmet javne diskriminacije u odnosu na zakonitu djecu. Osim toga, gđa Marckx se suočila s bolnim i mučnim izborom: priznati svoju kćerku Alexandru, ali tako nanijeti štetu svom djetetu, s obzirom da bi njena sposobnost da pokloni ili zavješta imovinu svojoj kćerki tako bila ograničena (v. stavak 36.); ili odustati od uspostavljanja pravne veze sa svojom kćerkom. Ova situacija i ove okolnosti su takve da čine ispravnim i opravdanim naknadu drugačiju od jednostavnog ustanovljavanja kršenja prava gđe Paule Marckx, odnosno naknade u iznosu od jednog belgijskog franka.

Ovo još više jer su se tjeskoba, briga i strepnja produžili dok gđa Paula Marckx nije konačno odlučila usvojiti svoje sopstveno dijete kako bi umanjila posljedice diskriminatornog režima kojem je njena kćerka bila izložena zbog čina priznanja.

Istina, u predmetu Golder, Sud je smatrao da je ustanovljenje povrede prava podnositelja predstavke u presudi značilo adekvatnu pravednu naknadu (v. presudu od 21. veljače 1975. g., serija A br. 18, str. 23, stavak 46) – pravni zaključak koji je osporen od strane nekih potpisanih sudija (v. odvojeno mišljenje sudija Ganshof van der Meersch i Evrigenis, dodanih presudi od 23. studenog 1976. g., u predmetu Engel i ostali, serije A br. 22, str. 71). Međutim, situacija u predmetu Golder je bila drugačija od one u kojoj se nalazila gđa Paula Marckx, čak i ostavljajući po strani razlike u kršenjima prava povrijedjenih strana: u predmetu Golder, podnositelj predstavke nije podnio zahtjev za pravednu naknadu, a Sud je po sopstvenom nahodjenju pokrenuo to pitanje (v. gore spomenutu presudu od 21. veljače 1975. g., ibid).

Po našem mišljenju, odluka Suda da zaključak o postojanju povrede prava predstavlja pravednu naknadu za povrijedenu osobu ne može biti zasnovana, bez daljnog, na temelju generalne primjene načela: smatramo da i procjena o tome što bi bilo dovoljno da se dodijeli kao naknada povrijedenoj strani i oblik u kojoj će se takva naknada pojaviti moraju ovisiti od osobitih činjenica i okolnosti svakog predmeta.

U ovom predmetu, Alexandra je bila poštedjena, zbog svojih godina u vrijeme kada je relevantana odluka trebala biti donesena, brige, tjeskobe i patnje koje bi pratila postupak

određivanja njenog pravnog statusa i posljedica za budućnost koje bi ono donijelo. Iako je njena majka bila ta koja je podnijela teret, posljedice diskriminacije kojoj je Alexandra bila izložena su nastavljene čak i nakon njenog usvojenja; ovo nas vodi do stajališta da postoji dobra osnova i za davanje pravedne naknade Alexandri – u iznosu od jednog belgijskog franka, za razliku od puke odluke zasnovane na načelu nalaženja povrede njenih prava.

Paula Marckx i njena kćerka su zadržale svoj zahtjev za kompenzaciju na strogo finansijskom minimumu. Ova krajnja uzdržanost je rezultat njihove zajedničke želje, stvorene iz brige za dostojanstvo i povučenosti, da ne izvuku finansijsku korist iz nesretne situacije u koju ih je stavio pravni sustav koji je na njih bio primijenjen. One zahtijevaju simboličnu naknadu, ali takva naknada, s obzirom na kompenzaciju za moralnu štetu, mora zadržati osobni karakter prilagođen posljedicama koje je imao zakon u njihovom konkretnom slučaju; zasnovana je, u predmetu g. Paule Marckx i njene kćerke, na štetu koju proživljavaju i na njihovom interesu da budu pojedinačno priznate kao žrtve pravnog položaja u koji ih je dovela država. Pored ovoga, ni u Konvenciji ni u načelima međunarodnog prava nema pravila o sprječavanju dodjele, na osnovi ovakvih činjenica, simbolične naknade koja odgovara osobi na koju se odnosi.

### DJELOMIČNO OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJE O'DONOOGHUE

Brojna su pitanja postavljena pred Sud. Kao što ja vidim, bit žalbe majke i kćerke je pitanje je li poštovan njihov privatni i obiteljski život. Prihvaćam stajalište da su Paula i Alexandra imale pravo na uživanje privatnog i obiteljskog života usprkos tome što takav život nije potjecao iz braka i osnivanja obitelji na način predviđen člankom 12.

Po meni je jedino potrebno skrenuti pažnju na riječ "svatko" na početku članka 8. i nepostojanje bilo kakave ideje obveze da se sklopi brak u članku 12., kako bi se pokazalo šire značenje koje se daje pojmu "obitelji" u članku 8, u odnosu na isti pojam i način na koji je upotrijebлен u članku 12.

Prema stanju zakona u Belgiji jasno je da načelo "mater semper certa est" nije bilo primijenjeno na Paulu i Alexandru i da je bilo potrebno preduzeti dva koraka, priznanje i usvojenje, prije postizanja bilo kakvog djelomičnog izjednačavanja položaja ove majke i djeteta i udane majke i djeteta iz braka. Nepovoljan položaj koji je prouzročen majci i djetetu u ovom predmetu prozilazio je iz prirodnog rođenja izvan braka. Ova razlika u stupnju poštivanja privatnog i obiteljskog života Paule i Alexandre je predstavljala, po mom mišljenju, diskriminaciju koja je zabranjena člankom 14. Shodno tome, kršenje se u ovom slučaju desilo i po članku 8. i članku 14, u odnosu na obje podnositeljice predstavke.

Smatram neprihvatljivim da se tako široko proširuju uvjeti članka 8. kako bi se zaštitilo pravo na naslijedivanje imovine Paulinih roditelja ili braće i sestara. Moj razlog se može naći u riječima ovog članka koje govore o "pravu na poštivanje privatnog i obiteljskog života, doma i prepiske" i u mojoj nemogućnosti da u ove riječi uključim široka prava na naslijedivanje i ostavinu prema Paulinim roditeljima i srodnicima po bočnoj liniji.

Čini mi se da je ovo stajalište pojačano kada je u pitanju članak 1. Protokola br. 1. i njegova izražena orijentacija na za imovinu i "mirno uživanje posjeda."

Postoji na polju obiteljskog prava u mnogim zemljama članicama uočljiva promjena i namjera da se provedu u cjelini ili djelomično prijedlozi iz Konvencije o pravnom statusu djece rođene izvan braka. Ali na pitanja koja se pokreću u ovom predmetu mora biti odgovoren tumačenjem članka 8. i relevantnog belgijskog zakona. Kao što u tom zakonu stoji, razlika u stvarima priznanja i usvojenja između udane majke i djeteta i neudane majke i djeteta je uočljiva i kada je u pitanju članak 14, a kršenje članka 8. je jasno vidljivo.

Ne mogu zaključiti da postoje ikakva kršenja članka 3. ili članka 12. Konvencije, ili članka 1. Protokola br. 1.

### **DJELOMIČNO OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJE THÓR VILHJÁLMSSON**

1. Kao što pokazuje izreka presude, bilo je potrebno glasovati o ništa manje nego sedamnaest točaka u ovom predmetu. U sedam od tih točaka sam bio u manjini. U ovom odvojenom i djelomično oprečnom mišljenju sam adekvatno grupirao ove točke.

#### **2. Primjena članka 8. Konvencije, samostalno, na način uspostavljanja majčinskog srodstva Alexandre Marckx**

Ovaj problem je obuhvaćen u točkama 2. i 4. izreke presude. Kao što je vidljivo iz stavka 36. presude, postupak priznanja koji je stajao na raspolaganju Pauli Marckx, prvoj podnositeljici predstavke, koja je željela uspostaviti majčinsko srodstvo sa svojom kćerkom Alexandrom, drugom podnositeljicom, je bio, očito, jednostavan. U stvari je bio tako jednostavan da ne vidim kako potreba da se provede ovaj postupak sama po sebi može predstavljati povredu Konvencije u odnosu na prvu podnositeljicu predstavke.

Činjenica da se, prema belgijskom zakonu, neudana majka koja razmišlja o formalnom priznanju svoga djeteta susreće s alternativom je odvojeno pitanje. Ono se tiče finansijskih odnosa između majke i djeteta. Normalno je poznato da postojanje alternativne mogućnosti može navesti majku da oklijeva i konačan rezultat može biti i da ne dođe do priznanja. Kao što je navedeno u stavku 5. ovog odvojenog mišljenja, dolazim do zaklučka da su finansijske implikacije obiteljskog života izvan okvira članka 8. Shodno tome, smatram da problem izbora koji stoji na majci, koji je detaljno objašnjen u stavku 36. presude, nije relevantan u odnosu na pitanje koje se sada razmatra. Zbog toga smatram da nije povrijeden članak 8. samostalno u odnosu na prvu podnositeljicu predstavke.

Teško je ne složiti se s većinom u Sudu kada se navodi, u stavku 37. presude, da nije bila jednostavna stvar prema belgijskom zakonu za dijete Alexandru da uspostavi srodstvo sa svojom majkom. U svezi s ovim, nije odlučujuće da je majka, u stvari, priznala dijete kada je ono imalo samo 13 dana. Usprkos tome, ne mogu se složiti s većinom koja je ustanovila povredu članka 8., samostalno. Čak i da je belgijski zakon priznao majčinsko srodstvo po osnovi samog rođenja, to bi samo po sebi bilo od ograničenog značenja za

Alexandru ako majka, što nije slučaj ovdje, ne bi bila voljna osigurati joj obiteljski život, što štiti članak 8. Svaka majka može, u stvari, odlučiti, načinom na koji se brine za svoje dijete, ima li ono takav obiteljski život s njom ili ne. Nijedno pravno pravilo ne može osigurati djetetu kvalitetan obiteljski život ako ga njegova majka ne želi osigurati. Majka čak može i pravno i stvarno okončati obiteljski život koji su ona i dijete možda imali. Ovo se može desiti, na primjer, ako majka preduzme korake davanja djeteta na usvojenje drugim ljudima. Pitanje uspostavlja li se zakonom pravna veza između djeteta i njegove neudane majke po osnovi samog rođenja nije bez važnosti u okviru članka 8. Međutim, kada se ovo pitanje razmatra u svjetlu gore spomenutih mogućnosti za majku da spriječi uspostavljanje i nastavak obiteljskog života između nje i njenog djeteta, situacija po belgijskom zakonu se čini krajnje irelevantna. Određeni stupanj važnosti ili težine je preduvjet za ustanovljavanje povrede Konvencije na ovom području. Po mom mišljenju, ovo vodi k zaključku da povreda članka 8, samostalno, nije ustanovljena ni u odnosu na drugu podnositeljicu predstavke.

