



УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

мр Вељко Влашковић

НАЧЕЛО НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА
ДЕТЕТА У ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Крагујевац, 2014. године

I. Аутор
Име и презиме: мр Вељко Влашковић
Датум и место рођења: 05. фебруар 1976. године, Савски Венац, Београд
Садашње запослење: асистент на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу
II. Докторска дисертација
Наслов: Начело "најбољег интереса детета" у породичном праву
Број страница: 434
Број слика: /
Број библиографских података: 269
Установа и место где је рад израђен: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац
Научна област (УДК): 347. 61 - 053. 2.
Ментор: др Зоран Поњавић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
III. Оцена и одбрана
Датум пријаве теме: 08. март 2011. године.
Број одлуке и датум прихватања докторске дисертације: 1719/10 од 11. јула 2011. године.
Комисија за оцену подобности теме и кандидата: проф. др Зоран Поњавић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу; проф. др Марина Јањић - Комар, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду; проф. др Гордана Ковачек - Станић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду.
Комисија за оцену докторске дисертације: проф. др Зоран Поњавић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу; проф. др Марина Јањић - Комар, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду; проф. др Гордана Ковачек - Станић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду.
Комисија за одбрану докторске дисертације: проф. др Зоран Поњавић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу; проф. др Марина Јањић - Комар, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду; проф. др Гордана Ковачек - Станић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду.
Датум одбране дисертације: 22. децембар 2014. године.

САДРЖАЈ

УВОД.....	1
-----------	---

ГЛАВА ПРВА

ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНОГ СТАНДАРДА

"НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"	7
1. "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА" КАО МАГИЧНА ФОРМУЛА.....	7
2. ДЕФИНИСАЊЕ "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"	11
2.1. Могућност дефинисања "најбољег интереса детета".....	11
2.2. Концептуални аспект "најбољег интереса детета"	13
2.2.1. Осврт на однос између правних принципа и правних правила у контексту идеје "најбољег интереса детета"	13
2.2.2. "Најбољи интерес детета" као правни принцип	18
2.2.2.1. "Најбољи интерес детета" као општи и посебан принцип	18
2.2.2.2. Однос између принципа "најбољег интереса детета" и принципа посебне заштите деце	21
2.2.2.3. Функције принципа "најбољег интереса детета"	23
2.2.3. "Најбољи интерес детета" као правно правило	27
2.2.3.1. Случајеви у којима се "најбољи интерес детета" исказује као правно правило.....	27
2.2.3.2. "Најбољи интерес детета" као правно правило које представља изузетак.....	28
2.2.3.3. Структура правног правила које садржи "најбољи интерес детета"	30
2.2.4. "Најбољи интерес детета" као посебно право детета.....	34
2.2.4.1. Појам и правна природа "најбољег интереса детета" као посебног права детета.....	34
2.2.4.2. Потреба за исказивањем "најбољег интереса детета" кроз посебно право детета	37
2.3. Квантитативни аспект "најбољег интереса детета".....	43
2.3.1. Круг лица која су у обавези поштовати "најбољи интерес детета"	43
2.3.2. Правни односи које обухвата "најбољи интерес детета"	47

2.3.3. Домашај правног принципа "најбољег интереса детета"	53
2.3.3.1. Опште напомене о одређивању домаћаја "најбољег интереса детета"	53
2.3.3.2. "Најбољи интерес детета" као принцип првенственог" и "врхунског" значаја	54
2.4. Квалитативни аспект "најбољег интереса детета"	61
2.4.1. Приступ проблему садржине "најбољег интереса детета"	61
2.4.2. Критички приступ и алтернативе "најбољем интересу детета"	63
2.4.2.1. "Најбољи интерес детета" као димна завеса.....	63
2.4.2.2. Принцип првенственог старања као алтернатива "најбољем интересу детета".....	66
2.4.3. Позитиван приступ проблему садржине "најбољег интереса детета"	70
2.4.3.1. Утврђивање правних претпоставки које би важиле у корист "најбољег интереса детета".....	70
2.4.3.2. Усаглашавање концепта "најбољег интереса детета" са правом на породични живот чланова породице	76
2.4.3.3. Исказивање "најбољег интереса детета" кроз садржински уже правне концепте.....	84
2.4.4. Елементи за одређивање садржине "најбољег интереса детета"	94
2.4.4.1. Утврђивање листе елемената за процену "најбољег интереса детета"	94
2.4.4.2. Спољни чиниоци који обликују садржину "најбољег интереса детета".....	96
2.4.4.3. Унутрашњи чиниоци који обликују садржину "најбољег интереса детета".....	102
2.4.4.4. Однос између елемената за процену "најбољег интереса детета".....	106
3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА О ПОЈМУ "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"	119

ГЛАВА ДРУГА

ПОРЕКЛО И РАЗВОЈ ИДЕЈЕ

О "НАЈБОЉЕМ ИНТЕРЕСУ ДЕТЕТА"	121
1. ОПШТИ ПОГЛЕД НА СХВАТАЊЕ ДЕТИЊСТВА КРОЗ ИСТОРИЈУ	121
2. НАСТАНАК И ЕВОЛУЦИЈА ПРАВНОГ КОНЦЕПТА "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"	134

ГЛАВА ТРЕЋА

"НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"

КАО МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СТАНДАРД..... 148

1. КОНВЕНЦИЈА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА
О ПРАВИМА ДЕТЕТА 148
 - 1.1. Увод у доношење Конвенције 148
 - 1.2. Усвајање Конвенције и њене последице 151
 - 1.3. Комитет за права детета 156
 - 1.3.1. Појам, састав и карактер Комитета за права детета 156
 - 1.3.2. Активности Комитета на пољу "најбољег интереса детета" 159
2. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА
И ОСНОВНИХ СЛОБОДА И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА" ... 168
 - 2.1. Однос Конвенција о правима детета и Европске Конвенције
за заштиту људских права и основних слобода 168
 - 2.2. Право детета на поштовање приватног и породичног живота
и "најбољи интерес детета" 172
3. ПОВЕЉА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ОСНОВНИМ ПРАВИМА
И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА" 175
4. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ
АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ
И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА" 178
5. НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА КАО ПРИНЦИП КОМИСИЈЕ
ЗА ЕВРОПСКО ПОРОДИЧНО ПРАВО 181

ГЛАВА ЧЕТВРТА

ПРИНЦИП "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

И ПРАВА ДЕЦЕ..... 185

1. ПОЈАМ И ВРСТЕ ПРАВА ДЕЦЕ 185
2. "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА КАО КРИТЕРИЈУМ ЗА ПРОЦЕНУ
ПРАВА ДЕЦЕ 193
 - 2.1. "Најбољи интерес детета" и право детета на живот,
опстанак и развој 193
 - 2.2. "Најбољи интерес детета" и право детета да зна своје порекло
као израз права детета на развој 202

2.2.1. Опште напомене о праву детета да зна своје порекло	202
2.2.2. "Најбољи интерес детета" у светлу права на сазнање порекла детета зачетог и рођеног природним путем.....	205
2.2.2.1. "Најбољи интерес детета" као мера правне вредности биолошког порекла детета	205
2.2.2.2. "Најбољи интерес детета" у контексту правила о утврђивању и оспоравању материнства	207
2.2.2.3. "Најбољи интерес детета" у контексту правила о утврђивању и оспоравању очинства	214
2.2.2.4. "Најбољи интерес детета" у контексту правила о поништењу изјаве о признању, односно изјаве о сагласности са признањем очинства.....	228
2.2.3. "Најбољи интерес детета" у светлу права на сазнање порекла усвојеног детета.....	235
2.2.4. "Најбољи интерес детета" у светлу права на сазнање порекла детета зачетог поступком биомедицински потпомогнутог оплођења	237
2.3. "Најбољи интерес детета" и право детета на мишљење	243
2.4. "Најбољи интерес детета" и право детета на слободу вероисповести као израз права детета на мишљење	255
2.5. "Најбољи интерес детета" и право детета на заштиту од дискриминације.....	264
2.6. "Најбољи интерес детета" и право детета на заштиту од било каквог облика телесног кажњавања као израз принципа недискриминације детета	270

ГЛАВА ПЕТА

ПРИНЦИП "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

У ОДНОСИМА ИЗМЕЂУ РОДИТЕЉА И ДЕЦЕ

1. РОДИТЕЉСКО ПРАВО У СЕНЦИ КОНЦЕПТА

"НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

2. ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА У КОНТЕКСТУ

"НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

2.1. Заједничко вршење родитељског права

као израз принципа "најбољег интереса детета"

2.1.1. Појам, садржина и успостављање

заједничког вршења родитељског права.....

2.1.2. Заједничко вршење родитељског права након развода брака, односно раскида ванбрачне заједнице родитеља детета	294
2.2. Самостално вршење родитељског права у контексту "најбољег интереса детета"	301
2.2.1. Појам, садржина и успостављање самосталног вршења родитељског права	301
2.2.2. Право родитеља који не врши родитељско право да одлучује о "питањима која битно утичу на живот детета"	305
2.2.2.1. Појам и одређивање "питања која битно утичу на живот детета"	305
2.2.2.2. Несогласност родитеља о "питањима која битно утичу на живот детета"	307
2.2.3. Право родитеља који не врши родитељско право да одржава личне односе са дететом	313
2.2.3.1. Појам, садржина и успостављање права родитеља који не врши родитељско право да одржава личне односе са дететом	313
2.2.3.2. Ограничење права родитеља који не врши родитељско право да одржава личне односе са дететом	322
2.2.4. Неке специфичности имовинскоправног положаја родитеља који не врши родитељско право	331
2.2.4.1. Обавеза издржавања као израз принципа "најбољег интереса детета"	331
2.2.4.2. Право детета на становање као израз "најбољег интереса детета"	334
3. ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"	337
3.1. Оправданост мере лишења родитељског права са становишта "најбољег интереса детета"	337
3.2. Разлози за изрицање мере лишења родитељског права	340

ГЛАВА ШЕСТА

ПРИНЦИП "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

У ОДНОСИМА ИЗМЕЂУ ДЕЦЕ И ДРУГИХ СРОДНИКА..... 346

1. "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА" КАО КРИТЕРИЈУМ ЗА ОБЛИКОВАЊЕ ПОРОДИЧНОПРАВНОГ СТАТУСА СРОДНИКА	346
2. ПРАВО ДЕДЕ И БАБЕ НА ОДРЖАВАЊЕ ЛИЧНИХ ОДНОСА СА ДЕТЕТОМ	350

ГЛАВА СЕДМА

ПРИМЕНА ПРИНЦИПА "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА" У КОНТЕКСТУ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ БЕЗ РОДИТЕЉСКОГ

СТАРАЊА	357
1. УСВОЈЕЊЕ И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"	357
1.1. Смисао и значај принципа "најбољег интереса детета" у области усвојења.....	357
1.2. "Најбољи интерес детета" као изузетак од материјалноправних услова за заснивање усвојења.....	361
1.3. Елементи за процену "најбољег интереса детета" као посебног услова за заснивање усвојења.....	366
1.4. "Најбољи интерес детета" као основ за диспензацију од услова за заснивање усвојења.....	372
2. ХРАНИТЕЉСТВО И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"	376
2.1. Карактер хранитељства и одређивање садржине "најбољег интереса детета" у домену хранитељске услуге	376
2.2. Критичне тачке хранитељства са становишта "најбољег интереса детета"	378
2.2.1. Трајање хранитељског односа	378
2.2.2. Правни однос између хранитеља и родитеља детета	380
2.2.3. "Неодговарајуће родитељско старање" као разлог за заснивање хранитељства.....	383
2.3. Одржавање личних односа између хранитеља и храњеника по престанку хранитељства.....	385
3. СТАРАТЕЉСТВО НАД МАЛОЛЕТНИЦИМА КАО ИЗРАЗ "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"	390
3.1. Стављање малолетног штићеника под старатељство и постављање старатеља.....	390
3.2. "Најбољи интерес детета" у контексту дужности и одговорности старатеља	397
ЗАКЉУЧАК	401

УВОД

„О детињству не знамо ништа, и што напредујемо више са нашим погрешним представама, више застрањујемо. Најмудрији писци су се посветили ономе што би човек требао знати, а да се не запитају шта је дете способно научити. Увек су тражили човека у детету, не размишљајући шта је оно пре него што постане човек“

(Жан-Жак Русо)

Детињство је краткотрајно и нестално, али дете у човеку траје колико и људски живот. Попут какве невидљиве одежде доба ране младости срасте са човеком и уреже се у људско биће тако неизбрисиво да га прати до краја животног пута. „Дете је отац човека“,¹ говорио је енглески песник Вилијам Водсворт (*William Wordsworth*), док је наш Иво Андрић истицао како се једино од порекла и детињства не може лако побећи.² У детињству се тако постављају оквири за жеље, потребе, тежње и прохтеве одраслог човека. Међутим, значај детињства не огледа се само у ишчекивању будућности и настојању да се детету омогући израстање у здраву и одговорну личност као члана друштва. Детињство је једнако и садашњост и сваки проживљени тренутак у коме дете, попут сваког људског бића, трага за својом срећом.

Постоје само савршене мисли, али не и одлуке, па је немогуће пронаћи универзални рецепт за најбоље могуће одрастање и развој детета. Ипак, донети одлуку која би била најбоља за дете је у извесном смислу цивилизацијски императив и исконска потреба родитеља детета, али и друштва у целини. Због тога се кроз појам детињства преламају различити индивидуални и колективни интереси чији правни израз представља добро познати принцип "најбољег интереса детета". Право никада није захвално оруђе за обликовање личних породичних односа, због чега се

¹ William Wordsworth, My heart leaps up when i behold,
<http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=55264743>, 17.08.2011.

² Видети: Иво Андрић, *Травничка хроника*, SEZAM BOOK, Зрењанин 2011, 114.

принцип "најбољег интереса детета" формирао на култури дискреције и поверења у способност родитеља да препознају потребе своје деце и доносе одлуке које би деци највише одговарале. Због тога, аутономија породице и доминација родитељске, а пре свега очинске фигуре, у дугој историји породице нису могле учинити интерес детета видљивим и независним од тумачења родитеља. Затворености породице као микро-средине доприносила је снага установе брака која је попут својеврсне тврђаве унутар својих зидина по сваку цену чувала кохезију породице. Родитељи, као лица која се непосредно старају о детету, али и као чланови одређене друштвене заједнице, били су незаменљив заступник државе која није имала снаге и ауторитета да се меша у породичне односе.

Ипак, како су традиционални породичноправни оквири слабили и мењали се, "најбољи интерес детета" почињао је све отвореније да се намеће као питање од суштинског значаја. Под плаштом борбе за родну равноправност, али и шире друштвене политике усмерене ка заштити деце, наведени правни принцип попримао је обличја кључног начела породичног права. Суштински, држава је све више почела присвајати статус доносилаца одлука које се тичу детета, али је дискреција остала као заштитни знак приликом одређивања садржине принципа "најбољег интереса детета". Рањивост, незаштићеност и слабост детета постали су оправдање за државу да са својим нараслим моћима и бирократским апаратом постану врховни чувари "најбољег интереса детета", спремни да уклоне дете из породичног окружења које не би одговарало претпостављеном интересу детета.

Без индивидуализације породице, није било могуће раздвојити принцип "најбољег интереса детета" од потребе посебне заштите деце, условљене природом детињства као фазе људског развоја која се посматрала у одсечним границама. Другим речима, у фокусу одлуке о "најбољем интересу детета" морало се наћи индивидуално дете са својим јединственим породичним и друштвеним окружењем. Одлучујући искорак на том путу представља продор концепта људских права у породичне односе и њихово проширење на децу као титуларе. На тај начин, "најбољи интерес детета" од свог заштитног и патерналистичког карактера постепено прераста у правни стандард са нагласком на партиципацију детета и могућност да сопственим одлукама обликује своју судбину.

Тако, начело "најбољег интереса детета" бива отргнуто од принципа посебне заштите деце и поприма обележје индивидуалистичког принципа, скројеног по мери сваког појединачног детета и јединственог сплета породичних и друштвених односа

у чијем је епицентру. Појам детињства постепено губи правни значај и повлачи се пред правним концептом детета као индивидуалног правног субјекта чије развојне способности требају добити одговарајући правни израз у зависности од начина и брзине којом се увећавају. Право детета да утиче на одлуке које га се тичу, па чак и право на самоодређење у појединим случајевима, постаје кључни правац у коме се креће "најбољи интерес детета". Оваква тенденција значајно мења слику о породичноправним односима и покреће тектонске промене у области породичног права. С обзиром да регулише односе између лица везаних најдубљим емоцијама, породично право реагује на наведене промене попут живог организма. Родитељско право се круни, осипа и разводњује на начин да родитељи постају, макар формалноправно, ближи даваоцима услуга који се морају старати о детету по мустри скројеној по мери права деце. Крвно сродство и нуклеарна породица престају бити фаворизовани породичноправни обрасци и признаје се легитимитет великом броју различитих породичних форми.