**3. Primjena članka 8. Konvencije, u svezi sa člankom 14., u svezi s pitanjem uspostavljanja majčinskog usvojenja Alexandre Marckx.**

Ovo pitanje je obuhvaćeno točkama 3. i 5. izreke presude. Većina u Sudu je ustanovila kršenje članka 8. i 14. zajedno. Ne dijelim ovo mišljenje u mjeri u kojoj se ono odnosi na Paulu Marckx. Kao što je gore navedeno, postupak priznanja je zaista jednostavan. Ovaj je postupak, a ne finansijske implikacije priznanja, jedino bitno pitanje. Po mom mišljenju, postupak je bio tako jednostavan da nepovoljan položaj u kojem se našla Paula Marckx, u odnosu na udane majke, nije dovoljan da se ustanovi kršenje članka koji su predmet ovog razmatranja.

Sa druge strane sam se pridružio većini u Sudu u zaključku o povredi članka 14., u svezi sa člankom 8. u odnosu na Alexandre Marckx. Kao što je gore naznačeno, smatram da je članak 8. relevantan u ovom predmetu, iako mislim da nije povrijedan samostalno. Prema sudskoj praksi Suda, ovo znači da povreda članka 14. u svezi sa člankom 8. može biti ustanovljena. Dijete Alexandra je, bez sumnje, u nepovoljnijoj poziciji u očima zakona u poredbi sa djecom udanih majki. Nema opravdanja za ovu razliku koje bi bilo dovoljno po Konvenciji. Smatram da je nepovoljan položaj dovoljno ozbiljan da bi predstavljao povredu.

**4. O obujmu obiteljskih odnosa Alexandre Marckx u Zakonu**

Ovo pitanje je obuhvaćeno u točkama 6. i 7. izreke presude. Ni s jednom od ove dvije točke se ne slažem s većinom u Sudu.

Dobro je poznato da dijete neudane majke u Belgiji pravno ne postaje član majčine obitelji, što ne znači da dijete, u stvari, ne može uživati obiteljski život s tom obitelji.

Ne mogu naći u Konvenciji nikakvu obvezu država ugovornica da ustanove pravne veze o kojima se gore govori. Kao što je rečeno u stavku 31. presude, članak 8. prepostavlja postojanje obitelji. U ovom predmetu nije pokazano da je, u stvari, postojao obiteljski život između Alexandre i njene bake, tetke ili nekog drugog majčinog srodnika. Da je to bilo tako,

mala Alexandra bi imala pravo na poštivanje tog obiteljskog života po članku 8. Bilo bi isto i da je Alexandra živjela sa, na primjer, bračnim parom koji nije bio ni u kakvoj krvnoj svezi s njom. Ne nalazim obvezu postojanja posebnih pravnih pravila o odnosu između djeteta rođenog izvan braka i majčinih srodnika. Također mi se čini da bi praktične posljedice takvih pravila bile minimalne, osim finansijskih o kojima se govori u stavku 5. dole.

## **5. O naslijednim pravima na koja se oslanjaju podnositeljice predstavke**

Ovo pitanje je obuhvaćeno u točkama 8. do 15. izreke presude. Glasovao sam u manjini po točkama 10. i 12.

Po mom mišljenju, usporedno tumačenje članka 8. Konvencije, s jedne, i članka 1. Protokola br. 1, sa druge strane, pokazuje da se članak 8. ne bavi finansijskom stranom odnosa između dvije podnositeljice predstavke. Povijest nacrta ove dvije odredbe ovo potvrđuje. Kako ja vidim, ovo vodi zaključku da nije prekršen ni članak 8. samostalno, niti članak 14., u svezi sa člankom 8., u svezi s belgijskim pravnim pravilima koja se tiču naslijednih prava na koja se pozivaju podnositeljice predstavke.

## **OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJE SIR GERALD FITZMAURICE**

### **I. Pitanje primjenjivosti uopće**

1. Dužan sam ovo nazvati "oprečnim" mišljenjem jer se, iako sam glasovao s većinom u Sudu po više točaka<sup>3</sup>, ne slažem s većinom po svim onim koja su fundamentalna za glavna pitanja koja su predmet rasprave, i po kojima je Sud odlučio u korist predstavki podnositeljica – također su to i točke od kojih druge u najvećoj mjeri i ovise.
2. Ostavljajući po strani pitanje statusa svake podnositeljice kao navodne "žrtve", u smislu članka 25. Europske Konvencije o ljudskim pravima – pitanje o kojem govorim u post scriptumu ovog mišljenja – na čelu fundamentalnih pitanja koja se pojavljuju u ovom predmetu jeste primjenjivost ili obujam članka 8. Konvencije – njegove primjenjivosti ili važnosti uopće u posebnim žalbama sastavljenim u ime ili od strane podnositeljica predstavke. Još jedno osnovno pitanje je pitanje primjenjivosti članka 1. Protokola br. 1 Konvencije. Ova dva pitanja automatski povlače pitanje primjenjivosti članka 14. Konvencije na koje ću se vratiti kasnije. Što se tiče žalbi u svezi s ostalim odredbama, i to članaka 3, 12. i 50, one zavise od istog, ili sličnog fundamentalnog pitanja, ili nisu vrijedne samostalnog razmatranja – i u svakom slučaju je Sud odlučio na štetu zahtjeva podnositeljica predstavke po ova tri članka – s čime se ja slažem.
3. Pitanje primjenjivosti zakonskih odredbi – teško da je potrebno to naglasiti – je prilično pravno različito od onog je li prekršena ta odredba u posebnom slučaju. Pitanja primjenjivosti

<sup>3</sup> Viz. (u vezi zaključivanja, radnih i stavova presude o glasanju) po tačkama 8, 9, 11 i 16, gdje je Sud bio jednoglasan pri odbacivanju navoda podnositeljica predstavke i također tačka 17, gdje je većina bila za takvo odbijanje.

ili obujma su strogo preliminarna. Odredba (pravilo, odjeljak, klauzula, članak itd.) je primjenjiva u svakom danom slučaju, barem prima facie, ako se odnosi na klasu, kategoriju, poredak, tip ili vrstu predmeta na koju se odnosi zahtjev ili sama žalba, kao što je to u ovom slučaju, i/ili se tiče činjenica, događaja i okolnosti takvog predmeta. Ako to nije slučaj – ako se radi o nečem različitom ili time neobuhvaćenom – onda je nesumnjivo irelevantna u odnosu na zahtjev ili žalbu i ne pojavljuje se pitanje mogućeg kršenja Konvencije. Ne može, u danom predmetu, biti kršenja odredbe koja nije primjenjiva na predmet – točnije, odredbe čiji obujam, odnosno oblast primjene nije oblast na koju se predmet odnosi.

4. U isto vrijeme, činjenica da je odnosna odredba primjenjiva – ukratko, da se može ispravno postaviti pitanje je li došlo do kršenja u danom predmetu – pitanje koje u suprotnom ne bi moglo biti postavljeno – ni na koji način ne znači da je u stvari došlo do takvog kršenja. Dakle, mora se oslobođiti tužena strana (a) ako klauzula ili članak nisu primjenjivi i (b) ako je primjenjiva, ali nema kršenja tog članka. Samo ako je i primjenjiva i povrijeđena, tužena strana se može smatrati odgovornom (u svezi s Konvencijom o ljudskim pravima) i prekršiteljem Konvencije.

5. Prethodno navedene su elementarne, standardne propozicije koje nije potrebno navoditi jer su takve da bi se svi u načelu s njima složili, ali načelo se lako izgubi iz vida kada žudnja za nekim rezultatima – bez obzira kako su meritorni sami po sebi – nadmašuje mirni, mali glas pravne svijesti. Zbog toga se čini korisnim da se ponove, s obzirom da njihova važnost u ovom predmetu čini najvažniji aspekt istog; one za njega nisu samo udaljene umjetne veze između predmeta teksta ili klauzule i neposrednog zahtjeva i žalbe koje će biti dovoljne da prva bude primjenjiva na drugu. Osnovno pitanje je odnose li se obje na istu klasu ili kategoriju pravnog koncepta. U određenim granicama skoro sve može biti uvjerljivo predstavljeno na način da je povezano s nekom drugom stvaru ili se odnosi na nju, ili pripada istoj sferi ideja – što je potvrđeno i u ovom predmetu (ali što je Sud ispravno odbacio) gdje se tvrdila povreda članka 3. Konvencije o ljudskim pravima<sup>4</sup>. Ali ova vrsta trika koju uključuje takav zahtjev nije dovoljna.