У клими напуштања старих и наметања нових породичноправних модела, у атмосфери превирања и својеврсне конфузије породице унутар окова индивидуалистичких и потрошачких друштава, настаје опасност отуђења "најбољег интереса детета" и саме од породице. У први план долази дете као грађанин, уместо детета као члана породице. Са слабљењем родитељског ауторитета драстично се умањује посредничка улога родитеља у односима између детета и државе.³ Моторна снага овог процеса јесте идеја о партиципацији детета као кључни елемент савременог концепта "најбољег интереса детета". Са друге стране, индивидуализација породице подразумева и препознавање могућности сукоба права и интереса различитих чланова породице.⁴ Ово има за последицу отварање простора за енергичнију и свеобухватнију државну интервенцију унутар породице како би држава арбитрирала у сукобу различитих индивидуалних права.⁵ У том смислу, аустралијски теоретичар Девар (*Dewar*) погађа у срж проблема када истиче како

³ Типичан пример наведеног процеса у нашем правном систему може се наћи у Закону о правима пацијената из 2013. године - ЗОПП, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013, где се детету које је навршило 15 година и способном за расуђивање признаје право на поверљивост података из медицинске документације. Вид. чл. 24. ст. 1. ЗОПП.

⁴ У правној теорији се под индивидуализацијом породице подразумева „процес који се састоји у томе да индивидуа (појединац), а не група (породица), постаје центар аутономних одлука“. Зоран Поњавић, "Приватизација породице и породичног права", *Службени гласник, Београд* 2009, 17.

⁵ Кроз индивидуализацију породице испољава се правни феномен који се означава као "демократизација породичних односа". На тај начин уједно се "демократизује" и принцип "најбољег интереса детета". Вид. Марина Јањић - Комар, "Демократизација породичних односа", *Правни живот* 9/2000, 500.

тежиште породичног права више није на друштвеним институцијама, већ на појединцима који у поменутиим институцијама партиципирају.⁶

Међутим, принцип "најбољег интереса детета" није замишљен једино као израз права деце, већ и везивно породично ткиво. Такође, кроз наведени принцип рефлектује се и шира културолошка слика одређене друштвене заједнице. Због тога, фаворизовање партиципативних права деце унутар концепта "најбољег интереса детета" претвара поменуто начело у поприште сукоба различитих вредносних модела од којих неки чак захтевају потпуну подређеност родитељског права "најбољем интересу детета".⁷ Апсолутно подређивање поменутог принципа правима деце, а посебно праву детета на мишљење, доприноси садржинској демистификацији "најбољег интереса детета", али рађа и бројне опасности везане за функционалност породице као заједнице. Наведену бојазан на сликовит начин исказала је белгијска правница Молдерс - Клајн (*Meulders-Klein*) питајући се метафорично: "Како оркестар може свирати симфонију ако сваки музичар настоји да наступа као солиста?"⁸ На наведену метафору могла би се надовезати констатација да се од детета жели начинити прва виолина оркестра који симболизује породицу. Међутим, тада настаје дилема, по чијим нотама ће дете свирати? Јесу ли то његове сопствене, ноте његових родитеља или државе са својим институцијама?

Са продором идеологије о људским правима у породицу, познавање "најбољег интереса детета" престаје бити "ексклузивно право" родитеља. Штавише, њихови поступци могу се у одређеним случајевима означити као супротни ономе што је најбоље за дете. Улога главног тумача „најбољег интереса детета“ у суштини прелази са родитеља детета на државу и друштво у целини. У том смислу, у нашој правној теорији има ставова како поменуто начело „оставља родитеље као пуке учеснике породичних односа“.⁹ Под прокламованим циљем заштите детета и његових интереса, судски, али и управни органи (орган старатељства, ресорна

⁶ Вид. John Dewar, " Family Law and Its Discontents", *International Journal of Law, Policy and the Family* 14/2000, 73,

⁷ У том смислу, у правној теорији има залагања како би сваки родитељ требао претходно добити лиценцу од стране одговарајућих државних органа да би могао преузети бригу о детету. Истиче се како би се на тај начин изједначили усвојитељи, за које се таква лиценца тражи, са природним родитељима детета. Вид. David Archard, *Children: Rights and Childhood*, Routledge, New York 2009, 185. Овакви предлози, руководећи се принципом недискриминације, а занемарујући притом чињеницу како је усвојење и облик социјалне заштите детета, чине од државних службеника који би додељивали такву лиценцу пантеон богова.

⁸ Marie-Therese Meulders-Klein, "Individualism et communautarisme: l'individu, la famille et l'etat en Europe occidentale", *Brigham Young University Law Review* 2/1993, 691.

⁹ Марина Јањић – Комар, *Расправа о принципима породичног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 25.

министарства и њихове службе) значајно проширују круг својих овлашћења. При томе, дете се не посматра само као члан породице, већ у знатно ширем контексту, који превазилази оквире родитељскоправних односа.¹⁰ У читавом процесу, од суштинског значаја је право детета на мишљење, као предводник идеје о новом погледу на дете као учесника правних односа. Међутим, држава и државне институције нису творци, већ извршиоци доктрине о партиципацији детета која треба суштински обликовати правни стандард "најбољег интереса детета". Универзалност карактера идеје о људским правима и правима деце трасира пут партиципацији и самоодређењу детета превасходно кроз одговарајуће међународне уговоре. Тако се садржина "најбољег интереса детета" настоји обликовати споља не само у односу на појединачну породицу, већ и конкретно друштво. У том смислу, државе имају обавезу да омогуће партиципацију детета и исказују "најбољи интерес детета" кроз права чији је титулар дете.

Начело „најбољег интереса детета“ је везивна нит која прати дете као правног субјекта кроз читав правни поредак. Све ово указује на нужност целовите обраде и анализе наведеног принципа. Посебно треба имати у виду како, поред правног аспекта, принцип „најбољег интереса детета“ има и своју психолошку, социолошку и философску димензију. Ипак, срж рада ће се односити на примену „начела најбољег интереса детета“ у породичном праву, као грани права која најнепосредније уређује породицу и породичне односе. Међутим, због свеобухватности, ширине и домашаја самог начела, није могуће у одређеној мери заобићи ни остале правне односе у којима дете на посредан или непосредан начин учествује.

Може се рећи како читав рад почива на две велике целине. У првој, акценат је на појму, садржини, еволуцији и правним изворима начела „најбољег интереса детета“. Сликвито речено, овде се начело „најбољег интереса детета“ у односу на породично право посматра одозго, од целокупног правног поретка ка породичноправним односима. У другој целини, анализира се и прати примена начела „најбољег интереса детета“ унутар самог породичног права. То се чини тако што се формирају четири прстена или нивоа путем којих ће се рашчланити и истраживати материја која се односи на примену начела „најбољег интереса детета“ унутар граница породичног права. Основни критеријум за издвајање материје у наведена четири прстена јесте узимање детета као полазне тачке породичноправних односа.

¹⁰ Олга Цвејић Јанчић, *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, 247.

Полази се од средишта породице, а затим се креће ка њеној периферији, односно ка породичним односима у све ширем смислу. На тај начин, први прстен чини изучавање начела „најбољег интереса детета“ у односу на само дете као титулара сопствених права. Овај прстен би се сликовито могао означити као „нулти“. Затим се примена „начела најбољег интереса детета“ посматра у односу на најближе чланове породице детета, његове родитеље, што би представљало други ниво изучавања. Трећи прстен обухвата односе који, по правилу, превазилазе оквире нуклеарне породице. Тако се посматра и анализира примена начела „најбољег интереса детета“ у односима између деце и других сродника. Коначно, четврти ниво изучавања „најбољег интереса детета“ одсликава се кроз активност државних органа на заштити интереса деце без родитељског старања, а пре свих судова и органа старатељства као органа надлежног за заштиту породице. Наведени прстен би се илустративно могао назвати „спољним прстеном“ или "прстеном државне интервенције“. Као што ће се у раду показати, овај домен све више добија на обиму и садржини наспрам осталих нивоа кроз које ће се материја излагати и обрађивати. Штавише, један од главних основа и средстава експанзије „прстена државне интервенције“ у породичноправним односима представља управо начело „најбољег интереса детета“ као предмет овог рада.

ГЛАВА ПРВА

ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНОГ СТАНДАРДА „НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА“

1. „НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА“ КАО МАГИЧНА ФОРМУЛА

„Најбољи интерес детета“ није ни први ни последњи правни стандард у бесконачној и несагледивој лепези друштвених односа које уређује право. Ипак, много тога га чини посебним и различитим од сличних правних конструкција. Познато је да је основна сврха правних стандарда да правни поредак учине свежијим, еластичнијим и самим тим дуговечнијим. На тај начин се праву омогућава да буде, што је могуће више, верна сенка животних односа и непрекидних промена које их прате. Сваки правни стандард је тако оличење живог, стваралачког права, којим се надомешћује неизбежни недостатак временски окамењене позиције законодавца. Сходно томе, овакав начин правног нормирања даје извесну слободу ономе ко је овлашћен примењивати право. Међутим, у случају „најбољег интереса детета“ као правног стандарда, та слобода има и једну другу димензију. Наведени правни стандард нема за циљ само да правни систем учини еластичним и прилагоди га постојећим друштвеним променама, већ и да мења односе у друштву, односно да у одређеној мери и друштво прилагођава праву. Правни стандард „најбољег интереса

детета“ се тако креће танком границом између оквира које поставља правни поредак и правног волунтаризма и арбитрарности.¹¹

Велика слобода коју „најбољи интерес детета“ као правни стандард пружа судовима, односно органима надлежним за примену права, произилази из његове исувише велике неодређености. Када се неодређеност пренесе на терен личних и породичних односа, указује се проблем одређивања јединствених критеријума који би се могли примењивати на утврђивање „најбољег интереса детета“ у различитим ситуацијама, срединама и друштвима. У фокусу се налази читав низ нематеријалних вредности утканих у појам добробити детета, а које се опиру било каквој унификацији која је достигла завидан ниво на пољу имовинскоправних односа. Одлучити у складу са „најбољим интересом детета“ представља један од најлегитимнијих и, без сумње, најузвишенијих циљева, али и најтеже остваривих у пракси. Чувени француски професор Карбоније (*Carbonnier*) правни стандард „најбољег интереса детета“ поредио је са магичном формулом, указујући на сву моћ и немоћ овог принципа.¹² Чини се као да одговарајућа примена наведеног правног стандарда од судија и других овлашћених лица тражи готово алхемичарске способности јер се захтева остваривање једног савршеног циља у околностима и са средствима која нису, нити ће икад бити савршене. „Одлучити шта је најбоље за дете поставља питање ништа мање значајно од сврхе и вредности самог живота“, говорио је амерички правник Мнукин (*Mnookin*).¹³ Како је на поменуто питање готово немогуће дати универзалан и јединствен одговор, оставља се простор да се применом правног стандарда „најбољег интереса детета“ долази до сасвим супротних исхода у случајевима који су по својим карактеристикама врло слични. Другим речима, „најбољи интерес детета“ може послужити као легитиман основ за доношење различитих одлука заснованих на готово идентичном чињеничном стању. У том смислу, британска правница Џилијен Даглас (*Gillian Douglas*) анализира трагични случај из енглеске судске праксе о коме је одлучивао Апелациони суд 2001.

¹¹ Један од оштријих критичара начела "најбољег интереса детета" је амерички правник Мартин Гугенхајм (*Martin Guggenheim*), који сматра како се у случају "најбољег интереса детета" не ради, чак, ни о правном стандарду, јер правни стандарди имају смислене и докучиве границе. Вид. *Martin Guggenheim, "Ratify the U.N. Convention on the Rights of the Child, but don't expect any miracles", Emory International Law Review, 1/ 2006, 63.*

¹² Видети: *Jean Carbonnier, Droit civil - Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, Quadriga/PUF, Paris 2004, 833.*

¹³ *Robert Mnookin, "Child-custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", Law and Contemporary Problems, 3/ 1975, 260.*

године.¹⁴ Наведени суд се нашао у изузетно тешком и незахвалном задатку да одлучи о судбини сијамских близнакиња. Како се хируршким раздвајањем могао сачувати живот само једне девојчице, суд је донео одлуку да је један живот достојан човека у овом случају вреднији од два живота која би доносила неизрециву патњу. Осврћући се на овај случај, Дагласова истиче како би други суд могао донети сасвим супротну одлуку са једнако оправданом аргументацијом која би почивала на „најбољем интересу детета“.¹⁵ Управо се ова неодређеност и недоследност може у исти мах посматрати као највећа снага, али и највећа слабост правног стандарда „најбољег интереса детета“.¹⁶ Снага се огледа у могућности да судија испољи своју креативност и осећај правичности у ситуацијама када све остале правне норме затаје. Слабост је што лично и субјективно осећање правде и правичности није могуће учинити заједничким за све људе.

Дакле, без обзира да ли га доживљавали као „магичну“ или „мистификовану празну формулу“¹⁷, јасно је да правни стандард „најбољег интереса детета“ даје велику слободу онима који га примењују. С обзиром да је свака слобода подложна злоупотребама, у правној теорији има ставова како се наведени правни стандард треба примењивати само у одсуству неког другог правног правила које би се могло применити на конкретну ситуацију.¹⁸ Ипак, без обзира на прагматичну вредност оваквог становишта, њиме се проблем одређивања садржине правног стандарда „најбољег интереса детета“ не решава, већ ублажава.

У недостатку јаснијег правног одређења „најбољег интереса детета“, схватање наведеног правног стандарда се тесно преплиће са моралним вредностима онога ко одлучује шта је најбоље за дете у конкретном случају. Стога у правној теорији има ставова како одлука о „најбољем интересу детета“ не почива на конкретном чињеничном стању, већ се ради о питању морала.¹⁹ Другим речима, иза правног стандарда „најбољег интереса детета“ крију се морални критеријуми.²⁰

¹⁴ *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)*. Вид. Gillian Douglas, *An Introduction to Family Law*, Oxford University Press, Oxford – New York 2004, 172.

¹⁵ Вид. G. Douglas, 173.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Вид. Katharina Parr, *Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB, Inaugural-Dissertation der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität, Würzburg* 2006, 187.

¹⁸ Jacqueline Rubellin – Devichi, „The Best Interests Principle in French Law and Practice“, *International Journal of Law and the Family* 8/ 1994, 263.

¹⁹ Вид. David Archard, *Children: Rights and Childhood*, Routledge, London – New York 2009, 62.

²⁰ М. Јањић – Комар, 21.

Укључивање моралних принципа у позитивноправна правила, обично се у правној философији означава као „деформализација права“.²¹ Правни стандард „најбољег интереса детета“ представља, без сумње, пример за наведени процес деформализације. Силе које стоје иза доктрине природног права, измениле су представу о наведеном правном стандарду и преобликовале правну конструкцију „најбољег интереса детета“. Због тога се у литератури наводи како је поменути правни стандард суштински допринео консолидацији правне културе „дискреције“,²² која представља слободно доношење одлука о томе шта је најбоље за одређеног правног субјекта. При томе, се не тражи да се аргументи на којима одлука почива оправдају у циљу њене легитимизације.²³

Међутим, то што правни стандард „најбољег интереса детета“ омогућава дискрецију лицу које је надлежно за његово тумачење и примену, не значи да је таква дискреција неограничена. Чувени амерички правник Роналд Дворкин (*Ronald Dworkin*) наводи како је свака дискреција релативан концепт.²⁴ Поменути аутор на сликовит начин говори како је дискрециона одлука „попут рупе у крофни, која не постоји, изузев једног празног поља унутар граничног појаса који је окружује“.²⁵ Тако се, упркос својој неодређености, „најбољи интерес детета“ не може посматрати ван правног контекста коме припада. Правна конструкција „најбољег интереса детета“ представља део, како међународног права, тако и унутрашњег правног поретка и тиме мора бити подложна одређеним ограничењима. У супротном, „магична формула“ правног стандарда „најбољег интереса детета“ претварала би оне који право примењују у неспутане творце права, ослобођене од поштовања закона или било каквог утицаја судске праксе. Због свега тога, настојање да се „најбољи интерес детета“ дефинише у мери у којој је то могуће, делује као нужан задатак да би овај узвишени правно-политички циљ могао заживети на истински начин.

²¹ Jürgen Habermas, Law and Morality,

<http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/habermas88.pdf>, 233, 05.10.2011.

²² Emilio García – Méndez, *Protecting the World's Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems*, Cambridge University Press, UNICEF 2007, 106.

²³ *Ibid.*, 107.

²⁴ Ronald Dworkin, „The Model of Rules“, *The University of Chicago Law Review*, 1/ 1967, 32.

²⁵ *Ibid.*

2. ДЕФИНИСАЊЕ „НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА“

2.1. Могућност дефинисања "најбољег интереса детета"

Још је римски правник Јаволен Приск почетком II века н.е говорио како је "свако дефинисање у грађанском праву опасно, јер нема дефиниције која се не може оспорити".²⁶ Ова чувена и често цитирана изрека указује на несавршеност речи као одраза стварности. Ипак, како речи у служби права носе посебну тежину, потребно је, у мери у којој је то могуће, одредити смисао и значење одговарајућих правних израза. Међутим, потрага за одговарајућом дефиницијом правног израза "најбољи интерес детета" није само "опасна", како је говорио Јаволен, већ би могла представљати *modus impossibilis*. Правне норме којима се уређују породични односи крцате су правним стандардима, при чему "најбољи интерес детета" предњачи по својој свеобухватности, али и неодређености, о чему је већ било говора. Због тога је нужно учинити напор у настојањима да се значење и смисао наведеног правног стандарда што више приближи. У супротном, "најбољи интерес детета" би остао као празан простор и средство подесно за злоупотребу и легитимизацију сваке одлуке која се тиче деце.

Смисао правног стандарда "најбољег интереса детета" се може сагледати са три аспекта: концептуалног, квантитативног и квалитативног или садржинског. Концептуални аспект, у општим цртама, представља начин на који се идеја "најбољег интереса детета" поставља унутар правних граница. У том смислу, Комитет за права детета разликује три концептуална израза "најбољег интереса детета". Према Комитету наведена идеја може имати обличје посебног права детета, правног принципа или процедуралне гаранције.²⁷ Посебно је значајно формулисање "најбољег интереса детета" у виду посебног права, што би могло имати далекосежне последице на судбину наведеног принципа. Наиме, формулисати "најбољи интерес детета" као посебно право детета ("*substantive right*") значи у извесној мери сукобити

²⁶ *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti posset.* D. 50, 17, 20, 2 (Iav. 11. *epist.*). Вид. Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla 2007, 66.

²⁷ Вид. Општи коментар Комитета УН за права детета бр. 14. из 2013. године. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1.), para. 6. - CRC/C/GC/14.

поменути концепт са "најбољим интересом детета" као правним принципом.²⁸ Ипак, приликом сугерисања механизма за одређивање садржине "најбољег интереса детета", Комитет био принуђен наведени концепт третирати као правни принцип, а не као посебно право.²⁹ О схватању Комитета за права детета како се "најбољи интерес детета" може исказати као право детета, биће више речи на крају дела који се бави концептуалним аспектом наведеног појма, као и у делу који се односи на еволуцију правног концепта "најбољег интереса детета".

Поред тога, Комитет за права детета уводи категорију "процедуралних гаранција" ("*rules of procedure*") као посебан израз "најбољег интереса детета". Ипак, из схватања самог Комитета је очигледно како "процедуралне гаранције", нису ништа друго него елементи за процену "најбољег интереса детета".³⁰ Сходно томе, исправније је рећи како се у случају "процедуралних гаранција" ради о начину исказивања "најбољег интереса детета" као принципа, него о некаквом посебном концептуалном изразу. У том смислу, "процедуралне гаранције" представљају домен одређивања садржине, а не концептуалну форму "најбољег интереса детета", те ће се анализирати у делу који се бави квалитативним аспектом наведеног правног стандарда. Из наведених разлога, у раду ће се усвојити једноставнија, прецизнија и правно-логички доследнија подела. Сходно томе, према степену апстракције са којом се идеја "најбољег интереса детета" смешта у правне оквире, поменути правни стандард се може исказати као правни принцип или правно правило. Ово је нарочито важно имати на уму, с обзиром да ће од концептуалног аспекта "најбољег интереса детета" зависити и начин примене наведеног правног стандарда у конкретним ситуацијама.

Као што је речено, поред концептуалног, може се говорити и о квантитативном и квалитативном аспекту "најбољег интереса детета". Тако, квантитативни аспект "најбољег интереса детета" означава опсег примене и домашај који се у конкретном правном поретку даје наведеној правној формулацији. При томе се издвајају три уже групе питања путем којих се може вредновати "најбољи интерес детета". У том смислу, домашај наведеног правног стандарда ће зависити од круга лица која имају обавезу поштовати "најбољи интерес детета", правних односа

²⁸ Комитет први пут формулише "најбољи интерес детета" у виду посебног права у Општем коментару бр. 13. из 2011. године. Вид. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011) The right of the child to freedom from all forms of violence, para 3 (f). - CRC/C/GC/13.

²⁹ Вид. CRC/C/GC/14, para. 52 - 79.

³⁰ Вид. CRC/C/GC/14, para. 6 (c).

на које се примењује и које обухвата, као и значаја који се "најбољем интересу детета" даје наспрам других правних принципа и правила.

Ипак, за разумевање наведеног израза, од суштинског значаја је квалитативни, односно садржински аспект "најбољег интереса детета". Сагледати поменути аспект представља уједно и најтежи задатак, те ће се проблему одређивања садржине "најбољег интереса детета" посветити посебна пажња. У наредном делу, анализираће се сваки од наведених аспеката "најбољег интереса детета" уз неизоставан осврт на одређена терминолошка питања која прате поменути правну формулацију.

2.2. Концептуални аспект "најбољег интереса детета"

2.2.1. Осврт на однос између правних принципа и правних правила у контексту идеје "најбољег интереса детета"

Када се преведе на терен права, идеја "најбољег интереса детета" се може, у првом реду, двојачко исказати. Тако, у зависности од степена одређености, свеобухватности и начина примене, "најбољи интерес детета" може имати ранг правног начела или представљати правно правило које ће се примењивати у конкретном случају.

Није увек лако повући границу између "најбољег интереса детета" као правног принципа и оних ситуација када поменути правни стандард чини правно правило. Због тога је, пре даљег излагања о концептуалном аспект "најбољег интереса детета", потребно подсетити на разлике између правних начела и правних правила уопште.

Како истиче немачки правник Алекси (*Alexy*), свака норма је или принцип или правило, премда разлика између наведених појмова није само квантитативна, већ и у квалитету.³¹ Поменути немачки аутор правна начела, односно принципе види као "заповести оптимизације", којима се налаже да се одређени циљеви остваре у највећем правно могућем степену.³² Чувени немачки теоретичар Ларенц (*Larenz*) је још раније препознао усмеравајући карактер принципа, као нормативних основа за

³¹ Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, 3/ 2000, 295.

³² *Ibid.*

тумачење права из којих се непосредно или посредно изводе нормe понашања.³³ Међутим, правна начела нису правила, јер им недостаје, како Ларенц истиче, "веза између оперативне чињенице и правне последице". Другим речима, правна правила представљају коначне заповести,³⁴ док су, како наводи немачки правник Јозеф Есер (*Josef Esser*), принципи оне нормe које представљају основе за проналажење конкретних, односно коначних заповести.³⁵ Правна начела су, дакле, путоказ или правац којим се треба кретати како би се стигло до правила које ће се применити на одређено чињенично стање. На пример, у нашем облигационом праву постоји начело опште забране проузроковања штете другоме. Законом о облигационим односима се изричито прописује како је свако дужан уздржати се од поступка којим се може другом проузроковати штета.³⁶ Овде се ради о типичном правном начелу, а не о правном правилу. Начело опште забране проузроковања штете другоме представља само почетни, усмеравајући корак који треба довести до конкретног правила. Другим речима, у конкретном случају постоји оперативна чињеница (заповест уздржавања од проузроковања штете другоме), али не и правна последица. Међутим, у истом Закону постоји одредба према којој је онај ко другоме проузрокује штету дужан накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице.³⁷ У овој ситуацији, на оперативну чињеницу (проузроковање штете), надовезује се правна последица (обавеза накнаде штете), па говоримо о правном правилу. Поменуто правно правило представља коначну заповест у смислу одговарајућег понашања, које почива на претходно наведеном начелу опште забране проузроковања штете другоме. Наведено начело облигационог права, попут сваког правног принципа, има изразито аксиолошки садржај,³⁸ којим се у правни поредак уграђују вредности "правде, правичности или неке друге димензије морала".³⁹ Правна правила представљају конкретизацију и остварење вредности које садрже правни принципи, односно начела.

Међутим, у појединим случајевима, неће постојати правна правила којима би се конкретизовали одређени правни принципи. У таквим околностима, одлуке

³³ Вид. Humberto Bergmann Ávila, *Theory of Legal Principles*, Springer, The Netherlands 2007, 8 - 9.

³⁴ R. Alexy, 295.

³⁵ Вид. H. Bergmann Ávila, 8.

³⁶ Чл. 16. Закона о облигационим односима Републике Србије - ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78; 39/85; 45/89, 57/89" и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

³⁷ Чл. 154. ст. 1. ЗОО.

³⁸ Тезу о изразито вредносном, односно аксиолошком садржају правних принципа заступа познати немачки теоретичар Клаус Вилхелм Канарис (Claus-Wilhelm Canaris). Вид. H. Bergmann Ávila, 9.

³⁹ R. Dworkin, 23.

судова или других надлежних државних органа, могу исходити непосредно из правног принципа. Тако би се, надовезујући на схватање Карла Ларенца, могло закључити како правни принципи делују на два оперативна нивоа. Са једне стране, правни принципи превасходно делују посредно и усмеравајуће, као пут који води до коначних норми понашања, оличених у правним правилима. Са друге стране, у недостатку одговарајућих правних правила, конкретне норме понашања се могу непосредно изводити из правних принципа.⁴⁰ Дobar пример за наведену двојаку улогу правних принципа представља управо начело "најбољег интереса детета". Поменути правни принцип може послужити као непосредно упориште за судску одлуку у ситуацијама одсуства конкретних правних правила, за шта постоје примери у нашој судској пракси. О томе ће детаљније бити речи касније.

Даље, разграничење између правних начела и правних правила може се спровести и по тзв. критеријуму колизије, чији је творац горе поменути немачки правник Роберт Алекси. Према наведеном критеријуму, различито се решавају ситуације када се једно правно правило налази у колизији са другим, за разлику од случајева када се сукобљавају правни принципи. Сукоб правних правила се решава увођењем клаузуле изузетности или путем правила за отклањање супротности.⁴¹ У првом случају, сам законодавац се постарао изричито предвидети изузетке када ће се једно правно правило примењивати наспрам другог. На пример, Породичним законом Србије се прописује како је брак ништав ако није склопљен ради остваривања заједнице живота.⁴² Међутим, овако закључен брак ипак се неће поништити ако се накнадно успостави заједница живота између супружника.⁴³

Ипак, од законодавца се не може очекивати да се увек изричито изјасни којем правном правилу ће дати предност. Другим речима, сукоб правних правила се не решава увек предвиђањем изузетака. У таквим случајевима, колизија између правних правила се превазилази уз помоћ правила за отклањање супротности, попут "*lex posterior derogat legi priori*", "*lex superior derogat legi inferiori*" или "*lex specialis derogat legi generali*".

За разлику од сукоба правних правила, колизија између правних принципа се решава на знатно сложенији начин. Како истиче Алекси, предност једног правног

⁴⁰ Вид. Н. Bergmann Ávila, 8 - 9.

⁴¹ R. Alexy, 295.

⁴² Чл. 32. ст. 1. Породичног закона Србије - ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

⁴³ Чл. 32. ст. 2. ПЗ.

принципа над другим није апсолутна, већ само условна или релативна.⁴⁴ У том смислу, један правни принцип има само условно првенство над другим.⁴⁵ Услови под којима се једном принципу даје предност над другим одређују се на основу околности конкретног случаја. Сходно томе, како би однос између одређених правних принципа био исти и у наредним случајевима, потребно је да постоје исти услови првенства. У супротном, предност би се могла дати другом правном принципу. Због тога се у литератури наводи како је хијерархија између правних правила статична, насупрот односу између правних принципа који је динамичан.⁴⁶

Као илустрацију начина на који се решавају сукоби правних принципа можемо навести једну скорашњу одлуку нашег Уставног суда. Тако, у наведеном случају, подносилац уставне жалбе је било лице које је хируршком интервенцијом потпуно променило пол, али му није омогућено променити и податке о полу у матичним књигама. Наиме, како Закон о матичним књигама⁴⁷ није изричито предвиђао такву могућност, општински орган управе се огласио ненадлежним по том питању. Из тог разлога, остао је на снази првобитни упис, те фактичко стање није било у сагласности са правним. Оваква одлука општинског органа управе имала је за последицу доследно очување начела аутентичности матичних књига. Међутим, Уставни суд је проценио како у конкретном случају превагу треба однети принцип заштите људског достојанства и слободног развоја личности.⁴⁸ Стога је наложено одговарајућем општинском органу управе да мора одлучити о захтеву конкретног лица за упис промене података о полу.⁴⁹ Тиме се широм отварају врата доношења одлуке којом би се правно уважило постојеће фактичко стање, упркос одређеним правним проблемима који би могли настати као последице такве одлуке. Међутим, као што је претходно наведено, предност једног принципа над другим оправдава се постојањем одређених услова. У поменутом случају, такав услов би представљала претходна потпуна промена пола хируршким путем за коју постоји ваљана медицинска документација. Уколико подносилац захтева није променио пол, или то

⁴⁴ R. Alexy, 297.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Niels Petersen, Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation, <http://www.auilr.org/pdf/23/23-2-2.pdf>, 01.07.2012, 287 - 288.

⁴⁷ Закон о матичним књигама Републике Србије - ЗМК, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009.

⁴⁸ Вид. чл 23. Устава Републике Србије - УС, *Службени гласник РС*, бр. 83/06. Такође, Уставни суд се приликом доношења своје одлуке руководио и одговарајућом праксом Европског суда за људска права у Стразбуру.

⁴⁹ Вид. Одлука Уставног суда Србије, Уж - 3238/ 2011 од 08. марта 2010. године, <http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/UstavneZalbe/%D0%A3%D0%B6-3238-2011.pdf>, 01. 07. 2012.

није учинио у потпуности, општински орган управе би одбацио његов захтев и дао предност начелу аутентичности матичних књига.

Из претходног дела би се могло закључити како ниједан правни принцип нема безусловну, односно *a priori* предност над другим. Међутим, управо начело "најбољег интереса детета" представља изузетак од схватања како један правни принцип има само условно првенство над другим. Ово је још једна потврда специфичности поменутог правног принципа који доминира над другим начелима, а некада се "најбољем интересу детета", као у случају нашег права, даје апсолутна превласт. Међутим, оваква доминација начела "најбољег интереса детета" има за последицу да је теже одредити садржину "најбољег интереса детета", него већине других правних принципа. Разлог је, како истиче немачки правник Канарис (*Canaris*), што правни принципи добијају своје значење управо кроз дијалектички процес ограничавања и допуњавања.⁵⁰ Кроз одређивање услова првенства једног правног принципа над другим, уједно се одређује и њихова садржина, што код принципа "најбољег интереса детета" није могуће.

У претходном делу, указано је на основне разлике између правних принципа и правних правила уопште, као концептуалних облика у којима се правни стандард "најбољег интереса детета" може јавити. Сада је потребно анализирати поменути правни стандард, како у контексту правног принципа, тако и ситуацијама када "најбољи интерес" делује као правно правило. Правни принципи и правна правила се налазе у нераскидивој вези, која чини својеврсну правну симбиозу. У тој вези, правни принципи су, као основне вредности једног правног поретка, исходиште правних правила. Са друге стране, правна правила су једини начин да се одговарајућем правном принципу удахне живот. Свако правно правило црпи свој смисао и значење из одређеног правног принципа. У највећем броју случајева, такву везу и условљеност ствара сам законодавац. Међутим, као што је већ речено, када изричито прописаних правних правила нема, правни принципи се могу непосредно примењивати на конкретне случајеве. И тада је правном принципу потребно правно правило како би заживео и нашао свој пут у конкретном случају. Међутим, овога пута се веза између правног принципа и правила не успоставља напором законодавца, већ стваралачком активношћу судске праксе. Управо у оваквим ситуацијама је и најтеже одредити садржину "најбољег интереса детета". Када

⁵⁰ Вид. Н. Bergmann Ávila, 9.

законодавац веже примену правног принципа "најбољег интереса детета" за конкретно правно правило, обично даје и елементе за ближе одређивање садржине поменутог правила у конкретном правном односу. На пример, "најбољи интерес детета" код заснивања усвојења се конкретизује кроз правила о општој и посебној подобности усвојеника за усвојење. Међутим, када се правни принцип "најбољег интереса детета" непосредно примењује, судска пракса има веома тежак задатак да практично креира правно правило путем кога ће се поменути принцип применити на конкретан случај. Све ово указује како су концептуални, квантитативни и квалитативни аспект "најбољег интереса детета" нераскидиво повезани. Ипак, при дефинисању наведеног правног стандарда, концептуални аспект се намеће као полазиште. Због тога је најпре потребно одредити место "најбољег интереса детета" у контексту вечитог нормативног кретања од правног принципа до правног правила.

2.2.2. "Најбољи интерес детета" као правни принцип

2.2.2.1. "Најбољи интерес детета" као општи и посебан принцип

Принцип "најбољег интереса детета" се, по правилу, везује за Конвенцију Уједињених Нација о правима детета из 1989. године, као међународни уговор глобалног значаја.⁵¹ Оваква представа није без разлога, јер премда Конвенција није родно место начела "најбољег интереса детета", поменути међународним уговором се "најбољи интерес детета" устолочио као врхунски правни принцип у свим односима који се на непосредан или посредан начин тичу деце.⁵² Тако се наведеном

⁵¹ Конвенција је усвојена резолуцијом 44/25 Генералне Скупштине Уједињених Нација од 20. новембра 1989. године, а наша држава ју је ратификовала већ наредне године. Вид. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација о правима детета - КПД, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 15/1990 и *Службени лист СРЈ - Међународни уговори*, бр. 2/97.