## II. Pitanje primjenjivosti članka 8. Konvencije

6. Ovo je ključno pitanje u ovom predmetu, od kojeg ne samo da druga, na jedan ili drugi način, ovise već se sigurno može reći da bez očekivanja pozitivnog odgovora na

<sup>4</sup> Član 3. je odredba koja zabranjuje "torturu ili...nehuman ili ponižavajući tretman ili kažnjavanje". Žalba podnositelja predstavke u okviru ovog odjeljka se sastoji u tome da su one bile podvrgнуте "ponižavajućem tretmanu" – ne zbog bilo čega što im je učinjeno, ili mjera koje su protiv njih poduzete – već jednostavno iz razloga što belgijski zakon nije priznao pravnu (ne samo krvnu) vezu roditeljstva automatski između neudate majke i nezakonitog djeteta koje proizilazi iz samog rođenja (i od momenta rođenja) bez potrebe da neko od njih poduzme neke specifične korake koje previda belgijski zakon za stvaranje naknadno takve pravne (ne samo krvne) veze. Ovo, prema mišljenju podnositelja, predstavlja: "ponižavajući" postupak prema njima. Sud je odbacio ovu predstavku, ali po mom mišljenju je trebao otici dalje i ustanoviti da takva odredba kao što je član 3. Konvencije se odnosi na potpuno različitu vrstu predmeta, i uopšte nije bila primjenjiva na okolnosti u kojima su bili podnosioci predstavke.

njega druga pitanja možda ne bi bila pokrenuta, ili bi bila dovedena u pitanje njihova uspješnost. Relevantni dijelovi ove odredbe glase:

“Članak 8.

- “1. Svatko ima pravo na poštivanje svog privatnog i obiteljskog života, doma i prepiske.
- 2. Javna vlast se ne miješa u vršenja ovog prava, osim...” (i ovdje slijedi lista očekivanja koja nisu bitna za predmetni slučaj.<sup>5</sup>)

Sud je zauzeo stajalište da drugi stavak ovog članka nije bitan za ovaj predmet, jer nije navedeno da je bilo koja belgijska vlast poduzela neke pozitivne ili konkretnе korake u smislu “miješanja” u privatni i obiteljski život podnositeljica predstavki. Optužba se odnosi na belgijski zakon, kao takav, za koji se kaže da je bio manjkav vezano za ove stvari u odnosu na podnositeljice predstavki, jer je stvorio situaciju koja je objašnjena u fusnoti 2 gore – q.v.<sup>6</sup> Zbog ovoga se Sud zadržao samo na stavku 1. članka 8. Međutim, po mom mišljenju je stavak 2. također bitan - ne zato jer je postojalo neko konkretno miješanje u životu podnositeljica predstavki od strane belgijskih vlasti, već zato jer se pozivanjem na takvo (moguće) miješanje u stavku 2. pomaže da se razjasni stavak 1. ukazujući na granice u kojima se sa cijelim člankom imalo namjeru postupiti – točnije, primijeniti ga. Kasnije ću se vratiti na ovu točku – vidi fusnotu 5 stavka 7.

7. U mnogome je jasna (barem meni) – i priroda cijelog slučaja/pozadine na kojoj je rođena ideja o Europskoj Konvenciji o ljudskim pravima koja rađa ovakvo stajalište – da je glavni, ako ne i jedini cilj i namjera sfere primjene članka 8. bila ono što bih ja nazvao “domaća zaštita” pojedinca. On i njegova obitelj više nisu bili izloženi kucanju na vrata u četiri sata ujutro; upadima od strane domaćih vlasti, pretraživanjima i ispitivanjima; pregledanju, odgađanju i zapljeni prepiske; postavljanju prislušnih uređaja (prisluškivanju); ograničenjima u upotrebi radija i televizije; snimanju telefonskih razgovora ili isključenjima; mjerama prinude kao što su prekidanje snabdijevanja strujom i vodom; takvim gadostima kao što je zahtijevanje od djece da prijavljuju aktivnosti svojih roditelja, i nekada čak i istom između supružnika, - ukratko, čitavoj skali fašističke i komunističke inkvizicijske prakse o kojoj jedva da se znalo, barem u zapadnoj Europi, od era religiozne netolerancije i ugnjetavanja, dok nisu preovladale ponovo u mnogim zemljama između dva svjetska rata i kasnije. Takvo, a ne interno, domaće zakonodavstvo koje je reguliralo obiteljske odnose, je predmet članka 8, i usmjeren je da se izbjegnu ovi horori, tiranije i neprilike tako da se tražilo poštivanje “privatnog i obiteljskog života...doma i...prepiske” i da se pojedincima da pravo da uživaju ovo poštivanje – a ne za reguliranje građanskog statusa beba.

<sup>5</sup> Ova očekivanja su takva da se mogu naći u nekoliko odredaba Konvencije, u korist na primjer, nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, poretka, zdravlja i morala, ekonomski dobrobiti itd. Tužena Vlada se nije pozvala ni na jednu od njih.

<sup>6</sup> U toj fusnoti je opisana situacija koja se odnosi na predstavke podnosioca da su bile podvrgnute “ponižavajućem tretmanu”; ali radi se o potpuno istoj situaciji koja je dovela do njihove žalbe o nepoštivanju njihovog porodičnog života u begijskom zakonu.

8. Sada je evidentno da vrsta žalbe koju su uložile podnositeljice u konkretnom predmetu nema nikakve veze sa stvarima koje su objašnjene u prethodnom stavku gore. One nisu bile izložene nijednom slučaju koji je gore naveden, niti su živjele u pravnom režimu gdje je takva praksa bila zakonita ili bi je vlasti mogle u bilo koje vrijeme primijeniti. Na taj način (poredeći nedavni predmet *Klass pred Sudom*<sup>7</sup>) sama mogućnost da se neke od ovih mjeru primijene, na primjer snimanje telefona, otvaranje prepiske, bi imalo konkretan (zbog toga zabranjujući) učinak na svakodnevni život podnositeljica predstavki. Njihova predstavka je potpuno drugačija (razlika ne samo u stupnju već i vrsti) jer su živjele u pravnom režimu gdje nije uspostavljen, u slučaju nezakonitog djeteta, pravni odnos između majke i djeteta činjenicom rođenja *per se* – (za razliku od prirodne veze po krvi, što je, naravno, prema propisima priznato kao postojeće). Dio predstavke je da je ova situacija u različitim aspektima stavila neudanu majku i njeno “prirodno” dijete u nepovoljan položaj u poredbi sa zakonitim roditeljima i njihovom djecom, iako je ovo kasnije moglo biti ispravljeno (na primjer, pretvoreno u odnos priznat zakonom) sredstvima koja je lako mogla preduzeti majka, ili preduzeti ih u ime djeteta kroz sustav starateljstva koji je predviđao belgijski zakon i pokrivaо takve slučajave. Bi li postojanje takve situacije prekršilo članak 8. (prepostavljajući da je ova odredba bila primjenjiva na ovu vrstu žalbi) je drugo pitanje koje mene u ovom trenutku ne zanima. Ali mi koristi kako bih došao do moje sljedeće točke.

9. Sasvim se ispravno može smatrati da, iako je primarno, i u tom trenutku jedino realno, cilj takve odredbe kao što je članak 8. bio opisan u stavku 7. gore, po samom svom tekstu sada mora imati širu primjenu kako bi obuhvatilo bilo koju situaciju u kojoj i nepoštivanje i (ovo je operativna odredba) ono što je u potpunosti usmjereno klasi ili kategoriji koncepta koji uključuje “privatni i obiteljski život...dom i...prepisku”, ili jednu ili više od ovih samostalno, podrazumijevavi (i ovo je, naravno, osnovno) da su shvaćene u skladu s uobičajenim idejama na koje se odnose, a ne u skladu s nekim samostalnim interpretacijama koje su stvorene kako bi proizvele rezultat koji bi trebao slijediti iz njega, a ne inspirirati to tumačenje. Stoga, u konkretnom predmetu, prava koja navodno nisu poštivana moraju biti prava koja pripadaju istom pravnom poretku kao i ona koja se tiču privatnog i obiteljskog života, itd. Ovo, međutim, ovdje nije slučaj.

10. Po mom mišljenju, pravna klasa ili kategorija kojoj ispravno pripada sadržaj ovog predmeta uopće nije “obiteljski život”; i usvajanje ovog koncepta, koje se tiče presude Suda, predstavlja izvrтанje oba koncepta. Konkretni predmet se uopće ne odnosi na obiteljski “život” u uobičajenom smislu te riječi. On se u biti odnosi na pitanje utvrđivanja majčinstva - i to je ono što predstavlja njegov pravi karakter, a ne obiteljski život. Stoga je ovdje osnovna kategorija građanski status; i pitanje građanskog statusa nije obuhvaćeno člankom 8: ono ne ulazi u njegov okvir.

11. Pitanja građanskog statusa i pitanja obiteljskog života se odnose na različite vrste pravnog koncepta. Može zaista biti točno da određena pitanja građanskog statusa, kao što

<sup>7</sup> Presuda od 6. septembra 1978. g., serija A br. 28.

je pitanje ustanovljavanja srodstva, mogu imati privatni ili obiteljski, kao i javni aspekt. Ali ona ih ni na koji način nemaju per fundatum: ona uopće nemaju neophodnu ili osnovnu vezu sa privatnim i obiteljskim životom kao takvim. Vrste koncepta koji su obuhvaćene su prilično različite jedna od druge. Pitanje ustanovljavanja srodstva, ili druga pitanja građanskog statusa, mogu se pojaviti, ili čak postojati i ondje gdje uopće nema obiteljskog života i gdje osobe ne žive zajedno kao obitelj (i ovo se nerijetko dešava). Slično tome, obiteljski život može postojati bez obzira na građanski status ukućana, pretpostavljajući da postoji međusobna veza između njih po krvi, usvojenju ili, čak, začećem, prijateljstvom, brakom iz interesa, ili dugogodišnjom vezom. Ukratko, veze koje ovise o pravnom ustanovljavanju srodstva ni na koji način nisu bitne kako bi dovele do "djitetove integracije u njegovu obitelj", i da mu omoguće da "vodi normalan život" – ovo je su bili testovi koji su primijenjeni u stavku 31. presude Suda.

12. Ali suprotno nije logično ispravno: svakako, upravo zato jer prvi može postojati bez obzira na odnosnu situaciju u odnosu na drugi, ovaj prvi (obiteljski život) ne podrazumijeva ništa o drugom (aspekt građanskog statusa), i članak 8. ne regulira ovo, niti se može ikakvim procesom zaključivanja legitimno smatrati da on to čini: neshvatljivo je da ova odredba čija je namjera bila da regulira ili uključi čak i jedan aspekt od tako važnih, ali različitih, pitanja građanskog statusa, ne bi bila sročena tako da se posebno napomene – ili barem jedan poseban aspekt istog – uz posebno spominjanje privatnog i obiteljskog života, doma i prepiske. Ukoliko dva kasnija odjeljka, na primjer, trebaju dobiti odvojeno značenje, jer nisu jasno svojstvena pojmovima privatnog i obiteljskog života, koliko bi još trebalo biti potrebno da se osigura uključenje (ukoliko je to bila namjera) takvih stvari kao što je uspostavljanje srodstva i građanski status, da se ne kaže ništa o konsekventim naslijednim i drugim ekonomskim pravima koja Sud čita u odredbi koja je potpuno lišena čak i indirektne indikacije o postojanju istih.

13. Nijednom se nije dalo naslutiti da je ikada bilo nepoštivanja obiteljskog života obitelji Marckx (majke, kćerke i krvnih srodnika) ako se pojmu "obiteljskog života" da značenje koje ono inače ima (i na to se ograniči) u svom svakodnevnom tumačenju, točnije značenje koje u svakodnevnom životu ima obitelj u svom domu, ili (u vezi krvnog srodstva ili prijatelja) u drugim domovima tijekom posjeta ili boravka, - ukratko pojам obiteljske cjeline ili domaćinstva. Dodavanje pojmove "privatni život", "dom" i "prepiska" u isti kontekst članka 8, u velikoj mjeri potvrđuje ovo stajalište. Nijedan od ovih termina, ili sam pojam obiteljskog života, ni najmanje ne pretpostavlja takve koncepte kao one o građanskom statusu, neizvjesnom uspostavljanju srodstva, naslijedna i imovinska prava, kao što je ovaj kojim se ova presuda isključivo bavi, i koji jedino primjenom nategnutog i vještačkog tumačenja može biti uključen u koncept privatnog života, obiteljskog života, doma itd. Ove stvari pripadaju drugom poretku, klasi ili kategoriji.

14. Gore navedena razmatranja su izrazito potvrđena pozivanjem na mjesto koje institucija braka ima u Konvenciji – što je također stvar građanskog statusa, i mnogo direktnije povezano s obitelji nego uspostavljanje srodstva. Pa ipak su oni koji su pravili nacrt Konvencije smatrali za potrebnim da pravu na sklapanje braka posvete ne samo odvojen

oblik riječi – ne samo posebnu rečenicu ili odvojeni stavak – već potpuno odvojenu odredbu (članak 12.) – i ne samo pravu na brak već i na “stvaranje obitelji”. Ako pravo na osnivanje obitelji nije moglo biti smatrano automatski obuhvaćenim obvezom na poštivanje “privatnog života” itd., kako bi se moglo pravo prirodne kćerke da bude *ipso facto* smatrana djetetom svoje majke samim rođenjem *per se*, i bez posebne registracije, smatrati sastavnim dijelom te iste obveze (poštivanja privatnog života, itd.) i bez uključenja ikakve fraze koja jasno pokriva tu ideju, da ne govorimo o njenom direktnom indiciranju? Ako brak i osnivanje obitelji zahtjeva naročit tretman po Konvenciji, zašto ne i mnogo zamršeniji pojmovi uspostavljanje srodstva i statusa koje proizilazi iz rođenja? Prirodan odgovor je da je postojala namjera da se jedan uključi, a drugi ne, ili da se uopće ne uključe. Ovo bi se moglo očekivati ukoliko bi se pravilno postupalo sa svim njihovim složenostima i posljedicama, što bi zahtijevalo rečenice drugačijeg i detaljnijeg karaktera.

15. Ovo je jasno ilustrirano u onome što je rečeno u opsežnim dijelovima presude Suda. Na primjer, pokušaji da se demonstrira suprotno stajalište u onim stavovima presude koje se nalaze u rubrici naslovljenoj sa A – (u svezi s “uspostavljanjem majčinskog srodstva s Alexandrom Marckx”) – su nezgrapni i neuvjerljivi. Dosta je ako se kaže da su, zajedno s rubrikom B i C (u svezi s “porodičnim odnosima na koje se poziva Alexandra Marckx” i “naslijednim pravima na koja se oslanjaju podnositeljice predstavke”) – oni ništa drugo od pogrešnog nastojanja da se pročita – ili prije predstavi – cijeli zbornik obiteljskih zakona u članku 8. Konvencije, tako ga na neki način i u određenoj mjeri preuvečavajući, u potpunoj nesrazmjeri s njegovim stvarnim i ciljanim obujmima. Obiteljski zakon nije obiteljski život, i ovaj članak predstavlja suviše slabu i nesigurnu osnovu za ikakav proces usadivanja kompleksnosti i detalja jednog u relativnu jednostavnost drugog. Pretenzija da se to učini, kako bi se predmet ubacio u (u stvari) vrlo uske granice članka 8. je, kao što su Francuzi skloni reći, “*cousu de fil blanc*” (“stiking out a mile”). Nema potrebe za daljim komentiranjem rubrika B i C jer ispoljena stajališta pod ovim poglavljima dolaze pod iste osnovne točke koje su ranije razmatrane u ovom mišljenju. Kao što je dobro poznato, pitanja nasljeđivanja mogu imati reperkusije na obiteljski život kao i mnogo drugih stvari – (na primjer ona često uzrokuju teškoće i svađe). Ali nasljeđivanje je usprkos tome odvojena pravna kategorija. Također, u ovom predmetu, takva pitanja se ne pojavljuju tako reći *sui juris*. Ona su izvedenice, koje proistječu kao posljedica sub-poglavlja osnovnog pitanja o pravu na uspostavljanje srodstva, za koje ja smatram da je pravilno da se razmatra odvojeno od članka 8. Moguće reperkusije na obiteljski život nisu dovoljne da neku stvar učine njegovim dijelom. Pitanja nasljeđstva i druga slična pitanja tako imaju veze sa stvarima koje spadaju izvan okvira te odredbe što se može pravilno shvatiti. Članak 8. ne daje prava one vrste koja su razmotrena u rubrikama A do C.

16. Shodno tome se mora zaključiti da osnovna odredba na koju se poziva u ovom predmetu – članak 8. Konvencije – nije primjenjiva vrsti žalbe koja je uložena i sigurno nije primjenjiva mnogim elementima potpuno stranim članku 8, u odnosu na koje Sud ustanavljava da ova odredba ne samo da je primjenjiva nego je i povrijeđena iz razloga postojeće situacije u belgijskom zakonu. Ali imajući u vidu stav koji sam zauzeo u pogledu primjenjivosti ili opsega, postaje nepotrebno, po meni, razmatrati to kršenje (vidi stavke 3. i 4, iznad). Uprkos

tome, čak i da je članak 8. bio primjenjiv, vjerujem da je Sud nepotrebno krut i da mu je nedostajala darežljivost i tolerancija u stajalištu koje je zauzeo o belgijskom zakonu. Međutim, ovo je predmet koji također povlači i druga pitanja i ostavljam ovu diskusiju za Odjeljak V (stavci 27. i 31.) dolje. U međuvremenu se moram pozabaviti pitanjem primjenjivosti članka 1. Protokola br. 1. Konvencije u ovom predmetu (vidi stavak 2. gore) i reperkusijom tog pitanja – zajedno s pitanjem primjenjivosti članka 8, već razmotrenom – o daljem pitanju o točnoj ulozi članka 14. u ovom kontekstu. Ovo zadnje je odredba koja obvezuje da se prava i slobode zajamčene Konvencijom pružaju bez diskriminacije onim koji imaju pravo da ih uživaju. Veći dio presude Suda se bazira na primjeni ovog članka.

### **III. Pitanje primjenjivosti članka 1. Protokola br. 1 Konvencije o ljudskim pravima**

17. U mjeri u kojoj je Sud osjetio da bi bio preveliki element ekstravagancije u nalaženju određenih naslijednih i drugih ekonomskih tema u pojmovima privatnog i obiteljskog života, našao je uporište u članku 1. Protokola br. 1 Konvencije u koji nije uključio samo prava na posjedovanje nego i raspolaaganje imovinom. Prva rečenica prvog stava ove odredbe, koja je vodeća, pokazuje o čemu ovaj članak govori i glasi kako slijedi:

“Svaka fizičko ili pravna osoba ima pravo na neometano uživanje svoje imovine.”  
(francuski: “biens”)

Ovdje nema indicija za bilo kakvu brigu za zaštitu prava na nasljeđivanje ili raspolaaganje imovinom i stajalište da ove stvari ne ulaze u opseg ovog članka je potvrđeno drugom rečenicom ovog stavka koja glasi:

“Nitko ne može biti liшен svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava.”

Ovdje ponovo neima spomena o brizi za naslijedna prava ili prava raspolaaganja osim u čisto negativnom smislu da ono što je nezakonito ili arbitrazno konfiscirano ili ekpropriirano ne može u praksi biti naslijedeno ili se s time na drugi način može raspolažati. Čak i ako bi, međutim, ovaj stav mogao kao pitanje čistog zaključka proizvesti takav rezultat, upotrijebljeni jezik je očito prilično nepriskidan za tu svrhu i nemoguće je vjerovati da je ovo zaista bio cilj ovog stava, jer bi to onda bilo i izraženo na taj način. Ali ovaj članak ima drugi stavak, koji predstavlja značajno načelo u konstrukciji koju je Sud dao ovoj odredbi. On glasi kako slijedi:

“Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utječu na pravo države da primjenjuje takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala uporabu imovine u skladu s općim interesima ili da bi osigurala naplatu poreza ili drugih doprinosa i kazni.”