⁵² Премда своју пуну афирмацију доживљава тек у новоизграђеним међународноправним оквирима, принцип "најбољег интереса детета" није творевина међународног права. Концепт "најбољег интереса детета" се у појединим државама јавља се готово два века пре доношења КПД, премда, не увек са доследном терминологијом. Вид. Jacqueline Rubellin - Devichi, "The Best Interests Principle in French Law and Practice", *International Journal of Law and Family* 8/ 1994, 261. На међународном плану, наведено начело се први пут изричито помиње у Декларацији Уједињених Нација о правима детета из 1959. године. Вид. принцип 2. Декларације УН о правима детета - ДПД, усвојену Резолуцијом Генералне скупштине УН бр. 1386 (XIV) од 10. децембра 1959. године Први међународни уговор који се позива на принцип "најбољег интереса детета" била је Конвенција Уједињених Нација о елиминисању свих облика дискриминације жена из 1979. године. Вид. чл. 16. ст. 1. тач. d. Конвенције УН о елиминисању свих облика дискриминације жена - КЕДЖ, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 11/1981.

Конвенцијом прокламује како ће "у свим поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне установе социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета бити од првенственог значаја".⁵³ На овакав начин, домашај начела "најбољег интереса детета" је и квалитативно и квантитативно добио на ширини у односу на дотадашње оквире поменутог принципа. Доношењем Конвенције, "најбољи интерес детета" је уздигнут на ранг начела у једном другачијем контексту, где се дете третира као ималац, а не објект права, као што је био случај у неким ранијим документима.⁵⁴ Са друге стране, "најбољи интерес детета" се престаје ценити само у случајевима вршења родитељског права, већ се његов домен проширује на све активности које се тичу деце, о чему ће у наредном делу бити више речи.⁵⁵

Поменута формулација представља "најбољи интерес детета" као свеобухватни и општи принцип који прати дете као правног субјекта, без обзира на природу правних односа у којима дете учествује или који се тичу детета. Међутим, творци Конвенције су препознали и неке уже групе правних односа у којима примена начела "најбољег интереса детета" нарочито долази до изражаја. Поменути правни односи обухватају ситуације у којима је потреба да се заштите интереси деце највидљивија и који чине језгро из кога је зачет концепт "најбољег интереса детета". Из тог разлога "најбољи интерес детета" се у Конвенцији исказује и као посебан правни принцип, али и правно правило.

КПД наводи три ситуације у којима концепт "најбољег интереса детета" делује као посебан правни принцип. Најпре, у домену вршења родитељског права, прописује се како оба родитеља имају превасходну одговорност за подизање и развој своје деце, при чему ће "најбољи интерес детета" бити њихова основна брига.⁵⁶ Премда заоденута у рухо правног принципа, оваква формулација суштински представља морално начело. Обузета духом идеализма, идеја да се родитељима одређује како ће васпитавати децу представља дискрециони простор за државну интервенцију у породичне односе и надзор над вршењем родитељског права. Из тог

⁵³ чл. 3. ст. 1. КПД.

⁵⁴ Белгијски теоретичар Еуген Верхелен (Eugeen Verhellen) као пример за заокрет од третирања детета као објекта до детета као имаоца права наводи формулацију из Декларације Уједињених Нација о правима детета из 1959. године, где се каже: "...детету се има омогућити...", уместо "дете има право". Вид. Eugeen Verhellen, "Children's rights in Europe", *The International Journal of Children's Rights*, 1/ 1993, 358.

⁵⁵ Philip Alston, "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", *International Journal of Law and Family* 8/ 1994, 4.

⁵⁶ Вид. чл. 18. ст. 1. КПД.

разлога, треба избегавати непосредну примену начела "најбољег интереса детета" у контексту одговорности родитеља за подизање и развој своје деце. Другим речима, треба прихватити како се овако замишљен принцип "најбољег интереса детета" може конкретизовати једино правним правилима које ће изричито прописати законодавац. Поменути правна правила би се односила на случајеве превентивног и корективног надзора, и у крајњем случају, лишења родитељског права.

У претходном случају, "најбољи интерес детета" се јавља као посебан принцип у ситуацијама свакодневног васпитавања и бриге о детету. Сликвито речено, поменути принцип представља сталну сенку државне интервенције која лебди над родитељима и вршењем родитељског права. Међутим, истинско оправдање и нужан разлог за државну интервенцију јесу ситуације немогућности функционисања или распада породице. У таквим околностима, "најбољи интерес детета" налази своју најзначајнију примену као посебан правни принцип. Реч је о ситуацијама када се због фактичке или правне немогућности родитеља да врше родитељско право траже алтернативни начини за збрињавање деце. Сходно томе, Конвенцијом се прописује како ће дете које се привремено или трајно уклања из породичног окружења или чији "најбољи интерес" не допушта да у таквом окружењу остане, имати право на заштиту и помоћ.⁵⁷ Заштита детета се овде остварује кроз алтернативне механизме збрињавања (хранитељство, институционални смештај, усвојење). Што је уклањање детета из дотадашњег породичног окружења трајнијег карактера, то је потреба за применом принципа "најбољег интереса детета" снажнија. Другим речима, што је облик збрињавања наведеног детета трајније природе, формулација која прати начело "најбољег интереса детета" је јача. У том смислу, место где се присуство поменутог принципа најснажније наглашава јесу правни односи који се тичу заснивања усвојења. Конвенцијом се изричито предвиђа како ће начело "најбољег интереса детета" приликом давања деце на усвојење бити од "врхунског значаја".⁵⁸ На тај начин, поменутом принципу се приликом заснивања усвојења даје већа вредност од оне коју носи формулација општег начела "најбољег интереса детета" из КПД. О разлозима оваквог поступања творца Конвенције, биће више речи касније.

⁵⁷ Вид. чл. 20. ст. 1. КПД.

⁵⁸ "Стране уговорнице које познају и/или дозвољавају систем усвајања ће обезбедити да "најбољи интерес детета" буде од врхунског значаја..." Чл. 21. ст. 1. КПД.

2.2.2.2. Однос између принципа "најбољег интереса детета" и принципа посебне заштите деце

Дакле, у КПД се правни стандард "најбољег интереса детета" користи, како за формулисање општег, тако и посебних принципа. Овакво стање се прилично верно пренело и на концепт "најбољег интереса детета" у националним законодавствима држава уговорница. Ипак, поменуто начело се ретко може наћи у уставима држава, као највишим правним актима.⁵⁹ Устави држава уговорница, у највећем броју случајева, садрже начело о посебној заштити деце, односно детињства.⁶⁰ Такав је случај и са нашим Уставом, којим се прокламује посебна заштита детета.⁶¹ Међутим, начело посебне заштите детета, деце или детињства није истоветно са принципом "најбољег интереса детета". Наиме, принцип посебне заштите деце представља статично посматрање детета као правног субјекта. Другим речима, дете се посматра преваходно као објекат правне заштите, односно као рањиво и незаштићено лице које није фактички у равноправном положају са другим учесницима правних односа. Најбољу потврду оваквог становишта даје систематско тумачење одговарајућих уставних одредби које садрже принцип посебне заштите деце. Наиме, у истом контексту и на истом месту, обично се говори и о заштити мајке, самохраног родитеља или породице у целини.⁶² Међутим, начело "најбољег интереса детета" се не ограничава једино на заштитну или статичну компоненту. У том смислу, принцип "најбољег интереса детета" подразумева и извесну аутономију детета у складу са његовим узрастом и способношћу да формира своје мишљење. Реч је о једнако

⁵⁹ Једна од ретких држава која је принцип "најбољег интереса детета" непосредно уградила у Устав јесте Јужноафричка Република, као држава особеног правног система. У том смислу, Уставом поменуте државе се предвиђа како ће "најбољи интерес детета бити од врхунског значаја у свим односима који се тичу детета". Чл. 28. ст. 2. Устава Јужноафричке Републике из 1996. године. Реч је о једној од најснажнијих и најсвеобухватнијих формулација начела "најбољег интереса детета" у националним правним системима.

⁶⁰ На пример, "деца и млади имају право на посебну заштиту личног интегритета и унапређење свог развоја". Чл. 11. ст. 1. Устава Швајцарске из 1999. године; "...Гарантује се посебна заштита деце и малолетника". Чл. 41. ст. 1. Устава Словачке из 1992. године; "Деца и млади ће уживати посебну заштиту и помоћ за остваривање својих права". Чл. 45. ст. 1. Устава Румуније из 1991; "Држава штити детињство и младост". Чл. 31. ст. 2. Устава Италије из 1947. године. "Установа породице, која представља основу очувања и напретка нације, као и детињство, биће под заштитом државе." Чл. 21. ст. 1. Устава Грчке из 1975.

⁶¹ Вид. члан 66. ст. 1. Устава Србије - УРС, *Службени гласник*, бр. 98/ 2006. Може се приметити како наш Устав налаже заштиту "детета", уместо "деце" или "детињства", што говори о процесу индивидуализације породице и породичних односа која је велико захватила наше право.

⁶² "Породица, мајка, самохрани родитељ и дете у Републици Србији уживају посебну заштиту, у складу са законом". Члан 66. ст. 1. УРС; "Породица, материнство и детињство ће уживати заштиту државе и друштва". Члан 14. Устава Бугарске из 1991. године; "Материнство, детињство, као и породица, су под посебном заштитом државе". Члан 38. ст. 1. Устава Руске Федерације из 1993.

важном сегменту "најбољег интереса детета", који представља динамичну или партиципативну компоненту наведеног принципа. Као што ће се касније видети, активно учешће детета у процесу доношења одлука је од суштинске важности за одређивање садржине "најбољег интереса детета". У том смислу, док се принцип посебне заштите деце обраћа деци као пасивним посматрачима, садржина "најбољег интереса детета" умногоме зависи од активне улоге детета као правног субјекта, у складу са годинама и зрелошћу детета.⁶³

Ипак, уставни држава уговорница су углавном окренути ка статичној концепцији заштите интереса деце, оличеној у принципу посебне заштите деце. Као изузетак би се могао навести Устав Финске. Сходно овом правном акту, "према деци ће се поступати једнако, као према индивидуама и дозволиће им се да утичу на односе који их се тичу у обиму који одговара њиховом развоју".⁶⁴ Као што се може приметити, динамичан приступ заштити интереса деце подразумева индивидуализацију детета унутар породице. Насупрот томе, принцип посебне заштите деце се не односи на свако дете засебно, већ има генерички смисао. Поменути принцип штити интересе деце као посебне категорије правних субјеката, којима је, због своје природне рањивости, таква заштита потребнија него другим лицима. Из тог разлога, формулација начела посебне заштите деце из нашег Устава не одражава на прави начин суштину наведеног начела, с обзиром да се уместо термина "деца", користи израз у једнини, "дете".⁶⁵ Са друге стране, индивидуализација сваког детета, како у оквирима породице, тако и у унутар друштва, карактеристична је управо за принцип "најбољег интереса детета".

Из индивидуалистичког концепта који прати начело "најбољег интереса детета" произилази још једна разлика између поменутог начела и принципа посебне заштите деце. Наиме, принцип посебне заштите деце садржи извесну ноту конзервативности, односно очувања традиционалних схватања улоге породице. Другим речима, наведеним принципом штити се превасходно репродуктивна функција породице као

⁶³ Према швајцарском правнику Зерматену (*Zermatten*) до усвајања КПД, "најбољи интерес детета" је почивао на моделу заштите која подразумева пасивну улогу детета. Међутим, суштинска трансформација поменутог принципа дошла је управо са укључивањем партиципативне компоненте у појам "најбољег интереса детета". Вид. Jean Zermatten, "The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, *International Journal of Children's Rights*", 4/ 2010, 496. На тај начин се принцип "најбољег интереса детета" раздвојио од начела посебне заштите деце.

⁶⁴ Чл. 6. ст. 3. Устава Финске из 1999. године.

⁶⁵ Вид. фн. 54.

институције.⁶⁶ Тако, принцип посебне заштите деце треба посматрати у ширем контексту заштите породице и виших друштвених интереса. Због тога би се могло рећи како се начело посебне заштите деце налази у служби породице као институције и друштва у целини. Насупрот томе, начело "најбољег интереса детета" преваходно служи самом детету као засебном правном субјекту, који има сопствена права и интересе. Таква права и интереси се штите и тумаче у светлу онога што је "најбољи интерес детета" и не морају се увек прилагођавати интересима породице или друштва као целине.

На крају дела о правном принципу као концептуалном изразу "најбољег интереса детета", потребно је нешто рећи и о функцијама које поменути принцип има унутар правног поретка.

2.2.2.3. Функције принципа "најбољег интереса детета"

"Најбољи интерес детета" као правни принцип има три основне функције, које ћемо за потребе овог рада означити као интерпретативну, лимитативну и креативну. Интерпретативна функција поменутог принципа се огледа у "најбољем интересу детета" као основу за тумачење права. Треба рећи како је поменута функција карактеристична, у већој или мањој мери, за све правне принципе. Наиме, принципи се користе као средство тумачења свих правних правила, али и других принципа уже, односно ограниченије садржине.⁶⁷ "Најбољи интерес детета" управо представља принцип код кога је интерпретативна функција веома наглашена.⁶⁸ Поменута функција се врло добро одсликава кроз однос између начела "најбољег интереса детета" и начела аутономије воље, као једног од основних принципа грађанског права. На пример, према нашем породичном законодавству, родитељи могу заједнички вршити родитељско право и након развода брака ако закључе такав споразум.⁶⁹ Поменуто правило представља примену начела аутономије воље у породичноправним односима. Међутим, суд је дужан тумачити је ли споразум родитеља о заједничком вршењу родитељског права у "најбољем интересу детета".⁷⁰ Уколико суд процени како наведени споразум не одговара принципу "најбољег

⁶⁶ Упор. Марија Драшкић, *Породично право и права детета*, Правни факултет у Београду - ЈП "Службени гласник", Београд 2007, 180.

⁶⁷ Joseph Raz, "Legal Principles and the Limits of Law," *The Yale Law Journal*, 5/1972, 839.

⁶⁸ Вид. М. Јањић - Комар, 30.

⁶⁹ Вид. чл. 75. ст. 2. ПЗ.

⁷⁰ Вид. претходну фусноту.

интереса детета", сматраће се да родитељи нису ни закључили споразум о заједничком вршењу родитељског права. Другим речима, за настанак споразума није довољна само сагласност родитеља, већ и одобрење суда, као посебна правна чињеница која има значај одложног услова.⁷¹

Поред интерпретативне, принцип "најбољег интереса детета" има и лимитативну, односно ограничавајућу функцију. Под лимитативном функцијом се схвата могућност да се начелом "најбољег интереса детета" у потпуности укине или ограничи примена другог правног принципа. Како би поменути функција дошла до изражаја, потребно је да постоји сукоб различитих правних начела. Међутим, као што је претходно речено, у таквој ситуацији потребно је одредити услове првенства једног правног принципа над другим. Из тог разлога, може се десити да у колизији два правна начела, исти правни принцип у једном случају буде лимитативан, а у другој ситуацији лимитиран, у зависности од чињеничног стања сваког конкретног случаја. Међутим, принцип "најбољег интереса детета", по правилу, има безусловно првенство у случајевима колизије са другим правним начелима. Због тога је лимитативна функција посебно изражена управо код наведеног начела.

Лимитативна функција принципа "најбољег интереса детета" се поново може сагледати кроз однос поменутог принципа са начелом аутономије воље. Ради илустрације, послужићемо се једним примером из наше судске праксе. Наиме, као израз начела "најбољег интереса детета", наше породично законодавство признаје право становања детету и родитељу који врши родитељско право на стану чији је власник други родитељ детета ако дете и родитељ који врши родитељско право немају право својине на усељивом стану.⁷² Поменуто право се детету и родитељу који врши родитељско право може ускратити само ако би представљало очигледну неправду за другог родитеља.⁷³ У поменутом случају из наше судске праксе, малолетна деца су након развода брака поверена мајци на самостално вршење родитељског права. Како мајка није имала стан у свом власништву, деца су са њом живела у гарсоњери за коју је мајка плаћала закуп. Са друге стране, отац је имао стан у свом власништву у коме није живео, већ га је издавао по основу уговора о закупу за 200 евра месечно. У поменутој ситуацији, суд је нашао како су се стекли сви услови да се на терет оца конституише право становања као лична службеност, а у

⁷¹ Вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, 342.

⁷² Чл. 194. ст. 1. ПЗ.

⁷³ Вид. чл. 194. ст. 3. ПЗ.

корист његове малолетне деце. Отац се, као родитељ који не врши родитељско право, безуспешно бранио аргументима како заснивање права становања за њега представља очигледну неправду. У наведеном случају, дошло је до сукоба принципа "најбољег интереса детета", оличеног у правилу којим се детету признаје право становања и начела аутономије воље, исказаног кроз слободу уговарања. Суд је, одлучујући у корист детета, у образложењу одлуке навео како околност "да тужени овај стан издаје не може бити од утицаја на одлуку да се на њему установи *habitatio* у корист малолетне деце, јер интерес туженог за стицање имовинске користи мора бити подређен најбољем интересу малолетне деце за остварење права на становање".⁷⁴ Превласт принципа "најбољег интереса детета" над начелом аутономије воље истовремено има и стварноправно дејство, које се састоји у укидању права закупа и ограничењу права својине на ниво *nuda proprietas* до пунолетства деце.

Коначно, начело "најбољег интереса детета" се у значајној мери исказује и кроз своју креативну функцију, о којој је већ било помена у раду. Наведена функција долази до изражаја у ситуацијама када се принцип "најбољег интереса детета" непосредно примењује. У питању су они случајеви када законодавац није непосредно извео одговарајућа правна правила из начела "најбољег интереса детета", већ се то оставило судској пракси. С обзиром на одсуство законских дефиниција којима би се ближе одређивала садржина "најбољег интереса детета", судови се овде фактички налазе у позицији твораца правних правила на основу поменутог принципа. Из тог разлога, креативна функција начела "најбољег интереса детета" је од изузетне важности. Код наведене функције се највише осећа проблем неодређености принципа "најбољег интереса детета", што истовремено рађа потребу да се, у мери у којој је то могуће, одреде елементи или критеријуми за ближе одређивање садржине поменутог принципа.

Као пример креативне функције принципа "најбољег интереса детета" могу се навести судске одлуке о вршењу родитељског права након развода брака или раскида ванбрачне заједнице родитеља детета. Уколико се родитељи не могу споразумети око вршења родитељског права, суд мора одлучити који родитељ ће самостално вршити родитељско право. При томе, законодавац није прописао правна правила на основу којих би суд могао одлучити који је родитељ подобнији за

⁷⁴ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 3036/10 од 14. јула 2010, "Правна пракса", бр. 1/2011.

вршење родитељског права након престанка заједнице живота родитеља.⁷⁵ Из тог разлога, суд мора непосредно применити начело "најбољег интереса детета" и сам пронаћи критеријуме, односно креирати правила на основу којих ће се једном од родитеља дати предност у конкретном случају.

Непосредна примена начела "најбољег интереса детета" подразумева три корака која суд треба предузети:

1. Суд мора сагледати све околности случаја и свеобухватно анализирати конкретно чињенично стање;
2. Из конкретног чињеничног стања, суд треба извући критеријуме који су значајни за поверавање детета родитељу на самостално вршење родитељског права;
3. Коначно, суд мора рангирати поменуте критеријуме, како би се одређеном родитељу дала предност приликом вршења родитељског права.

У рангирању критеријума суд ужива велику слободу, те превагу могу однети најразличитија мерила попут: карактеристика, потреба и жеља детета, могућности и способности родитеља да задовоље потребе детета, материјалних и стамбених прилика родитеља детета и сл.⁷⁶ Поменути критеријуми, чији број и вредност нису унапред одређени, представљају заправо елементе за утврђивање садржине "најбољег интереса детета". О томе ће детаљно бити речи у делу који се бави квалитативним, односно садржинским аспектом "најбољег интереса детета".

Дакле, креативна функција принципа "најбољег интереса детета" омогућава да се поменуто начело уобличи као правно правило у сваком конкретном случају. На тај начин, принцип "најбољег интереса детета" оживљава у истинском, животном породичном оквиру са стварним актерима. Из тог разлога, намеће се анализа концепта "најбољег интереса детета" као правног правила.

⁷⁵ У нашем породичном законодавству, наводи се једино како се суд у спору за вршење родитељског права има руководити најбољим интересом детета. Вид. чл. 266. ст. 1. ПЗ.

⁷⁶ Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19. 04. 2007. "Актуелна судска пракса", бр. 3/2008.

2.2.3. "Најбољи интерес детета" као правно правило

2.2.3.1. Случајеви у којима се "најбољи интерес детета" исказује као правно правило

Као што је већ речено, концепт "најбољег интереса детета" се не мора неизоставно везивати за правни принцип. Тако се наведени правни стандард може јавити и у облику правног правила. Такав случај ће бити уколико се "најбољи интерес детета" исказе као коначна заповест о понашању за коју се везују одговарајуће правне последице. Због тога, "најбољи интерес детета" као правно правило не може имати исти захват као истоимено правно начело, већ се мора примењивати на уже и конкретније групе правних односа. Делујући као правни принцип, "најбољи интерес детета" усмерава и осветљава пут који води до правног правила. Са друге стране, када се исказује као правно правило, "најбољи интерес детета" утиче на правни статус одређених лица, на настанак и престанак одређених правних односа, на пуноважност одговарајућих правних аката. Због тога, још једном треба нагласити како је веза између "најбољег интереса детета" као правног принципа и истоименог концепта у форми правног правила узајамна и нераскидива. "Најбољи интерес детета" се као правно правило рађа из истоименог правног принципа. Међутим, поменути концепт добија своје конкретне обресе и смисао тек када се исказе кроз одговарајућа правна правила.

Као и у случају правног принципа, КПД представља основни оквир кроз који се "најбољи интерес детета" исказује као правно правило. У наведеној Конвенцији постоје четири случаја формулисања поменутог концепта у форми правног правила. Прва два случаја су од непосредног значаја за регулисање породичноправних односа, док се у преостале две ситуације ради о правним правилима из домена малолетничког кривичног права. Тако се Конвенцијом прописује како се ниједно дете не може раздвојити од родитеља против њихове воље, "осим када надлежни органи на основу судског увида одлуче, у складу са одговарајућим законом и процедурама, да је такво раздвајање неопходно и у најбољем интересу детета".⁷⁷ На овом месту, у КПД се *exempli causa* наводи како "најбољи интерес детета" за раздвајање од родитеља постоји ако они злостављају или занемарују дете.⁷⁸

⁷⁷ Чл. 9. ст. 1. КПД.

⁷⁸ *Ibid.*

Међутим, поменуто правило није једино које своју примену налази у породичноправним односима. Тако се истим чланом Конвенције предвиђа како дете има право у континуитету одржавати личне односе са родитељем или родитељима са којима не живи, осим ако је то противно "најбољем интересу детета".⁷⁹ Оба поменута правила су уткана у наше законодавство преко одговарајућих норми породичног права.⁸⁰

Поред породичноправних односа, "најбољи интерес детета" у форми правног правила налази своју примену и у области малолетничког кривичног права. У КПД се најпре предвиђа како се "свако дете лишено слободе одваја од одраслих лица, осим ако се не сматра да је то у најбољем интересу детета".⁸¹ Такође, кривичном поступку који се води против малолетног починиоца требају присуствовати његови родитељи или старатељи малолетног лица, осим ако то није у "најбољем интересу детета".⁸² И ова правила из КПД су инкорпорисана у наше законодавство преко Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.⁸³

Као што се може приметити, случајеви у којима се "најбољи интерес детета" исказује као правно правило имају разнородну примену. Ипак, ако се наведена правила посматрају са аспекта правне логике, уочава се један интересантан проблем, коме ће се у наредном делу посветити пажња.

2.2.3.2. "Најбољи интерес детета" као правно правило које представља изузетак

Ако се погледају претходно наведена правила, уочиће се како и поред различите природе правних односа које регулишу, имају нешто заједничко. Наиме, у сва четири наведена случаја, "најбољи интерес детета" се исказује кроз правно правило које је формулисано као изузетак у односу на општије правило. На пример,

⁷⁹ Вид. чл. 9. ст. 3. КПД.

⁸⁰ Вид. чл. 60. ст. 2. ПЗ, односно чл. 61. ст. 2. истог Закона.

⁸¹ Чл. 36. ст. 1. (с) КПД. Треба рећи како појам детета из КПД не одговара појму детета из нашег кривичног права, јер се поменутим изразом обухватају лица млађа од 14. година. Вид. 112. тач. 8. Кривичног законика - КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009 и 111/2009. Пандан изразу "дете" из Конвенције, у кривичном праву јесте израз "малолетно лице. Упор. чл. 1. КПД са чл. 112. тач. 10. КЗ.

⁸² Вид. чл. 40. ст. 2 (b) (iii) КПД.

⁸³ Вид. чл. 65. 3, као и чл. 68. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица - ЗМУКД, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005.

свако дете има право на одржавање личних односа са родитељем са којим не живи, осим ако то није супротно "најбољем интересу детета" или малолетник лишен слободе се одваја од одраслих лица, осим ако је у "најбољем интересу детета" да се то не учини. Међутим, постоји проблем да се у "најбољем интересу детета" као правном правилу препозна изузетак, упркос наведеним формулацијама из КПД.

Као што је познато, чувено правило правне логике јесте да сваки изузетак треба уско тумачити (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*). Поменути став правне логике подразумева да изузетак, као конкретнија норма супротне садржине од општијег правила, буде у што већој мери одређен.⁸⁴ Несумњиво је постојање изузетка када се случајеви на које се конкретније правило односи таксативно набрајају.⁸⁵ Међутим, појам "најбољег интереса детета" је у толикој мери неодређен да нити једно таксативно набрајање случајева које укључује не би било у довољној мери исцрпно. Илустрације ради, послужићемо се правилима нашег породичног законодавства која се односе на ограничавање права детета да живи са својим родитељима. Као што је већ речено, дете се може раздвојити од родитеља само ако је то у "најбољем интересу детета". Дакле, заједнички живот родитеља и детета се формулише као општије правно правило, док заповест о одвојеном животу детета од родитеља делује као конкретнија норма, односно изузетак. Како би у што већој мери одредио садржину правила којим се ограничава право детета да живи са својим родитељима, наш законодавац наводи примере када је поменуто ограничење у "најбољем интересу детета". Тако се прописује како "суд може донети одлуку о одвајању детета од родитеља ако постоје разлози да се родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права или у случају насиља у породици".⁸⁶ Из наведене формулације може се закључити како законодавац *exempli causa* наводи разлоге за одвајање детета од родитеља. На овакав закључак упућује део диспозиције поменутог правила према којем "суд може донети одлуку о одвајању детета од родитеља". Дакле, законодавац само усмерава судове у смислу разлога који би оправдавали измештање детета из његове примарне породице. С обзиром на недовољну одређеност правила којим се дете раздваја од родитеља, постаје нејасно може ли се поменуто правило уопште сматрати изузетком. У оваквим ситуацијама, до одговора се може доћи само тумачењем конкретних правних правила, при чему ће

⁸⁴ Вид. Р. Лукић, Б. Кошутин, Д. Митровић, *Увод у право*, ЈП "Службени лист СРЈ", Београд 2000, 575.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Чл. 60. ст. 3. ПЗ.

кључну улогу имати циљно тумачење. Наиме, уколико би се прихватило како правило о раздвајању детета од родитеља није изузетак, тиме би се идеја родитељског права у значајној мери урушила. Овакав развој догађаја би концепт "најбољег интереса детета" претворио у сопствену негацију, односно супротност. Из тог разлога треба прихватити како правило којим се ограничава право детета да живи са својим родитељима представља изузетак, али са неодређеним обимом.⁸⁷ Исти закључак важи и за преостале случајеве из КПД, где се "најбољи интерес детета" формулише као правно правило. Поменуто схватање изузетка намеће рестриктивну употребу правног правила које обухвата "најбољи интерес детета". Штавише, употреба изузетка са неодређеним обимом мора бити рестриктивнија, него када је реч о типичним изузетцима од општијих норми који су таксативно набројани. Другим речима, код изузетка који садржи "најбољи интерес детета", неодређеност правила намеће суду опрезније поступање, нарочито ако законодавац не даје примере за примену изузетка. Насупрот томе, код таксативно набројаних изузетака, поље раздвајања општије норме од правила које представља изузетак је јасно означено.

Као што је већ речено, правно правило којим се исказује "најбољи интерес детета" је неодређеног обима. Ипак, маневарски простор у коме се крећу судови приликом доношења одлуке о "најбољем интересу детета" није увек исти. Због тога је потребно анализирати наведено правило и са аспекта његове структуре, односно елемената које обухвата.

2.2.3.3. Структура правног правила које садржи "најбољи интерес детета"

У претходном делу било је речи о начину на који се концепт "најбољег интереса детета" исказује кроз правно правило. Међутим, правно правило се може посматрати и кроз његову унутрашњу структуру, односно елементе који га чине. У том смислу, може се уочити како "најбољи интерес детета" представља претпоставку, односно услов за примену диспозиције у претходно наведеним случајевима. На пример, услов за ограничавање права детета на одржавање личних односа са родитељем који не врши родитељско право јесте управо "најбољи интерес

⁸⁷ Упор. Р. Лукић, Б. Кошутих, Д. Митровић, 575.

детета". Другим речима, дете се може раздвојити од родитеља једино уколико је то у дететовом "најбољем интересу". Неодређеност конкретног правног правила не проистиче из неодређености диспозиције односно заповести о понашању, већ недефинисаности услова односно претпоставке за примену диспозиције. На тај начин, слобода коју уживају правни субјекти који примењују наведено правило произилази управо из неодређености услова за примену наведене заповести. Међутим, размера поменуте слободе зависи од начина на који се "најбољи интерес детета", као део правног правила, изводи из истоименог правног принципа. Тако, уколико се изводи посредно, вољом самог законодавца, као у претходном примеру, "најбољи интерес детета" се исказује кроз правило које представља изузетак, што намеће опрезнију и рестриктивнију примену. Истовремено, услови за примену диспозиције овако насталог правила су најчешће дати *exempli causa* у закону, о чему је већ било речи, чиме се у извесном смислу трасира пут правних субјеката који доносе одлуке о "најбољем интересу детета". Међутим, "најбољи интерес детета" се може јавити и у облику појединачне правне норме, односно правила које настаје стваралачком улогом судске праксе, а изводи се непосредно из истоименог принципа. У поменутим случајевима концепт "најбољег интереса детета" се исказује кроз значајну слободу судова, која, ипак, има одређене границе. "Најбољи интерес детета" овде више није услов за примену диспозиције правила које представља изузетак, већ претпоставка за примену основног правила. На пример, суд ће одлучити да по разводу брака родитељско право самостално врши мајка детета, уколико је то у "најбољем интересу детета". Међутим, суд може исто тако по разводу брака дете поверити и оцу на самостално вршење родитељског права ако процени како таква одлука више одговара дететовом "најбољем интересу". Наведена два правила су супротне садржине, али стоје на равноправним основама и немају однос општије норме и изузетка. При томе је услов за примену обе диспозиције исти, а то је "најбољи интерес детета". Из тог разлога, суд има дискрециону власт да одлучи коју ће диспозицију применити.⁸⁸ Ипак, поменута дискрециона власт не значи апсолутну слободу судова да по свом нахођењу одређују којој ће диспозицији дати предност. Сходно томе, судови морају у сваком конкретном случају одредити све елементе значајне за процену "најбољег интереса детета", а затим поменуте елементе рангирати. Од начина на који ће се елементи за процену "најбољег

⁸⁸ Вид. Р. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић, 349.

интереса детета" вредновати зависи и избор диспозиције која ће се применити у конкретном случају. Како би се илустровао читав механизам непосредне примене принципа "најбољег интереса детета", послужићемо се једним примером из наше судске праксе.

У поменутом случају суд је одлучивао о вршењу родитељског права према трогодишњој девојчици у ситуацији када је дошло до престанка заједнице живота њених родитеља. Од тренутка разлаза својих родитеља, девојчица је живела са мајком у породичној кући која је власништво мајчиног очуха. Са друге стране, отац детета је живео сам у стану површине 40 метара квадратних, који је у његовом власништву. Поред тога, отац девојчице је остваривао и нешто већу зараду у односу на мајку детета. Упркос чињеници да мајка детета болује од епилепсије, Институт за ментално здравље, као и установа специјализована за посредовање у породичним односима, сматрали су како се дете треба поверити мајци, која као родитељ боље препознаје развојне потребе детета. Истовремено се указало и на досадашње континуирано старање мајке о девојчици, као и на помоћ коју пружају родитељи мајке детета. При овако утврђеном чињеничном стању, суд је одлучио да се дете повери мајци на самостално вршење родитељског права.⁸⁹ Анализирајући наведену судску одлуку може се закључити како је суд узео у обзир следеће елементе за процену "најбољег интереса детета":

1. узраст девојчице;
2. примарну потребу детета за негом;
3. континуитет мајчиног старања над дететом;
4. спремност родитеља мајке детета да пруже помоћ око свакодневног старања над дететом;
5. здравствено стање мајке;
6. налазе одговарајућих специјализованих институција;
7. материјалне и стамбене прилике родитеља детета.

Након овако одређених елемената за процену "најбољег интереса детета", суд је сматрао како су елементи највишег ранга у конкретном случају били "примарна потреба детета за негом", као и "континуитет мајчиног старања над девојчицом." На

⁸⁹ Вид. Пресуда Другог општинског суда у Београду П. бр. 5569/05 од 13. 06. 2006. године и пресуда Округног суда у Београду Гж. бр. 13945/06 од 31.10. 2006. године, Билтен Округног суда у Београду, бр. 74/2006.