Sud se ovdje oslanja na postojanje pojma “uporaba” na način da daje cijelom članku djelokrug koji je širi od pojma posjeda i koji se proširuje na prava na nasljeđivanja i

raspolaganja. Po mom se mišljenju pod "uporabom" podrazumijeva uporaba onoga što neka osoba već posjeduje, i "uporaba imovine" nije jezik koji bi normalno bio upotrijebljen ako bi namjera bila da se pokriju i pitanja raspolaganja putem testamenta, pokloni *inter vivos* i tako dalje. Samo upućivanje na uporabu imovine definitivno ne bi bila metoda koju bi neki kompetentni pravnik upotrijebio da je od njega zatraženo da napravi nacrt klauzule koja bi ove stvari jasno podvela pod svoj opseg.

18. Metoda kojom je Sud došao do svog zaključka (stavak 63. presude) je bio proces duple pretpostavke, gdje se ni jedan element ne može opravdati kao legitiman zaključak koji se može izvesti iz teksta. Prvo, pretpostavlja se (postulat) da "priznavanjem da svatko ima pravo na mirno uživanje svog posjeda, članak 1. u biti jamči pravo na imovinu". Već ovo je hiperbola, iako očito slab jezik ovog teksta, u engleskoj i francuskoj verziji, može u određenoj mjeri to opravdati.<sup>8</sup> Ali na proizvoljnoj pretpostavci da pravo na uživanje (bilo kakav posjed da čovjek ima) nužno uključuje i, na prvom mjestu, pravo da se ono stekne i da se to učini određenim sredstvima, je nadovezana prilično neodrživa pretpostavka izražena u narednoj rečenici stavka 63. presude s učinkom da "pravo na raspolaganje nečijom imovinom predstavlja tradicijski i osnovni aspekt prava na imovinu". Ovo može biti zapravo slučaj u mnogim zemljama i pravnim sustavima, iako se može ukazati na mnoga odstupanja. Ali to nije nužno točno. Prava na nasljeđivanje i raspolaganje ne prate logično prava na imanje i držanje. Oni predstavljaju različite vrste koncepta – ali stvar je u tome da je u svrhu bilo koje žalbe koja ukazuje na nesuglasnost s određenom rečenicom, potrebno da jezik te rečenice sam po sebi opravda zaključak koji je iz nje izvučen ili onu pretpostavku za koju se kaže da je jamči. Ovdje je potpuno jasno da bi osoba koja je pravila nacrt, da je imala namjeru uključiti ili da je instruirana uključiti u okvir bilo koje rečenice prava na nasljeđivanje imovine, ili njen raspolaganje putem testamenta, isprave ili poklona, to i učinila, a ne navela isključivo "mirno uživanje ...posjeda" ili uputila na "uporabu" imovine – vrlo neodređen i nesiguran izraz.

19. Štoviše – i ova točka je dovoljno važna da zaslužuje poseban stavak – upućivanje na "uporabu imovine", u drugom stavku članka 1. Protokola br. 1, nije čak ni navedeno u svezi s davanjem prava već, suprotno od toga, u svrhu ograničavanja nekog prava – točnije, prava na mirno uživanje posjeda koje je dano. Drugi stavak ovog članka, ukratko, ne daje prava pojedincima već ih uskraćuje. Samo ovo je dovoljno da poništi važnost oslonca koji presuda stavlja na pozivanje na uporabu imovine opravдавajući tako tumačenje fraze "uživanje...posjeda" koje radikalno proširuje njegov stvarni okvir.

<sup>8</sup>Očita zamjenjivost pojmova "posjed", "imovina", "dobra" i "imovina" u različitim kontekstima i bez očitog razloga proizvodi konfuziju. Francuski termin "biens" se najbolje prevodi na engleski jezik terminom "assets" a ne "possession". Ali najbolje prevodenje na francuski engleskog termina "assets" je "avoirs". Ove anomalije u prevodima pridonose problemima. Ali isto tako i umanjuju vrijednost tumačenja Suda.

20. Istina je u stvari – što bi bilo očito svakome tko ne cilja na ovaj proces proširivanja obujma ovog članka – da je vrhovni, ako ne i jedini cilj članka 1. Protokola br. 1 bio da se spriječe arbitarna oduzimanja, konfiskacije, eksproprijacije, iznuđivanja, ili druga hirovita miješanja u mirno uživanje posjeda koje mnoge vlade rabe ili su suviše sklone da im pribjegnu. Pretvaranje ovoga u sredstvo za dobivanje prava koja idu mnogo dalje od pojma mirnog uživanja posjeda, čak i ako su povezana s imovinom, znači njegovo preuveličavanje izvan njegovih stvarnih proporcija. Ovo nije vrijedno niti postaje osnova na kojoj treba ustanoviti krivicu Vlade u povredi Konvencije.

21. Shodno tome se mora zaključiti da se, razumno tumačen, kao što je slučaj sa člankom 8. Konvencije, članak 1. Protokola br. 1 ne primjenjuje na vrstu žalbe koju imamo u ovom predmetu; ili na elemente, prilično strane njegovom značenju i namjeri, koje je Sud spremam naći u njemu.

22. Zaključak do kojeg se, dakle, došlo u svezi sa člankom 8. Konvencije i člankom 1. Protokola br. 1 automatski povlači za sobom i to da članak 14. Konvencije – (nediskriminacija u uživanju prava i sloboda iz Konvencije) – postaje također neprimjenjiv jer jedini uvjet uz koji bi legitimno mogao biti primijenjen ne stoji. Ovo, naravno, zahtijeva puno objašnjenje i upravo dolazim na to.

#### **IV. Pitanje primjenjivosti članka 14. Konvencije**

23. Članak 14. je u osnovi pomoćna i zavisna odredba koja ne može funkcionirati *per se*, već jedino u svezi s nekim drugim člankom Konvencije ili Protokola.<sup>9</sup> Jedina rečenica u ovim članku koja je važna za ovu svrhu je početna, koja je prilično kratka, i glasi:

“Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom osigurava se bez diskriminacije....”<sup>10</sup>

Na drugim mjestima sam navodio svoje mišljenje u svezi s ispravnim- i jedino ispravnim- uvjetima pod kojima ovaj članak može postati djelotvoran. Zbog toga što nema samostalno polje primjene – odnosno ne sadrži *suo motu* nikakva druga samostalna prava, već to čini samo u kombinaciji s nekim odredbama Konvencije ili Protokola koje sadrže samostalna prava, on može jedino biti djelotvoran u onim slučajevima gdje je neka druga odredba primjenjiva na prvom mjestu u odnosu na zahtjev ili žalbu koja je

<sup>9</sup> Član 5. Protokola predviđa da će njegove samostalne klauzule (npr. njegovi članovi 1-4) biti smatrane “dodatnim članovima Konvencije”, i da “će se sve odredbe Konvencije primjenjivati u skladu sa tim”

<sup>10</sup> Član 14 nastavlja “po bilo kojem osnovu, kao što su...”, i slijedi lista uobičajenih osnova diskriminacije, zbog položaja ili mišljenja pojedinca, sa ubacivanjem termina “ili drugi status”, “ili drugo mišljenje”. Sud uslijed toga tretira ovu listu kao onu koja samo ukazuje na istaknute primjere, i smatra svaku osnovu diskriminacije obuhvaćenu ovim članom, bilo kojeg porijekla pod uslovom da je bila neopravdana.

učinjena u tom predmetu. Shodno tome, prije nego članak 14. može doći u obzir, čak i u kombinaciji s bilo kojom drugom odredbom Konvencije ili Protokola, mora kao prvo biti pokazano da su uključena prava koja su dana ovim drugim odredbama. Članak 14. po svom sadržaju ne zabranjuje diskriminaciju generalno već, nasuprot tome, samo u kontekstu uživanja "prava i sloboda zajamčenih Konvencijom". Ukoliko, dakle, u ovom predmetu, neka druga odredba ne daje ili ne uključuje prava na koja se poziva podnositelj žalbe, članak 14. ne može biti primjenjen. Nije nužno da u stvari postoji kršenje ove druge odredbe, dovoljno je da je ona primjenjiva tako da pitanje je li bilo kršenja te odredbe može biti pravilno pokrenuto (vidi stavke 3. i 4. gore). Ako je primjenjiv, onda, čak i ako nije bilo njegovog kršenja, u potpunosti je po njemu postupljeno – nasuprot tome, ako postoji diskriminacija u načinu na koji je bio primjenjen, ako su žalitelju u predmetu dana prava na manje povoljan način u poredbi s načinom na koji su druge osobe ili subjekti/entiteti dobili ista ta prava, bit će ispunjeni neophodni uvjeti za primjenu članka 14.; i može se razmatrati je li diskriminacija bila opravdana ili ne – (naravno da sve razlike u tretmanu ne dovode do "diskriminacije" u okviru članka 14. - možda može postojati dobri osnovi za nju).

24. Čini mi se neophodnim da se na ovome inzistira jer imam dojam – (i ne navodim jače značenje ili kao činjenicu) – da je Sud, zbog prirodne nesklonosti bilo kakvoj vrsti neopravdane diskriminacije, bio sklon bilo koji slučaj takve diskriminacije smatrati suprotnim Konvenciji na osnovi članka 14., samostalno, a da prije toga nije uvijek prvo sebe uvjerio u postojanje i primjenu nekog drugog članka koji propisno daje prava za koja se navodi da su pružena na diskriminiran način. Predmet The National Union of Belgian Police (v. fusnotu 11. iznad) je mogući primjer ovoga. Inače, može se doći u iskušenje da se suviše spremno dode do nužnog zaključka i to iz razloga da se utre put za primjenu članka 14. "u kombinaciji" s tom drugom odredbom (za koju se pretpostavlja da je primjenjiva).