тај начин, стекли су се услови за примену диспозиције да се дете повери мајци на самостално вршење родитељског права.

Међутим, из претходно наведеног, не треба закључити како су судије слободне да по свом нахођењу или личним убеђењима изаберу конкретну диспозицију на основу које ће креирати правно правило. У том смислу, дискреција судова је двојако ограничена. Најпре, дискрециона власт коју судови имају приликом избора диспозиције не обухвата одлуку о томе који ће се критеријуми за процену "најбољег интереса детета" разматрати. Другим речима, како би стекли дискреционо право да одлучују којем ће од поменутих елемената дати предност, судови морају из сваког конкретног случаја извући што исцрпнију листу елемената за процену "најбољег интереса детета". Ово је нарочито важно када више судске инстанце преиспитују одлуке нижестепених судова које су донете непосредном применом принципа "најбољег интереса детета". У таквим ситуацијама, вишестепени судови могу испитивати одлуку нижестепених судова у делу који се односи на одређивање елемената за процену "најбољег интереса детета". На пример, вишестепени суд може укинути одлуку нижестепеног суда да се дете по разводу брака повери мајци, јер нижестепени суд уопште није узео у обзир мишљење детета. Исто тако, вишестепени суд може оценити како је нижестепени судски орган непотпуно утврдио чињенично стање ако је одлучио дете поверити мајци, а није узео у обзир здравствено стање мајке детета.

Друго, приликом рангирања елемената за одређивање садржине "најбољег интереса детета", судови морају пружити аргументацију зашто су једном елементу дали предност наспрам другог, односно зашто су одређени фактор одбацили у конкретној ситуацији. У овом случају, може се говорити о процесу ограничене објективизације "најбољег интереса детета", који има за циљ да умањи могућност правног волунтаризма и злоупотребе моћи наведеног принципа. Аргументација судова може почивати на најразличитијим критеријумима, од схватања правне теорије, налаза и мишљења експерата из области психологије и медицине, до концепта људских права и права детета. Виши судови не могу контролисати начин на који ниже судске инстанце изводе своју аргументацију којем ће елементу за процену "најбољег интереса детета" дати предност у конкретном случају. Изузетак представљају случајевима када наведена аргументација почива на одговарајућем схватању људских права, односно права деце. Због тога је на међународном плану присутна снажна тенденција да се као основно средство објективизације "најбољег

интереса детета" наметну управо права детета. Међутим, о овоме ће бити више речи у делу који се посебно бави односом између елемената за процену "најбољег интереса детета" унутар квалитативног аспекта наведеног принципа.

У претходном делу рада, показало се на који начин се "најбољи интерес детета" креће на линији између правног принципа и правног правила. Међутим, као што је раније напоменуто, Комитет за права детета сматра како се "најбољи интерес детета" може исказати и као посебно право детета ("*substantive right*"). Поменути став Комитета представља двосекли мач на путу ка бољем разумевању појма "најбољег интереса детета".

2.2.4. "Најбољи интерес детета" као посебно право детета

2.2.4.1. Појам и правна природа "најбољег интереса детета" као посебног права детета

Индивидуализација породичних односа под налетом људских права неминовно се одразила и на концепт "најбољег интереса детета. Када се усвојила КПД и принцип "најбољег интереса детета" сместио у контекст права деце, било је јасно да ће се суштина поменутог принципа изменити. Ипак, наведена промена се превасходно тумачила тако што су се права деце стављала у службу принципа "најбољег интереса детета".⁹⁰ Међутим, Комитет за права детета сматрао је како треба отићи корак даље и поменути принцип у извесном смислу потчинити правима деце. Тако се дошло до "права детета да његов најбољи интерес буде од првенственог значаја".⁹¹ На тај начин се изашло из концептуалног оквира којег су творци КПД првобитно наменили "најбољем интересу детета". У том смислу, професорка Ван Берен (*Van Bueren*), која је непосредно учествовала у изради нацрта КПД, наглашава како чл. 3. ст. 1. КПД "не ствара права и дужности, већ представља само принцип тумачења који се мора размотрити приликом предузимања било ког

⁹⁰ Вид. Jane Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge University Press 2009, 40.

⁹¹ Вид. Para 1. CRC/C/GC/14. Кључну улогу приликом формулисања "најбољег интереса детета" као посебног права имао је швајцарски професор Зерматен (*Zermatten*), иначе доскора председавајући Комитета за права детета. Његова трипартитна подела појавних облика "најбољег интереса детета" (посебно право детета, принцип и процедурална гаранција), прихваћена је од стране Комитета за права детета у Општем коментару бр. 14. Упор. Jean Zermatten, "The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function", *International Journal of Children's Rights* 4/2010, 485. ca para. 6. CRC/C/GC/14.

поступка који се тиче деце".⁹² Комитет за права детета је ипак нашао простор за екстензивно тумачење наведене одредбе под изговором да исказивање "најбољег интереса детета" кроз посебно право представља гаранцију примене наведеног принципа у сваком конкретном случају.⁹³

У Општем коментару бр. 14. из 2013. године, Комитет за права детета даје апстрактну и гломазну дефиницију "најбољег интереса детета" као посебног права. Реч је о "праву детета да се његов најбољи интерес процени и буде од првенственог значаја приликом доношења одлуке о конкретном питању, те да се обезбеди примена овог права када год се одлука тиче конкретног детета, одређене или неодређене групе деце, односно деце уопште".⁹⁴ На овом месту, неће се говорити о проблему тзв. колективистичког приступа "најбољем интересу детета", којим се примена поменутог принципа везује за децу као категорију лица.

Поводом наведене дефиниције најпре се може поставити питање природе "права детета да његов најбољи интерес буде од првенственог значаја". Комитет наведено право означава термином "*substantive right*" који је врло незахвално превести на српски језик.⁹⁵ У дословном значењу, поменути енглески израз би се првенствено могао превести као "субјективно право". Међутим, термин "*substantive right*" се тешко може уподобити субјективном праву.

Најпре, појам "субјективног права" карактеристичан је за европско-континентално право и подразумева поделу на апсолутна и релативна субјективна права. Англо-саксонској правној мисли појам "субјективног права" је стран, као и горе поменута подела.⁹⁶ Друго, мора се имати у виду контекст у коме Комитет за права детета делује, што указује како "*substantive right*" из Општег коментара бр. 14. наведеног органа може бити једино посебно право детета, као људско право. Потврду наведеног схватања представљају и речи швајцарског професора Зерматена, председавајућег Комитета за права детета, који наводи како обавеза поштовања "права детета да његов најбољи интерес буде од првенственог значаја" почива на

⁹² Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague - Boston - London, 1998, 46.

⁹³ J. Zermatten, 485.

⁹⁴ Para. 6 (a) CRC/C/GC/14.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ На пример, термин "*right*" у анго-саксонском праву је шири и обухвата и јавноправне односе. Са друге стране, израз "апсолутна права" ("*absolute rights*") подразумева права која се не могу ограничити, попут права на живот. Са друге стране, најближа "релативним правима" су "*claim-rights*", где је право истоврсно са захтевом и подразумева корелативни однос са обавезом одређеног лица. Вид. George Rainbolt, *The Concept of Rights*, Springer, the Netherlands 2006, 25, 161.

државама-уговорницама.⁹⁷ У том смислу, наведени израз треба тумачити у смислу права које је суштинско за дете, односно нераздвојиво од личности детета. Реч је о праву које припада подкатегорији људских права, познатој у правној теорији као права добробити ("*welfare rights*"). Због тога је нужно осврнути се на појам "права добробити" како би се разумела природа "права детета да његов најбољи интерес буде од првенственог значаја".

Једна од најзначајнијих формулација "права добробити" налази се у Универзалној Декларацији о људским правима из 1948. године.⁹⁸ Тако се у поменутом међународном документу наглашава како "свако има право на стандард живота који одговара његовом здрављу и добробити, односно здрављу и добробити његове породице, укључујући храну, одећу, дом и медицинску негу, односно социјалну заштиту, као и право на социјалну сигурност у времену незапослености, болести, немоћи, губитка партнера, старости или других животних потешкоћа изван његове контроле".⁹⁹ У том смислу, "права добробити" се означавају као позитивна, јер подразумевају активну улогу државе у процесу њихове примене.¹⁰⁰ Енглески правник Мајкл Фримен (*Michael Freeman*) је наведени концепт применио на права деце, односно приликом класификација права из КПД.¹⁰¹ Тако поменути правни писац сматра како постоји посебна група права деце "која се тичу њиховог развоја и добробити". У наведену групу права Фримен убраја право детета на разуман животни стандард, право на здравствену заштиту и основне услуге, право на социјалну сигурност, право на образовање и право на слободно време.¹⁰²

"Права добробити" су нераскидиво везана и уткана у личност ("*personhood*") човека, те отуда представљају предуслов за остваривање свих осталих људских права.¹⁰³ Наведени концепт на сличан начин делује и у области права деце, где "права добробити" детета требају омогућити простор за вршење осталих права чији је ималац дете. Међутим, проблем је што читава концепција која прати наведена права делује утопистички. Наиме, примена "права добробити" почива на моћи и

⁹⁷ J. Zermatten, 485.

⁹⁸ Универзална Декларација о људским правима усвојена је од стране Генералне Скупштине Уједињених Нација 10. децембра 1948. године. Universal Declaration of Human Rights - A/RES/3/217A.

⁹⁹ Art. 25 (1) A/RES/3/217A.

¹⁰⁰ James Griffin, "Welfare Rights", *The Journal of Ethics*, 4/2000, 28.

¹⁰¹ Тако, Фримен (*Freeman*) класификује права деце на: општа права, права која захтевају мере заштите, права која се тичу грађанског статуса деце, права која се тичу развоја и добробити деце, права која се односе на децу у "нарочито тешким околностима". Вид. Michael Freeman, "The Future of Children's Rights", *Children & Society*, 4/2000, 277 - 278.

¹⁰² *Ibid.*, 278.

¹⁰³ Вид. J. Griffin, 40.

ауторитету државе. У том смислу, тешко се може наћи држава која би у сваком појединачном случају имала ресурсе за остваривање "права добробити".¹⁰⁴ Ово је нарочито случај са "правом детета да његов најбољи интерес буде од првенственог значаја". Као и сва "права добробити", поменуто право захтева снажну државну интервенцију.¹⁰⁵ Међутим, услед неодређености коју носи концепт "најбољег интереса детета", наведена интервенција може значити додатну разградњу породичних структура и слабљење правног положаја родитеља. Због тога је од посебне важности сагледати последице које би "право детета да његов најбољи интерес буде од првенственог значаја" могло имати на породичне односе. Другим речима, постоји ли уопште потреба да се наведено право уврсти у каталог права која припадају деци?

2.2.4.2. Потреба за исказивањем "најбољег интереса детета" кроз посебно право детета

Комитет за права детета наводи у свом Општем коментару бр. 14. из 2013. године како пуна примена концепта "најбољег интереса детета" захтева развој приступа заснованог на људским правима ("*right-based approach*") који би обухватио све учеснике правног односа, ради обезбеђивања свеукупног физичког, психолошког, моралног и духовног интегритета детета и унапређења његовог људског достојанства.¹⁰⁶ Приступ заснован на људским правима ("*right-based approach*") се у извесном смислу противи природи принципа "најбољег интереса детета" као утилитаристичког начела које има за циљ добробит детета ("*welfare approach*").¹⁰⁷ Између два наведена приступа постоје две основне разлике. Најпре, код "најбољег интереса детета" као принципа добробити ("*welfare approach*"), тежиште приликом одлучивања је на последицама конкретне одлуке по дете. Утилитаристички приступ се у пракси претвара у патернализам, јер о "најбољем интересу детета" одлучује, по правилу, неко други, а не само дете. Са друге стране, приступ заснован на људским правима ("*right-based approach*") у први план ставља питање доносилаца одлука, односно лица која одлучују о "најбољем интересу

¹⁰⁴ *Ibid.*, 34.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 37.

¹⁰⁶ Para. 5. CRC/C/GC/14.

¹⁰⁷ Вид. Stephen Parker, "Rights and Utility in Anglo-Australian Family Law", 3/1992, 323.

детета".¹⁰⁸ Друго, утилитаристички карактер принципа "најбољег интереса детета" захтева да се поменути принцип издигне изнад права деце из КПД, тако што ће представљати средство тумачења, али и ограничавања наведених права. Супротно томе, "*right-based approach*", илустративно речено, не трпи никаква искакања из система заснованог на људским правима, односно правима деце. Због тога је било потребно превести "најбољи интерес детета" на терен у којем ће бити у истој равни са правима деце. Начин се пронашао тако што се "најбољи интерес детета" укалупио у појам посебног права детета.

Могло би се помислити како се исказивањем "најбољег интереса детета" кроз посебно право ствара једно над-право, односно право детета врхунског ранга и свеобухватности. Међутим, реч је о само спољном утиску или привиду. Формулисање "најбољег интереса детета" кроз посебно право суштински доприноси снази једног другог права детета. Реч је о праву детета на мишљење. Наиме приступ заснован на људским правима ("*right-based approach*") захтева да се, у што већој мери, дете наметне као доносилац одлука. Из тог разлога, основни мотив превођења "најбољег интереса детета" на терен права деце је жеља за још снажнијом партиципацијом детета у пракси. Настоји се обезбедити јачи механизам за активно учешће детета у поступцима који га се тичу како би дете преко сопствених избора штитило свој "најбољи интерес". "Право детета да његов најбољи интерес буде првенственог значаја" истовремено значи признати право детету на сопствене грешке, једнако као и одраслима.¹⁰⁹

Комитет за права детета већ извесно време трасира пут за прилагођавање принципа "најбољег интереса детета" праву детета на мишљење. Тако је поменути међународни орган у Општем коментару бр. 12. из 2009. године изнео став како право на мишљење детета стоји на равним основама са принципом "најбољег интереса детета".¹¹⁰ При томе, како се увећава искуство и способност за расуђивање детета, мења се и улога лица која су детету дужна обезбедити простор за исказивање

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Вид. Michael Freeman, "Why it remains important to take children's rights seriously", *Children's Rights : Progress and Perspectives - Essays from the International Journal of Children's Rights* (ed. M. Freeman), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011, 16

¹¹⁰ Не постоји тензија између чланова 3. и 12. КПД јер се наведени принципи узајамно допуњују тако што први има за циљ остваривање "најбољег интереса детета", док други пружа методологију за остваривање поменутог циља....те не може бити исправне примене члана 3. без поштовања елемената члана 12. Такође, члан 3. ојачава функционалност члана 12, дајући кључну улогу деци у одлукама које се тичу њихових живота. Општи коментар бр. 12. Комитета УН за права детета из 2009. године. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009), para 74 - CRC/C/GC/12.

мишљења. На крају наведеног процеса долази се до степена када се говори о размени мишљења између детета и родитеља, односно старатеља на равноправној основи.¹¹¹ Другим речима, дете постаје самостални доносилац одлука.

У претходно наведеном контексту може се видети разлика између приступа заснованог на људским правима ("*right-based approach*") и "најбољег интереса детета" као принципа добробити ("*welfare approach*"). У првом случају, "најбољи интерес детета" се током развоја сазнајних способности детета све више изједначава са правом детета на мишљење да би на крају постали једно. Тачније, мишљење детета као елемент за процену "најбољег интереса" детета све више добија на снази да би коначно, условно речено, прогутало наведени принцип. Са друге стране, уколико се принцип "најбољег интереса" детета посматра у складу са својим утилитаристичким карактером, наведено начело све више јењава, копни и губи снагу јер постепено нестаје потреба за поменутиим концептом. У таквим околностима појам пунолетства детета престаје означавати одсечну границу између правног положаја детета и одраслих и измешта се из граница приватног у сферу јавног права. За партиципацију детета првенствени значај има зрелост и способност детета да формира мишљење, а не његов узраст.¹¹² На тај начин примена принципа "најбољег интереса детета" постепено измиче из руку правника.

"Приступ заснован на људским правима" ("*the right-based approach*") приликом примене принципа "најбољег интереса детета" има снажно упориште у одређеном делу правне теорије. У том смислу, говори како дете има морално право према држави, једнако као и одрасла лица, да му се омогући сопствени избор који би се тицао његове добробити.¹¹³ Даље, грешка је сматрати како ће у случају сукоба "најбољег интереса детета" са правом детета на мишљење наведени принцип увек однети превагу.¹¹⁴ У супротном би утврђивање мишљења детета било практично бескорисно.¹¹⁵ Због тога заговорници "приступа заснованог на људским правима" сматрају како праву детета на мишљење треба дати једнаку снагу као принципу "најбољег интереса детета".¹¹⁶ Нешто умеренији приступ има енглески правник

¹¹¹ Para. 84. CRC/C/GC/12

¹¹² Вид. Para. 21. CRC/C/GC/12.

¹¹³ Вид. James Dwyer, *The Relationship Rights of Children*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, 132.

¹¹⁴ D. Archard, M. Skivenes, "Deciding best interests: general principles and the cases of Norway and the UK", *Journal of Children's Services*, 4/2010, 45.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ D. Archard, M. Skivenes, "Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views", *International Journal of Children's Rights*, 1/2009, 2.

Ејкелар (Eekelaar), који је, указујући на значај партиципације детета приликом одређивања садржине "најбољег интереса детета", развио особен модел назван динамично самоодређење ("*dynamic self-determinism*"), о чему ће посебно бити речи у делу који обрађује квалитативан аспект поменутог принципа. Ејкелар сматра како се права деце требају поштовати једнако као и права одраслих, али у границама које намећу способност за расуђивање и посебна рањивост детета.¹¹⁷

Као што се може приметити, иза настојања да се "најбољи интерес детета" уобличи као субјективно право лежи тежња да се поменути принцип у највећој могућој мери потчини праву детета на мишљење. Превасходно због тога, Комитет за права детета наглашава како се ниједно право из КПД не може угрозити негативним тумачењем "најбољег интереса детета".¹¹⁸ Реч "угрозити" ("*compromise*") може се тумачити у светлу ограничавања права. Све ово указује како се мишљењу детета жели дати одлучујући карактер, разуме се, уколико се процени како је дете способно мишљење формирати. На тај начин, постепено се потискује обавеза државе да поштује одговорности и права родитеља из КПД која треба одсликавати "деликатну равнотежу између права деце и корелативних родитељских права".¹¹⁹

Неспорно је како партиципација детета представља предуслов за утврђивање "најбољег интереса детета" у случајевима када је дете способно формирати своје мишљење.¹²⁰ Међутим, Комитет за права детета путем исказивања "најбољег интереса детета" у облику посебног права показује одређено неповерење према лицима која се непосредно старају о детету, а првенствено према родитељима детета. Наиме, заоденути "најбољи интерес детета" у форму посебног права детета значи појачати државну интервенцију у породичне односе и додатно сузити простор родитеља за вршење родитељског права. Разлог лежи у самој природи права детета. Тако, формулисање "најбољег интереса детета" као посебног права има једну важну практичну последицу. То значи како детету припада и захтев, односно да може у одговарајућем поступку тражити заштиту свог "најбољег интереса" пред надлежним државним органом.¹²¹ Сходно томе, дете би као ималац "права да његов најбољи интерес буде од првенственог значаја" могло покренути поступак и против својих

¹¹⁷ John Eekelaar, "Beyond the welfare principle", *Child and Family Law Quarterly*, 3/2002, 249.

¹¹⁸ Para. 4. CRC/C/GC/14.

¹¹⁹ Sharon Detrick, "'Family Rights' Under the United Nation Convention on the Rights of the Child", *Families Across Frontiers* (eds. N. Lowe, G. Douglas), Kluwer Academic Publishers, The Hague 1996, 97. Вид. чл. 5. КПД.

¹²⁰ Вид. para. 44 CRC/C/GC/12.

¹²¹ Вид. para. 6 (a). CRC/C/GC/14.

родитеља у случају повреде наведеног права. Међутим, за разлику од осталих права детета, објекат наведеног права није ни изблиза толико одређен. Тако би се могло доћи у ситуацију да дете води поступак против родитељима по питањима која се тичу свакодневног васпитања. Тежиште одлучивања се заправо у још већој мери помера са родитеља на државу, што може имати нежељене последице. Без обзира на изгледе за успех детета у поменутих споровима, отвара се простор који није покривен објектима осталих права деце, већ знатно ширим сплетом правних односа, те су злоупотребе могуће. Деца се снабдевају читавим арсеналом слободе за који простор треба да им омогуће првенствено родитељи, а не држава. Ипак, држави се проширује, а родитељима сужава поље за доношење одлука. При томе, треба имати у виду како се аутономија детета може остваривати само кроз здрав узајамни однос са родитељима.¹²² У извесном смисли може се говорити о повратку на идеје раног покрета "дечјег ослобођења", али треба бити опрезан због последица на даљу разградњу родитељског права и ауторитета.

Упркос томе, у теорији постоје ставови како формулисање "најбољег интереса детета" кроз посебно право има преваходно идеолошку снагу, те како је учинак наведеног концепта релативно скроман. Аргументи за овакве тврдње би се могли поделити на формалне и материјалне, који су у тесној вези.

Најпре, проблем је релативно слаб механизам надзора над применом КПД који обезбеђује Комитет за права детета.¹²³ При томе, најбољи интерес детета" има индивидуалистички карактер, а схватања Комитета немају моћ судских одлука, прилагођених конкретном детету и ситуацији.¹²⁴ Због тога се право детета да његов "најбољи интерес" буде од првенственог значаја не може искристалисати кроз одговарајућу судску праксу на глобалном нивоу. Ипак, треба рећи како је на међународном плану уложен значајан напор како би се поменути недостатак ублажио, услед чега је 2011. године усвојен Опциони протокол бр. 3. уз КПД о процедури комуникације, којим се омогућава подношење индивидуалних представки Комитету за права детета, о чему ће бити више речи касније.¹²⁵

¹²² Helen Rhoades, "Revising Australia's parenting laws: a plea for relational approach to children's best interests", *Child and Family Law Quarterly* 2/2010, 182.

¹²³ У литератури се наводи како успех Комитета за права детета зависи више од дипломатије него од правне санкције. Ursula Kilkelly, "The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child", *Human Rights Quarterly*, 2/2001, 309.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Опциони протокол бр. 3 уз КПД усвојен је Резолуциојом бр. 66/138 од стране Генералне Скупштине Уједињених Нација 19. децембра 2011. године, а ступио је на снагу 14. априла 2014.

Са друге стране, постоје мишљења како је у пракси готово безначајна разлика између домашаја "најбољег интереса детета" као принципа и поменутог концепта као посебног права.¹²⁶ Кључне су вредности које се везују за заштиту деце и корист од развоја њихове способности да самостално одлучују.¹²⁷ Дакле, оба приступа се заснивају на вредносним проценама и захтевају од судова да одлуку донесу избором између различитих сукобљених вредности, који се тичу, како односа детета са другим лицима, тако и самог детета.¹²⁸ Као што могу постојати конкурентске и сукобљене вредности приликом примене принципа "најбољег интереса детета", тако исте вредности могу постојати и унутар концепта права детета. Сходно томе, мишљење детета као вредност може се штитити и применом принципа "најбољег интереса детета", без потребе да се наведени концепт исказује кроз посебно право.

Све ово указује како није било потребе формулисати "најбољи интерес детета" као посебно право. Поменути концепт не треба до краја превести на терен људских права. То се може уочити и из самог Општег Коментара бр. 14. Комитета за права детета. Намера Комитета је да се садржина "најбољег интереса детета" уподоби садржини осталих права деце из КПД.¹²⁹ Међутим, проблему садржине "најбољег интереса детета" Комитет приступа тако што наводи одговарајуће елементе за процену. У елементе укључује објекте права деце, али и неке типично патерналистичке факторе за процену "најбољег интереса детета, карактеристичне за примену "најбољег интереса детета" као принципа добробити ("*welfare approach*").¹³⁰ На тај начин се потврђује да се са процесом индивидуализације породичних односа можда требало зауставити код принципа "најбољег интереса детета". Истовремено, указује се на приличан степен артифицијелности и својеврсне инерције приликом конституисања наведеног концепта као субјективног права. У крајњој линији, реч је о преображају "принципа добробити" ("*welfare approach*") у "право на добробит" ("*welfare right*"). Тако се једно начело проткано етичким идеалима преводи на терен

године, након што је наведени Протокол ратификовало 10 држава-уговорница - ОП бр. 3-КПД. Наша држава је потписала, али још увек није ратификовала поменути Опциони протокол. Вид. https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-11-d&chapter=4&lang=en, 10. 06. 2014.

¹²⁶ Вид. Jonathan Herring, "Farewell Welfare?", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2/2005, 165.

¹²⁷ *Ibid.*, 165 - 166.

¹²⁸ Andrew Bainham, "Can we Protect Children and Protect their Rights?", *Family Law Journal*, 4/2002, 280.

¹²⁹ Вид. para. 4. CRC/C/GC/14.

¹³⁰ На пример, брига заштита и безбедност детета, ситуација рањивости. Вид. para. 71 - 76. CRC/C/GC/14.

конкретног права кога прати захтев. Задатак који превазилази моћи са којима право располаже, обично се претвара у злоупотребу.

Међутим, најкрупнија последица поменутог приступа би се могла тицати самог принципа "најбољег интереса детета". Уколико би се, упркос свему, "најбољи интерес детета" доследно превео на терен посебног права, то би дугорочно могло значити нестанак, односно утапање поменутог принципа у идеју права деце. Потреба за "најбољим интересом детета" би тако могла ишчезнути унутар правних односа који представљају објекте наведених права. О могућности наведеног исхода биће више речи у делу који се бави еволуцијом правног концепта "најбољег интереса детета".

У претходном делу, показали смо како се концепт "најбољег интереса детета" исказује унутар правног поретка, односно на терену права и правних односа. Ипак, концептуални аспект, премда важан, представља само једну од три димензије појма "најбољег интереса детета". Због тога је ради што потпунијег разумевања поменутог правног стандарда, потребно је сагледати и преостала два аспекта "најбољег интереса детета". Најпре ће се наведени појам анализирати са квантитативног гледишта како би се дошло до одговора колики је заправо опсег примене и домашај принципа "најбољег интереса детета". При томе, од посебног значаја је утврдити који су правни субјекти обавезни поштовати "најбољи интерес детета", какве правне односе наведени принцип обухвата, као и колики је домашај принципа "најбољег интереса детета".

2.3. Квантитативни аспект "најбољег интереса детета"

2.3.1. Круг лица која су у обавези поштовати "најбољи интерес детета"

Како би се одредио круг лица, односно правних субјеката који су обавезни поштовати принцип "најбољег интереса детета", нужно је вратити се на формулацију "најбољег интереса детета" као општег правног принципа из Конвенције о правима детета. Тако, на основу поменуте формулације, круг лица која имају обавезу поштовати "најбољи интерес детета" обухвата јавне или приватне установе

социјалног старања, судове, административне органе и законодавна тела.¹³¹ На први поглед, творци Конвенције су обавезу поштовања "најбољег интереса детета" усмерили превасходно ка државним органима и институцијама. Ипак, у наизглед целовиту слику правних субјеката којима се налаже поштовање наведеног принципа уводе се и "приватне установе социјалног старања". Реч је првенствено о хранитељским породицама, односно установи хранитељства као начину збрињавања деце одговарајућег породичноправног статуса. Дакле, намера твораца Конвенције није била да се обавеза поштовања "најбољег интереса детета" наметне само државним, односно јавним органима или установама.¹³² Ипак, поменути формулација из КПД не даје јасан одговор у вези са кругом физичких лица дужних да поштују "најбољи интерес детета". Овде се заправо ради о оним лицима чији се односи редовно одвијају унутар приватне сфере, често неподесне за уплитање државе са својим институцијама. Међутим, продор државе у приватни простор појединаца је и начинио од начела "најбољег интереса детета" оно што данас јесте. Прецизније речено, задирање државе у приватан домен родитеља као појединаца, изменио је представу о наведеном правном принципу. Кључни искорак у измени схватања и трансформацији појма "најбољег интереса детета" било је управо обавезивање родитеља детета да поштују принцип "најбољег интереса детета" у поступцима према сопственој деци. Ипак, на основу искључиво језичког тумачења формулације "најбољег интереса детета" као општег принципа из КПД, није могуће извући такав закључак. Због тога се може јавити дилема на који начин из Конвенције произилази обавеза родитеља да се повинују поменутом принципу. До одговора се стиже методама историјског и систематског тумачења одредбе којом се начело "најбољег интереса детета" утврдило у КПД као општи правни принцип.

Ако се прати процес усвајања Конвенције, приметитиће се како су постојали често и врло удаљени ставови појединих предлагача око правних субјеката којима се треба наложити поштовање "најбољег интереса детета".¹³³ Тако се по својој свеобухватности истицао предлог Пољске према којем би принцип "најбољег интереса детета" био од врхунског значаја "у свим поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају родитељи, старатељи, социјалне или државне

¹³¹ Вид. чл. 3. ст. 1. КПД.

¹³² Вид. Р. Alston, 15.

¹³³ Вид. *Ibid.*, 14.

институције и нарочито судови и административни органи".¹³⁴ Међутим, представник Сједињених Америчких Држава је сматрао како се родитељи и старатељи детета не требају обавезивати на поштовање "најбољег интереса детета". У том смислу, алтернативним предлогом које су поднеле САД, сугерисало се како наведени принцип треба применити "у свим службеним поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне установе за социјалну заштиту, судови или административни органи".¹³⁵ На крају се морало доћи до компромиса, те су из текста Нацрта уклоњени "родитељи и старатељи детета", али се и одбацио предлог САД да се поступци у којима ће се примењивати "најбољи интерес детета" ограниче само на "службене".¹³⁶ Коначно, непосредно пред усвајање КПД, листи субјеката који су обавезни поштовати "најбољи интерес детета" прикључена су и "законодавна тела".¹³⁷ Увођењем законодавних тела на листу субјеката обавезних да поштују наведени принцип, у индивидуалистички концепт "најбољег интереса детета" унета је колективна димензија. Ипак, као што ће се касније показати, када се принцип "најбољег интереса" примењује на децу као друштвену групу, има ограничен домашај.

Из претходног излагања јасно је како су приликом усвајања Конвенције постојале су несугласице око тога треба ли се домашај "најбољег интереса детета" ограничити само на државне, односно јавне органе и институције. Међутим, компромис између "пољске" и "америчке" струје је заправо оставио отворена врата за наметање обавезе поштовања "најбољег интереса детета" његовим родитељима, односно старатељима. Другим речима, како се поступци у којима се наведени принцип примењује нису могли ограничити само на "службене", постало је јасно да се са списка лица дужних поштовати "најбољи интерес детета" тешко могу изоставити родитељи, односно старатељи детета.¹³⁸ Потврду оваквог становишта пружа, како систематско тумачење општег начела "најбољег интереса детета" из

¹³⁴ E/CN.4/L. 1575, para 19. Sharon Detrick, Jaap Doek, Nigel Cantwell (ed. S. Detrick), *The United Nations Convention on the Rights of the Child - A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht - Boston - London 1992, 132.

¹³⁵ E/CN.4/L. 1575, para 20. Вид. S. Detrick (1992), 133.

¹³⁶ E/CN.4/L. 1575, para 25. Вид. P. Alston, 14.

¹³⁷ E/CN.4/1989/48, para 117.

¹³⁸ Вид. P. Alston, 15. Супротан став има енглески правник Мајкл Фримен (*Michael Freeman*) који, дајући превагу историјском тумачењу, сматра како се општи принцип "најбољег интереса детета" из КПД не односи на родитеље детета. Према Фримену, обавеза родитеља да поштују "најбољи интерес детета" се предевија посебним принципом из члана 18. ст. 1. КПД, који садржи слабију формулацију у односу на општи принцип из чл. 3. ст. 1. КПД. Вид. Michael Freeman, "Upholding the Dignity and Best Interests of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children, *Law and Contemporary Problems* 2/2010, 217.

КПД, тако и схватања Комитета за права детета, као надзорног органа за примену Конвенције. Најпре, уколико се КПД посматра као целина, може се запазити како творци Конвенције посебно издвајају обавезу родитеља, односно законских старатеља да поштују "најбољи интерес детета". Поменути обавеза се у КПД исказује у облику посебног правног принципа тако што се прописује како родитељи или законски старатељи детета имају превасходну одговорност за подизање и развој детета, при чему ће "најбољи интерес детета" бити њихова основна брига.¹³⁹ Недвосмислену обавезу родитеља, односно старатеља детета да поштују поменути принцип потврдио је и Комитет за права детета. Тако, у Општем коментару бр. 7. "О примени права деце у раном детињству", Комитет за права детета истиче како "било какво доношење одлука које се тиче старања над дететом, дечијег здравља, образовања и сл., мора узети у обзир начело "најбољег интереса детета", укључујући одлуке од стране родитеља, професионалаца и других лица одговорних за децу".¹⁴⁰

Може се закључити како се обавеза поштовања принципа "најбољег интереса детета" налаже најширем могућем кругу лица, без обзира да ли се њихове активности одвијају у приватној сфери појединаца или јавном домену. Међутим, постоји још једно лице, које претходно није поменуто, а које је такође дужно поштовати принцип "најбољег интереса детета". Премда на први поглед делује противуречно, реч је о самом детету као правном субјекту. Наиме, дете је ималац низа права, од којих је једно од најзначајнијих право детета на мишљење. Кроз право на мишљење детета се исказује динамична компонента "најбољег интереса детета", јер се детету омогућава активно учешће у доношењу одлука које га се тичу. Када ће дете стећи право на мишљење зависи од карактеристика сваког појединог детета, с обзиром да се стицање наведеног права везује за способност детета да формира своје мишљење.¹⁴¹ Међутим, поменуто право није неограничено. Тачније, право на мишљење детета се може ограничити управо позивањем на "најбољи интерес детета".¹⁴² Ипак, однос између наведеног права детета и принципа "најбољег интереса детета" ни изблиза није тако једноставан. Док, са једне стране поменути

¹³⁹ Вид. чл. 18. ст. 1. КПД.