25. Ponavljam, stoga, da ukoliko ova prava, čije je kršenje predmet predstavke ovdje, nisu prava koja su uvrštena u "prava zajamčena Konvencijom", kako je to predviđeno člankom 14, ovaj članak nema pravo polje primjene i, čak i ako postoji diskriminacija, ne može doći u obzir. Članak 14. ne zabranjuje diskriminaciju kao takav, ili u apsolutnom smislu, čak i ondje gdje bi se to željelo, već je zabranjuje samo "u uživanju" određenih prava, onih koja su predviđena Konvencijom. Presuda zaista ovo i priznaje ondje kaže (stavak 32) da "članak 14. štiti pojedince...od bilo koje diskriminacije u uživanju prava i sloboda predviđenih....u drugim odredbama" (Konvencije). Ali, na žalost, Sud dolazi do zaključka da su takve druge odredbe primjenjive u ovom predmetu na osnovama koje ja smatram potpuno nedovoljnim.

26. Na ovaj način, i imajući u vidu moje stajalište da su odredbe Konvencije i Protokola br. 1 na koje se pozivaju podnositeljice predstavke lišene bilo kakve primjenjivosti (važnosti) u ovim specifičnim žalbama, moram zaključiti da je i članak 14. neprimjenjiv – "u svezi" s tim drugim odredbama, nema ni jedne s kojom se ovaj članak može kombinirati kako bi bio primjenjiv.

## V. Krivica belgijskog zakona: “*in abstracto*” pitanje: pitanje “stupnja slobodne procjene”

27. U svjetlu (po meni) totalne neprimjenjivosti odredaba na koje su se pozvalе podnositeljice predstavki na one vrste žalbi koje su uputili protiv odgovorne Vlade, bilo bi beskorisno i, u stvari, neprikladno da razmatram je li, da su ove odredbe bile relevantne, na osnovi činjenica i iznesene pravne osnove prekršena Konvencija. Usprkos tome, želim reći nešto više generalnog karaktera što uključuje odredena važna pitanja načela na osnovi kojih se moj stav u određenoj mjeri razlikuje od stava Suda.

28. U osnovi presuda Suda predstavlja denuncijaciju određenog dijela belgijskog zakona kao takvog, i *in abstracto*, jer taj zakon ne daje prirodnom djetetu građanski status djeteta svoje majke od trenutka i same činjenice rođenja bez neophodnosti nekog konkretnog koraka na strani majke ili staratelja kako bi do toga došlo. Iako, generalno govoreći, nije legitimna funkcija Suda da inkriminira zakone zemalja članica samo zato jer se teško uskladjuju s Konvencijom, ili mogu dovesti do njenog kršenja – (tako da je uobičajeno da samo specifičan korak u okviru ili zbog zakona koji dovodi do kršenja, a ne sam zakon, može biti pravilno pobijan) – iako prihvaćam da tamo gdje zakon, djelujući direktno, dovodi, *ex opere operato*, do kršenja (ukoliko postoji), može biti pobijan, čak i ako ne postoji neka određena radnja ili propust na strani vlasti ili u svezi s koracima koji su poduzeti u skladu sa zakonom: sam zakon će biti taj koji, samim svojim postojanjem, predstavlja tu radnju odnosno propust.

29. Upravo opisana situacija je evidentno ta koja bi vladala u ovom slučaju da su članovi Konvencije i Protokola br. 1 na koje se pozvalo bili primjenjivi. Relevantni dio belgijskog zakona, samim svojim postojanjem, sprječava nastajanje odnosa majka-dijete u pravnom smislu (naravno, tu je krvna veza) – kao rezultat rođenja *per se*, i zahtijeva određene konkretnе korake koje mora poduzeti majka ili staratelji u ime djeteta kako bi se to izvelo. Kao što sam već potpuno objasnio, smatram da ovim nije došlo do bilo kakvog kršenja Konvencije jer mislim da ove stvari nisu stvari obiteljskog života već uspostavljanja srodstva i građanskog statusa s kojim se Konvencija ne bavi. Međutim, čak i da ovo nije bilo moje mišljenje, i da sam se suglasio sa stavom koji je zauzet u presudi, i dalje bih čvrsto osjećao da belgijska vlada nije trebala biti osuđena za djelovanje zakona koji, dok ga neki mogu smatrati manjkavim ili nepravednim, u stvari ima (kao što se to jasno pokazalo tijekom postupka) mnogo toga na što se može pozvati u njegovu korist, i što u svakom slučaju odgovara stupnju slobode procjene ili diskrecije koji bilo kojoj vradi, ponašajući se bona fide, treba dati. Ne vidim kako se može tražiti od država da imaju jednake zakone ove vrste. Mislim da je pretjerano reći, kao što je to podržavano u ime podnositeljica predstavke, da su stari oblici obiteljskih odnosa, i naročito stare razlike između zakonite i nezakonite djece, u procesu izumiranja. Ali, u svakom slučaju se mora dozvoliti državama da mijenjaju svoje stavove kada to njima odgovara, na njihov način i razumnim sredstvima – državama se mora dati određena sloboda.

30. Belgijski zakon nije nerazuman: on pruža majci priliku da promijeni položaj formalnim aktom priznanja djeteta. Ili ovo može biti učinjeno u ime djeteta u okviru belgijskog sustava

starateljstva. Priznanje je jestin, uobičajen i jednostavan postupak i belgijske vlasti imaju ono što ja smatram savršeno razumnim osnovama za traženje ove formalnosti. Moraju se uzeti u obzir interesi majke kao i interesi djeteta. Kao što sam istakao tijekom analize nekih pitanja koje sam postavio na raspravi, postoje situacije gdje je krajnje nečasno opteretiti majku posljedicama rođenja njenog djeteta. Je li ispravno i razumno ne dati majci pravo izbora u zakonu ni pod kojim uvjetima? Na primjer, što je sa ženom koja dobije dijete protiv svoje volje? Čini se potpuno razumnim da se zakonom predviđi da će majka imati opciju i da će tamo gdje majka iz bilo kojih razloga odbija prihvatići svoje odgovornosti, vlasti preuzeti iste za nju. Odgovor da se rođenje neželjenog djeteta može desiti i u braku je neosporno. Neželjena i slučajno začeta djeca su uobičajeni rizik braka i cijeli slučaj je potpuno drugačiji.

31. Po mom mišljenju, prilično je pogrešna primjena Konvencije – zapravo zlouporaba ovlasti koja je dana Sudu u svezi s tim – smatrati Vladu, izvršne ili sudske vlasti države, krivim za kršenje Konvencije isključivo zbog postojanja, ili primjene zakona koji nije sam po sebi nerazuman ili očigledno nepravedan, i koji čak u određenom pogledu može biti predočen kao poželjan. To da mogu postojati osnove za neslaganje sa zakonom ili odbojnost prema njemu ili njegovim posljedicama u danim okolnostima pravno ne predstavlja opravданje. Ni od jedne vlade ili vlasti se ne može očekivati da funkcionira u ludačkoj košulji ove vrste i bez privilegija prava diskrecijskog funkcioniranja u održivim granicama. Isto tako bi trebalo smatrati da postoje kršenja Konvencije samo ondje gdje su ona jasna, a ne gdje ona mogu biti ustanovljena jedino složenim i zamršenim argumenima, u najboljem slučaju vrlo kontroverznim – koji mogu biti pogrešni koliko i ispravni.

### POST SCRIPTUM<sup>11</sup>

#### Pitanje tko je "žrtva" prema članku 25. Konvencije

- (1) Prije nego ijedan predmet može doći pred Sud, mora biti pred Komisijom za ljudska prava i po članku 25. Konvencije Komisija može samo primiti (prihvatići) predstavku od strane pojedinca, tijela, ili grupe "koja tvrdi da je žrtva povrede" Konvencije od strane jedne od država potpisnica Konvencije. Ovo bi se moglo smatrati preliminarnim pitanjem koje se tiče same Komisije; ali Sud ovo tretira kao kvazi-bitno pitanje koje mora biti ustanovljeno i na zadovoljstvo Suda. Također se može smatrati da toliko dugo koliko podnositelj predstavke u predmetu pravilno "tvrdi" da je žrtva navodne povrede, zahtjev je zadovoljen. Ali s obzirom da, *ex hypothesi*, podnositelj predstavke to i čini, ovo bi otklonilo svaki sadržaj iz ovog zahtjeva.
- (2) Ovaj bi predmet bio, očigledno, različit da je žalitelj pretrpio neku konkretnu ili drugu vrstu (na primjer, moralnu) štete koja bi mu dala pravo da traži kompenzaciju ili drugu odgovarajuću naknadu po članku 50. Konvencije. Može doći do slučajeva gdje on nije, ali gdje je usprkos tome prekršena Konvencija gdje je on bio objekt, ili koja je pogodila njega ili njegove interese. Zahtjev o kojem se govori, smatran preliminarnim pitanjem, bilo pitanjem prihvatljivosti ili kvazi-bitnim pitanjem, mora

<sup>11</sup> vidi članak 34 u tekstu Konvencije kako je izmijenjena Protokolom br. 11

shodno tome značiti da žalba neće biti čisto teoretska ili hipotetična, već da bi, ukoliko se ustanovi navodna povreda, žalitelj bio jedan od objekata pravde, ili da bi bio pogoden on ili njegovi interesi.

- (3) Ali, po mom mišljenju, također je nužno da žalitelj, ili njegovi interesi ne budu pogodeni na potpuno formalan, nominalan ili banalan način. Iz ovog razloga sam u ovom predmetu glasovao protiv zaključka Suda da je podnositelj predstavke bio "žrtva" u smislu članka 25. Majka je, četrnaest dana po rođenju svoga djeteta pokrenula postupak zakonitog priznanja i to je obavljen. Kasnije je ona obavila zakonito usvojenje svoga djeteta, stavljajući ga tako u isti položaj koji ima zakonito dijete izuzev, kao što se čini, u pogledu naslijednih prava na imovinu majčinih srodnika – nedostatak koji bi se lako mogao nadomjestiti putem testamenta. Da nije došlo do ovih radnji priznanja ili usvojenja ili da su spriječene smrću ili na neki drugi način, podnositeljice predstavke, jedna ili druga, bi bile "žrtve" povrede primjenjive odredbe Konvencije ili Protokola koja je mogla biti ustanovljena. Ali ove radnje su provedene i puka činjenica da one hipotetički to možda nisu mogle uraditi izgleda ne čini podnositeljice predstavke "žrtvama" u svezi s onim što se nikada nije desilo ili što je moglo dati slabe rezultate – bar u dovoljno važnom smislu da bi se smatralo kako one ispunjavaju ovaj uvjet koji se zahtijeva člankom 25. Konvencije.

### DJELOMIČNO OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJE BINDSCHEDLER-ROBERT

Moje mišljenje se razlikuje od mišljenja Suda u dvije točke: kao prvo, smatram da u pogledu uspostavljanja majčinskog srodstva sa Alexandrom Marckx, nije prekršen članak 8., kako samostalno tako ni u svezi sa člankom 14. u pogledu Paule Marckx i, drugo, da članak 1. Protokola br. 1. nije na ovom polju primjenjiv tako da, suprotno zaključku Suda, nije bilo mogućnosti povrede ovog članka, čak ni u svezi sa člankom 14.

Generalno govoreći, dijelim stajalište ispoljeno od strane mog kolege g. Matscher-a u pogledu obujma članka 8. u stvarima uspostavljanja srodstva i u pogledu primjenjivosti članka 1. Protokola br. 1; u toj mjeri se slažem s razmatranjima koja se pojavljuju u njegovom odvojenom mišljenju. Međutim, neslažem se s njim u pogledu ocjene položaja djeteta Alexandre Marckx u svezi s uspostavljanjem srodstva i u pogledu članka 8. samostalno, i članka 14. u svezi sa člankom 8. Glasovao sam kao većina o ove dvije točke. U stvari, smatram da su majka i dijete u vrlo različitim položajima.

Prvo, što se tiče članka 8, smatram da, iako je jednostavno za majku, sa stajališta potrebnih formalnosti, da prizna svoje dijete, i da to učini od momenta rođenja, i premda kao posljedica nema stvarne smetnje ili zakonske prepreke u njenom uspostavljanju veze usvojenjem sa svojim djetetom, takva smetnja ili prepreka su u dilemi s kojom se majka susreće zbog ograničenja naslijednih prava koje za sobom povlači priznanje i koja su nastala s obzirom na nepostojanje koordinacije u pravnim odredbama, a ne zbog intencije

zakonodavstva da obeshrabri priznanje "nezakonitog" djeteta od njegove majke. Dijete je, sa druge strane, potpuno ovisno u pogledu njegovog statusa o želji treće osobe: odluke njegove majke da ga prizna ili ne, ili moguće odluke njegovog staratelja koja, manje-više, podrazumijeva pristanak obiteljskog vijeća da pokrene postupak uspostavljanja majčinskog srodstva. Zbog ove nesigurnosti se ne može reći da dijete rođeno izvan braka, u pogledu obiteljskog života, uživa zaštitu kakva je predviđena člankom 8. U predmetu koji se nalazi pred nama ovo nisu puka teoretska razmatranja s obzirom da, u prvih trinaest dana svog života, dijete Alexandra nije imala zakonitu vezu srodstva sa svojom majkom i bila je izložena rizicima koji prate takav položaj. To da se ovo desilo zbog propusta majke nije ovdje od važnosti. Shodno tome se moglo priznati da je, barem u odnosu na to razdoblje, dijete bilo žrtva povrede članka 8., čak i ako ono u stvari nije pretrpjelo štetu.

Po pitanju diskriminacije u uspostavljanju srodstva zauzimam stav da se i ovdje mora povući razlika između majke i djeteta. Dok se ne može smatrati da su odredene razlike u pravnom tretmanu između udane i neudane majke u potpunosti bez osnove u odnosu na majku, situacija mi se čini drugačijom kada se gleda sa stajališta poštivanja obiteljskog života **djeteta** i zahtjeva koji iz toga proizilaze; smatram da razlike koje leže u činjenici da jedino djeca rođena izvan braka moraju biti formalno priznata od strane svoje majke – ili da njihov odnos mora odrediti sud – za uspostavljanje zakonske veze srodstva sa svojom majkom, nema objektivno opravdanje s obzirom da, što se tiče djece, nema razloga da budu tretirana drugačije u ovoj oblasti prema tome jesu li rođena u braku ili izvan braka. Dijete Alexandra je zato bilo žrtva diskriminacije koju zabranjuje Konvencija, čak iako majka to nije bila.

Na kraju bih spomenuo to da, iako u zakonu treba uzeti u obzir razlike u položaju majke i djeteta, popravljanje položaja će nužno podrazumijevati rješenja koja će biti jednakoprimenjiva na majku i dijete; praktične posljedice povučene razlike se, dakle, pokazuju veoma relativnim ako ne i nepostojecim.

## DJELOMIČNO OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJE MATSCHER

### I. Obujam članka 8, samostalno, i članka 14. u svezi sa člankom 8, u pogledu uspostavljanja majčinskog srodstva

U potpunosti se slažem s načelom koje sadrži obrazloženje na kojem se zasniva presuda Suda: "poštivanje obiteljskog života" zajamčeno člankom 8. stavkom 1. Konvencije nije ograničeno na dužnost države da se uzdrži od određenih miješanja javnih vlasti koje bi mogle predstavljati smetnju u razvoju onoga što smatramo da pripada "obiteljskom životu"; on također podrazumijeva da država ima obvezu da u svom domaćem zakonodavnom sustavu predviđi odredbe koje će onima na koje se odnose dozvoliti da vode normalan obiteljski život.

Svakako se može smatrati kao općeprihvaćeno da implementacija mnogih osnovnih prava – i naročito obiteljskih prava – traži pozitivno djelovanje države u obliku ozakonjenja samostalnih, organizacijskih i proceduralnih odredbi koje su neophodne za ovu svrhu.

Sa druge strane se također mora istaknuti da je ova pozitivna obveza koja proizilazi iz članka 8. Konvencije, ograničena na ono što je potrebno za stvaranje i razvoj obiteljskog života u skladu s idejama koje imaju suvremena europska društva o ovom konceptu. Štoviše, države uživaju određeno pravo diskrecije u pogledu sredstava koje predlažu za ispunjavanje ovih obveza. Ni u kom slučaju članak 8. ne nameće državama ugovornicama obvezu da usvoje obiteljski zakon koji sadrži pravila koja idu iznad ovog zahtjeva.

Upravo tako u određivanju opsega dužnosti koje proizilaze iz članka 8. ili, što je ista stvar, u procjeni što je potrebno za postojanje obiteljskog života u smislu Konvencije ili što bi moglo predstavljati smetnju u njegovom stvaranju i razvoju, ja se ne mogu, na moje veliko žaljenje, složiti s obrazloženjem većine u Sudu; ovo me nužno vodi i do različitog zaključka u ovom predmetu.

I. Poštivanje obiteljskog života po članku 8. Konvencije kao pozitivna obveza koja veže države ugovornice u smislu koji smo upravo naveli ne zahtijeva da se mora regulirati zakonska veza srodstva na neki poseban način. S ovim u svezi jedina obveza koja se može izvesti iz članka 8. je da bi domaći zakon trebao propisati odredbe koje dozvoljavaju uspostavljanje zakonite veze pod uvjetima koji su razumni i koji su jednostavno dostupni onima na koje se odnose.

Proizilazi da one države koje, kao Belgija, reguliraju građanski status na takav način da uspostavljanje majčinskog srodstva s "nezakonitim" djetetom ne slijedi od samog upisa rođenja u matičnom uredu već se pored toga zahtijeva i izjava majke o priznanju ovog usvojenja, ne dovode zbog toga do povrede članka 8. stavka 1. Konvencije.

Naravno, ja osobno ne vidim potrebu za ovom dvostrukom formalnošću (upis u matične knjige i priznanje usvojenja) i smatram da su argumenti koje stavlja odgovorna vlada kao potporu tome (zaštita majke i djeteta) jedva uvjerljivi. Po mom mišljenju, međutim, neugodnost ove formalnosti je tako mala – naročito s obzirom da izjava o priznanju majke može biti upisana u sam rodni list – tako da nitko to ne može smatrati znatnim problemom za one na koje se odnosi ili za miješanjem usmjerenim da spriječi "razvoj obiteljskog odnosa".

Prihvaćam da se ovo obrazloženje primjenjuje prije svega na neudanu majku i da, što se djeteta tiče, jedina metoda uspostavljanja njenog usvojenja koje joj u belgijskom zakonu stoji na raspolaganju, propustom dobrovoljnog priznanja svoje majke, jeste da pokrene zakonski postupak. Međutim, ovaj problem se nije pojavio u konkretnom slučaju s obzirom da je majka dobrovoljno priznala svoje dijete četrnaest dana po njenom rođenju, što rezultira time da zbog toga dijete ne može biti smatrano žrtvom. Ova hipoteza može, shodno tome, biti zanemarena osim ako netko želi donijeti presudu o belgijskom zakonu *in abstracto*, smjer koji je Sud prilično ispravno isključio (v. stavke 26. i 27. ove presude).

Štoviše, obrazloženje presude ne sadrži ništa što bi moglo biti prihvaćeno kao uvjerljiv dokaz da belgijski sustav, u pogledu uspostavljanja majčinskog srodstva s "nezakonitom"

djecem, ima štetne posljedice po stvaranje i razvoj obiteljskog života između majke i njenog djeteta rođenog izvan braka.

Shodno ovome ne mogu ustanoviti povredu članka 8. samostalno.

2. Istina je da belgijski zakon samo zahtijeva da majka prizna srodstvo u slučaju rođenja djeteta izvan braka. Ovo nedvosmisleno predstavlja različit tretman u odnosu na zakonitu djecu.

Međutim, čak i ako netko nepokolebljivo podržava teoriju autonomnosti članka 14. (v. stavak 32. ove presude), kako bi ustanovio diskriminaciju u smislu značenja ove odredbe, nejednak tretman mora biti takav da može biti smatrani znatnim miješanjem u uživanje osnovnih prava priznatih Konvencijom. Premda ne vjerujem da se razlika u tretmanu vezano za osnovna prava, čak iako po našem mišljenju nema objektivno i razumno opravdanje (što se po nama ne čini potrebnim), u stvari miješa u prava koja Konvencija ima namjeru štititi, ipak predstavlja, sama po sebi, diskriminaciju u smislu članka 14.

Kao što sam gore naveo, zahtjev priznanja srodstva, koje se može obaviti u obliku jednostavne izjave koja prati upis u matičnu knjigu rođenih, ne dovodi do znatnog problema i nije ni na koji način ponižavajuća za one na koje se odnosi.

Slijedi da u ovom predmetu također nije povrijeden ni članak 14. u svezi sa člankom 8. Konvencije.

## **II. Opseg članka 8. Konvencije i članka 1. Protokola br. 1, samostalno,**

**i članka 14. Konvencije u svezi sa člankom 8. i člankom 1.**

**Protokola br. 1 u svezi sa određenim naslijednim pravima**

Čini mi se da nema sumnje da su odredbe o dobrovoljnem raspolaganju i nasljedivanju između bliskih srodnika važan aspekt obiteljskog života u smislu članka 8. Sa druge strane bi bilo teško smatrati da poštivanje obiteljskog života zahtijeva da ova pravila trebaju biti tako organizirana da osobama na koje se odnose ostave neograničenu slobodu u raspolaganju svojom imovinom. U stvari su u svim državama ugovornicama ove stvari podvrgnute ograničenjima koja su u nekim slučajevima značajna.

Međutim, nametanje osobitih ograničenja u odnosu na djecu rođenu izvan braka predstavlja, u nedostatku objektivnog i razumnog opravdanja, diskriminaciju u smislu značenja članka 14. u svezi sa člankom 8. Konvencije. Po ovom pitanju u potpunosti odobravam obrazloženje Suda i slažem se sa zaključcima u ovom predmetu.

Sa druge strane, imam sumnje u svezi s pitanjem jesu li pravila o dobrovoljnem raspolaganju i nasljedivanju između srodnika, odnosno sloboda raspolaganja imovinom *inter vivos* ili *mortis causa*, također obuhvaćena pravom na mirno uživanje posjeda u smislu značenja članka 1. Protokola br. 1.

Sklon sam zaključku da ova odredba ima potpuno drugi cilj (zaštita imovinskih prava protiv miješanja javnih vlasti, oblika eksproprijacije ili druge vrste ograničenja u rabljenju imovine sličnog učinka). Štoviše- i suprotno mišljenje koje je izraženo u ovoj stvari u razlozima navedenim u presudi (v. stavak 63)- pripremni radovi na članku 1. Protokola br. 1, iako ne vrlo eksplicitno s ovim u svezi, čini se također potvrđuje ovo mišljenje.

Slijedi da članak 1. nije primjenjiv, te također u ovom predmetu ne može biti govora o povredi članka 14. u svezi sa člankom 1. Protokola br. 1.

Štoviše, kada se ustanovi primjenjivost članka 8. Konvencije i povreda članka 14. u svezi sa člankom 8, ne vidim nikakvu korist u ustanovljavanju mogu li odredbe belgijskog zakona, koje su predmet žalbe, biti cijenjene i u okviru članka 1. Protokola br. 1; ovo naročito s obzirom da se čini da i same podnositeljice predstavke razmatraju ovu poziciju prvenstveno sa stajališta obiteljskog života i osjećaju se oštećenim smetnjama koje ove odredbe belgijskog zakona donose za njegov normalan razvoj.

### **DJELOMIČNO OPREČNO MIŠLJENJE SUDIJE PINHEIRO FARINHA**

Ne slažem se s mišljenjem većine o važnim točkama i osjećam da je potrebno da izrazim odvojeno mišljenje.

I. Smatram nemogućim da slijedim moje cijenjene kolege kada kažu da nasljedna prava između bliskih srodnika spadaju u okvir članka 8. Konvencije (v. stavke 52-56)

Po mom mišljenju, nema govora o primjenjivosti ovog članka osim u odnosu na nužne dijelove imovine (réserves héréditaire).

Istina je da se ne može govoriti o nužnim dijelovima “heredes sui” (nasljednici de cujus) kao što je to u slučaju nasljeđivanja kod starih Rimljana, s obzirom da im, u svjetlu same svrhe ove institucije, imovina praktično govoreći već pripada.

Nisam previdio (Inocencio Galvao Telles, Zakon o nasljeđivanju, str. 95. et seq.) da, kao i svaki drugi potencijalni nasljednik, osoba koja ima pravo na nužni dio ima samo neizvjesno i buduće pravo tijekom života de cuius (osobe koja ostavlja), ali čak i tako ona uživa posebnu zaštitu.

Nužni dio – od kojeg imaju korist samo srodnici – predstavlja, dakle, oblik obiteljske zaštite koja proistječe iz moralne i društvene obveze koja postoji između osoba koje su vezane obiteljskim vezama; ovo ne može biti isključeno od strane de cuius-a (osobe koja ostavlja).

Na ovaj način, nema poteškoća u zaključivanju da “nužni dio” ulazi u okvir obiteljskog života, kao što može biti shvaćeno prema članku 8. i 14. Europske Konvencije o ljudskim pravima.

2. Nasljedivanje, bilo zakonito ili testamentarno, i s obzirom na to razmatra li se slučaj zakonitih ili izvanrednih nasljednika (*successeurs irréguliers*), po mom mišljenju, ne uživa zaštitu Konvencije.

U slučaju testamentarnog nasljedivanja nasljednike određuje ostavitelj koji nije vezan ni sa kakvim zakonskim obvezama. (Isto se odnosi i na ugovorno nasljedivanje.)

Testamentarno nasljedivanje, bez obzira na “*Nullum Testamentum*” o kojem govori Tacitus u svojoj “*Germania*” je, može se reći, univerzalno priznato od Zakona XXII. tablice. Ono ovisi od radnje koja leži na slobodnoj ocjeni ostavitelja i nema ništa sa zaštitom obitelji. U velikom broju slučajeva najbliži srodnici mogu biti izostavljeni iz testamena.

Zakonsko nasljedivanje, gdje je redoslijed onih koji imaju pravo na nasljedni dio propisan zakonom, odredbama predviđa da imovina u slučaju nepostojanja testimenta prelazi na osobe koje su u srodstvu sa ostaviteljem, ili samu državu. Uključenje države u krug onih koji po zakonu imaju pravo znači da zakonito nasljedivanje nije obuhvaćeno samo razmatranjima o zaštiti obitelji.

Proces nasljedivanja (v. Inocencio Galvao Telles, Zakon o nasljedivanju, str. 13.) se koncentriра prvenstveno na nasljedne aspekte. Govori o tome što se dešava s imovinom pokojnika, njegovim aktivom i dugovima. Ovakva je situacija u današnjem vremenu i proizilazi iz vrlo starih pravila koja su postepeno dobivala veću jasnoću tijekom stoljeća. Različite koncepcije su preovladavale samo u vrlo dalekim vremenima.”

Smrt je središte zakona o nasljedivanju jer je to redovit povod prijelaza imovine.

Shodno tome, tek poslije smrti ostavitelja dolazi do nasljedivanja i tada se pojavljuju nasljednici. Dakle, smrt stavlja točku na obiteljski život, i, s izuzetkom nužnog dijela, nasljedna prava su, po mom mišljenju, izvan okvira članka 8. (samostalno ili u svezi sa člankom 14.) Europske Konvencije o ljudskim pravima.

3. Usprkos onome što sam gore rekao podržavam mišljenje većine da je prekršen članak 14. Konvencije u svezi sa člankom 8. u svezi s Alexandrom i Paulom Marckx, ali samo u odnosu na odredbe belgijskog zakona koje se tiču nužnog dijela, dobrovoljnog raspolažanja i obveze izdržavanja bliskih srodnika neudane majke prema njenom djetetu.

4. Veoma žalim što ne mogu dijeliti mišljenje većine mojih cijenjenih kolega koje je izraženo na sljedeći način (v. stavak 58):

“Imajući u vidu sve ove okolnosti, načelo pravne sigurnosti, koje je nužno obuhvaćeno odredbama Konvencije kao i u Zakonu zajednice, oslobađa belgijsku državu od ponovnog otvaranja pravnih radnji ili situacija koje su se desile prije donošenja ove presude.”

Funkcija Europskog Suda za ljudska prava je da osigura nadgledanje obveza preuzetih od strane Visokih strana ugovornica Konvencije, tumačenjem Konvencije i navođenjem prava koja proistječu iz iste.

Sud nema nadležnost da preformulira Konvenciju već da je primjenjuje. Samo visoke strane ugovornice mogu mijenjati sadržaj preuzetih obveza.

Shodno tome, smatram da nije na Sudu da izrazi mišljenje o primjenjivosti zakona na druge predmete osim na konkretni slučaj o kojem donosi odluku.

Takozvano izvršenje presude leži izvan sudske nadležnosti; po članku 54. Konvencije, "presuda Suda će biti proslijedena Vijeću ministara koje će nadgledati njen izvršenje".

Prvenstveno je ne belgijskim sudovima da odluče o pitanjima koja pokreće domaće zakonodavstvo o prošlim, sadašnjim i budućim činjenicama. Oni su ti koji, kada je to potrebno, moraju primijeniti pravilo res judicata, ograničenja i drugo u cilju osiguranja stabilnosti postojećih situacija.

5. Što se tiče povrede članka 1. Protokola br. 1, samostalno i u svezi sa člankom 14. Konvencije, slažem se s mišljenjem koje je dao moj uvaženi kolega, sudsija Matscher.

**KLJUČNI POJMOVI:** Poštivanje obiteljskog života / Sklapanje braka / Diskriminacija Imovina / Biti žrtva / Ponižavajući tretman ili kazna / Pravedna naknada