¹⁴⁰ Општи коментар бр. 7. Комитета УН за права детета из 2005. године. *Comitee on the Rights of the Child, General Comment No. 7 (2005) Implementing child rights in early childhood*, para. 13 - *CRC/C/GC/7/Rev. 1*. Вид. R. Hodgkin and P. Newell, *Impementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF - United Nations Publications, Geneva - New York 2007, 37.

¹⁴¹ "Државе - уговорнице ће обезбедити детету које је способно формирати своје мишљење право на слободно изражавање мишљења у свим поступцима који се тичу детета..." Чл. 12. ст. 1. КПД.

¹⁴² Вид. Jane Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 40.

принцип остварује лимитативну функцију према праву детета на мишљење, са друге стране, мишљење детета често представља елемент највишег ранга за одређивање садржине "најбољег интереса детета". Однос између права детета на мишљење и принципа "најбољег интереса детета" је од суштинске важности за разумевање КПД и наведеног принципа, те ће о томе детаљно бити речи у делу који се односи на права детета.

У претходном делу, било је речи о лицима која су дужна поштовати "најбољи интерес детета". Са кругом правних субјеката којима се налаже поштовање наведеног начела, у тесној вези је питање домена правних односа у којима се принцип "најбољег интереса детета" остварује. Због тога одговор на поменуто питање представља други корак у анализи квантитативног аспекта "најбољег интереса детета".

2.3.2. Правни односи које обухвата "најбољи интерес детета"

С обзиром на круг лица која су у обавези поштовати "најбољи интерес детета", јасно је како поменути принцип има свеобухватну примену кроз правне односе најразличитије природе. Енглески правник Џон Марфи (*John Murphy*) на сликовит начин каже да "ако се може уочити златна нит која повезује сва права и слободе у односима који се тичу деце, онда је то "најбољи интерес детета".¹⁴³ Дакле, одговор на питање хоће ли се принцип "најбољег интереса детета" простирати на конкретан правни однос не зависи од природе наведеног односа. Оно што је у том смислу важно јесте значај конкретног правног односа за дете као правног субјекта. Тако, принцип "најбољег интереса детета" стоји у најнепосреднијој вези са породичноправним односима, под чијим окриљем је и настао, али се индивидуализацијом детета као правног субјекта проширио на све правне односе у које дете ступа или у које ступају други поводом детета. Ипак, могу се уочити одређени проблеми у вези обима правних односа које "најбољи интерес детета" обухвата. Наиме, према КПД, "најбољи интерес детета" биће од првенственог значаја у свим поступцима који се тичу деце.¹⁴⁴ У том смислу, аустралијски правник Алстон (*Alston*) примећује како се могу јавити две дилеме поводом спектра правних

¹⁴³ John Murphy, *International dimensions in family law*, Manchester University Press, Manchester 2005, 257.

¹⁴⁴ Чл. 3. ст. 1. КПД.

односа обухваћених правним стандардом "најбољег интереса детета". Најпре, какво је значење израза "поступци" (*actions*) у контексту општег принципа "најбољег интереса детета" из КПД? Даље, још је неодређенији контекст у коме се поменути поступци посматрају, јер творци Конвенције наводе како ће се "најбољи интерес детета" остваривати у поступцима "који се тичу" (*concerning*) деце.¹⁴⁵ Сходно томе, јавља се дилема који су све то поступци који би се тicali деце у смислу КПД?

Прво, израз "поступци" обухвата одговарајуће одлуке које поводом детета могу доносити правни субјекти који имају обавезу поштовати "најбољи интерес детета". Наведене одлуке се могу састојати како из чињења, тако и од уздржавања, односно пропуштања да се предузме одређена радња.¹⁴⁶ Другим речима, под лупом "најбољег интереса детета" налазе се како радње чињења, тако и поступци нечињења приликом доношења одлука које се тичу деце. Поменуте радње се могу предузимати како у приватном породичном окружењу, тако и у јавној сфери. На пример, у ситуацији када мајка која самостално врши родитељско право жели одвести дете у иностранство где намерава наставити живот, потребна је и сагласност другог родитеља детета. Поменути родитељ се може уздржати од давања било какве сагласности са одласком детета у другу државу, што представља радњу нечињења, која се такође вреднује кроз призму "најбољег интереса детета". Са друге стране, држава може пропустити да предвиди одговарајуће пореске олакшице за производе намењене малој деци. У овом случају, ради се такође о нечињењу правног субјекта обавезног да поштује "најбољи интерес детета", без обзира што је реч о одлуци коју доноси законодавно тело, односно Влада или надлежно министарство одређене државе. У оваквим ситуацијама, у фокусу поменутог принципа се не налази појединачно дете, већ деца као засебна категорија правних субјеката, на шта упућује сама природа радњи наведених органа које представљају опште правне акте. У прилог томе говори и формулација из КПД где се изричито наводи како се "најбољи интерес детета" примењује у свим поступцима који се тичу "деце", а не "детета" као индивидуалног правног субјекта.¹⁴⁷ Дакле, индивидуалистичка концепција "најбољег интереса детета", везује се за поступке који се тичу деце као колективитета, а не индивидуалног детета. Противуречност се јавила као неминовна последица да се

¹⁴⁵ Вид. P. Alston, 14.

¹⁴⁶ Вид. P. Alston, 13; вид. Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague - Boston - London 1998, 46.

¹⁴⁷ Вид. чл. 3. ст. 1. КПД.

дејство наведеног начела прошири на што већи опсег правних односа.¹⁴⁸ Ипак, као што ће се видети, наведена несагласност не значи одступање од индивидуалистичког концепта "најбољег интереса детета", који свој смисао може добити једино применом на конкретни, појединачни случај који се тиче сваког детета засебно.

На претходно излагање се надовезује питање природе поступака у којима се принцип "најбољег интереса" примењује. Наиме, у КПД се наводи како ће "најбољи интерес детета" бити од првенственог значаја у свим поступцима "који се тичу деце". Неспорно је како се под наведене "поступке" могу подвести одлуке одговарајућих лица које се непосредно тичу детета. Међутим, постоји значајан број поступака који су за децу од посредног значаја, те се поставља питање примене принципа "најбољег интереса детета" у оваквим случајевима. Комитет за права детета нема дилему како се наведени принцип примењује и приликом доношења одлука које се посредно тичу деце. Поменути међународни орган у Општем коментару бр. 5 о "Општим мерама за примену Конвенције о правима детета" из 2003. године истиче како се од "сваког законодавног, управног или судског органа захтева да примени принцип најбољег интереса детета кроз систематско разматрање како њихове одлуке утичу или могу утицати на дечија права и интересе, на пример, постојећи или предложени закон или политика, односно управни акт или судска одлука, укључујући и оне које се не тичу директно деце, али на децу посредно утичу".¹⁴⁹ Ако се анализира наведено тумачење Комитета за права детета, могу се разликовати две ситуације у којима се "најбољи интерес детета" примењује приликом доношења одлука које посредно утичу на децу. У првом случају, примену наведеног начела на поступке који се посредно тичу деце диктира природа одлука коју доносе одговарајући правни субјекти. У другој ситуацији, постоји више конкурентских интереса различите деце као индивидуалних правних субјеката, при чему одговарајући поступак на једно дете утиче непосредно, а на друго посредно.

Најпре, постоје одређени правни субјекти који су обавезни поштовати "најбољи интерес детета", али је природа поступака који се пред њима одвијају таква да могу одлучивати само о интересима "деце" као посебне категорије лица, а не могу доносити одлуке које се везују за свако дете појединачно. На пример, одлуке законодавних тела доносе се у форми општих правних аката, те се не усмеравају ка

¹⁴⁸ P. Alston, 14.

¹⁴⁹ Општи коментар бр. 5. Комитета УН за права детета из 2003. године. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child, para 12 - CRC/GC/2003/5. Вид. R. Hodgkin and P. Newell, 37.

детету у индивидуалном смислу. Из тог разлога, творци КПД нису могли употребити формулацију "поступци који се тичу детета", упркос индивидуалистичком карактеру принципа "најбољег интереса детета" који се на наведене поступке примењује. На овај начин, индивидуалистички концепт "најбољег интереса детета" није измењен, већ само прилагођен природи одлука коју могу доносити одређени правни субјекти. Из тог разлога, све одлуке које имају карактер општих правних аката имају посредан значај на дете као засебног правног субјекта, јер се односе на децу у генералном смислу. Сликвито речено, над одлукама наведених лица лебди "најбољи интерес детета". Поменути принцип ће се реализовати тек када се одлуке наведених правних субјеката у форми закона, уредби, правилника и сл. вежу за појединачно дете у сваком конкретном случају. Дакле, одлуке законодавних тела, Владе, одређених министарстава и других органа које имају форму општих правних аката, не могу другачије утицати на свако појединачно дете, осим посредно. Међутим, овде се јавља дилема може ли се говорити о некаквој колективистичкој концепцији "најбољег интереса детета" у светлу примене наведеног принципа на одлуке у форми општих правних аката? У том смислу, занимљиво је анализирати став Комитета за права детета из Општег коментара бр. 12. из 2009. године. У наведеном документу Комитет наводи како је "најбољи интереса детета" посвећен индивидуалним случајевима, али да се у ситуацијама када законодавна тела одлучују о "најбољем интересу детета", поменути принцип мора ценити у смислу деце као групе.¹⁵⁰ Међутим, како Комитет наглашава, "нема сумње да се најбољи интерес деце као дефинисане групе мора утврђивати онако како се процењује појединачни интерес".¹⁵¹ Дакле, наведени орган није могао побећи од индивидуалистичке концепције "најбољег интереса детета", премда поменути принцип настоји пренети на доношење колективних одлука које се тичу деце. Како би своју конструкцију учинио одрживом, Комитет за права детета посеже за фикцијом како законодавна тела требају примењивати принцип "најбољег интереса детета" као да пред собом имају индивидуално дете.¹⁵² Наведена конструкција не би била потребна ако би се пошло од чињенице како се правни субјекти морају прилагођавати "најбољем

¹⁵⁰ Вид. CRC/C/GC/12, para. 72.

¹⁵¹ *Ibid.*, para. 73.

¹⁵² У том циљу Комитет за права деце идеалистички сугерише како приликом доношења одлуке која се тиче великог броја деце надлежне институције, односно органи требају узети у обзир мишљење деце из неодређених група. Вид. *Ibid.* Треба истаћи како мишљење деце различитих карактеристика, без обзира на њихов број, никада не може бити довољно да се изгради некакво репрезентативно мишљење детета као припадника друштвене групе или категорије.

интересу детета", уместо да се поменуто начело прилагођава одговарајућим правним субјектима. Сходно томе, то што се у КПД наводи како се "најбољи интерес" примењује у поступцима који се тичу "деце", не мора значити како се поменути принцип може процењивати и колективно, према деци као дефинисаној групи. Поменута формулација може одсликавати и језичко прилагођавање Конвенције чињеници како "законодавна тела" не могу доносити појединачне правне акте који би се тicali индивидуалног детета. Међутим, иза наведеног тумачења Комитета за права детета крије се конкретан политичко-правни циљ. Наиме, ставом да се принцип "најбољег интереса детета" може применити на децу као групу, настоји се обезбедити доношење закона којим би се одредили најопштији критеријуми за одређивање садржине "најбољег интереса детета" у индивидуалним случајевима.¹⁵³ Од законодавних тела која доносе опште правне акте, не може се очекивати да принцип "најбољег интереса детета" конкретизују до краја, јер се то може остварити само кроз појединачне одлуке надлежних судова, односно управних органа. Из тог разлога, наведеним ставом Комитета за права детета не урушава се индивидуалистички карактер принципа "најбољег интереса детета", јер тако нешто није ни могуће. Одређивање "најбољег интереса деце" на нивоу друштвене групе корисно је и пожељно у том смислу што се на овај начин правним субјектима који примењују наведени принцип у конкретним случајевима дају драгоцене смернице. Садржина "најбољег интереса детета" се може одредити једино на индивидуалном нивоу, на основу свих околности случаја који се тичу појединачног детета. Због тога, још једном треба нагласити како се поменути принцип никада не може остварити у потпуности на нивоу одлука које имају облик општих правних аката. Примена принципа најбољег интереса детета" на одлуке које доносе законодавна тела, није ништа друго него начин да се субјектима који истински примењују поменути принцип (судови, органи старатељства) пружи драгоцену полазиште и ослонац за доношење одлука. Из тог разлога, општи правни акти на које се примењује "најбољи интерес детета", непосредно се тичу "деце", али је њихов утицај на дете као индивидуалног субјекта посредан. Сходно томе, у поменути ситуацијама би се могло говорити о примени "најбољег интереса деце", али не и о остваривању

¹⁵³ То је један од кључних разлога због чега се у Србији, а по препоруци Комитета за права детета, приступило изради Преднацрта Закона о правима детета. Вид. CRC/C/SRB/CO/01, пара. 7. О томе: Невена Вучковић - Шаховић, "Закон о правима детета", *Правни живот* 10/2011, 42 - 43.

"најбољег интереса детета", као принципу који се увек и неизоставно везује за појединачно дете и индивидуално породично и друштвено окружење.

Као што је већ речено, истинска примена "најбољег интереса детета" највише долази до изражаја кроз одлуке судова и надлежних управних органа, попут органа старатељства. Међутим, одлуке које поменути правни субјекти доносе такође могу посредно утицати на дете уколико се "најбољи интерес детета" примењује приликом доношења одлука које утичу на више деце као различитих индивидуа. При томе је конкретна одлука за једно дете од непосредног значаја, док на друго дете утиче посредно. Реч је о одлукама које имају карактер појединачних правних аката, те су стога у потпуности прилагођене конкретном детету и индивидуалистичком свету принципа "најбољег интереса детета". На пример, надлежни орган треба одлучити о заснивању усвојења у случају када лица која су поднела захтев за усвојење имају своју биолошку децу. У наведеној ситуацији, доношење одлуке о усвојењу се непосредно тиче усвојеника, али има посредан значај и за биолошку децу усвојитеља. Сходно томе, надлежни орган треба проценити и да ли је заснивање усвојења у "најбољем интересу" природних потомака усвојитеља. Међутим, орган који доноси одлуку о усвојењу неће одвојено ценити "најбољи интерес детета" усвојеника и биолошке деце усвојитеља. С обзиром да одлука о усвојењу непосредно утиче на усвојеника, а посредно на биолошку децу усвојитеља, процена "најбољег интереса" биолошке деце представљаће један од елемената за одређивање садржине "најбољег интереса" усвојеника за заснивање усвојења. Дакле, у оваквим случајевима, "најбољи интерес" једног детета је уткан у одлуку о "најбољем интересу" која се непосредно односи на друго дете.

У претходном делу било је речи о правним односима на које се примењује принцип "најбољег интереса детета". При томе, није било помена оних лица чије су одлуке за дете најзначајније, а то су родитељи детета. Разлог лежи у чињеници што су односи у које ступају родитељи и деца у највећем делу ванправног карактера. Велики број свакодневних одлука које родитељи доносе поводом своје деце нису руковођене правним нормама, већ субјективним осећањем родитељске љубави и пажње. Ипак, као што је указано, "најбољи интерес детета" је принцип који се примењује и на наведене случајеве. Међутим, постоји оборива претпоставка како су одлуке које родитељи доносе у "најбољем интересу" њиховог детета. Ипак, у случају нефункционисања или распада породице, односно напуштања детета, претпоставка како су одлуке родитеља у складу са "најбољим интересом детета" постаје

неодржива. Тог тренутка поменуто начело избија у први план и постаје видљиво, добијајући правну садржину.

На основу претходно изнетог, јасно је како принцип "најбољег интереса детета" на доминантан начин прати дете као правног субјекта. Ипак, дете као правни субјект није изоловано лице, без контакта са осталим актерима правних односа, а нарочито са члановима своје породице. Због тога је потребно посебно анализирати домете "најбољег интереса детета" у контексту легитимних интереса осталих правних субјеката.

2.3.3. Домашај правног принципа "најбољег интереса детета"

2.3.3.1. Опште напомене о одређивању домашаја "најбољег интереса детета"

Поред одређивања садржине "најбољег интереса детета", вероватно највећу практичну вредност за тему овог рада има сагледавање правног домашаја наведеног принципа. Одредити домашај принципа "најбољег интереса детета" значи одговорити на питање како поменути принцип утиче на права и интересе других правних субјеката. Наиме, значај "најбољег интереса детета" не долази до изражаја у некаквом празном правном простору, већ кроз узајамну интеракцију детета са члановима своје породице и својом околином. Тако је индивидуализам једног детета у највећој мери последица посебности његове породице и ширег породичног окружења у коме конкретно дете одраста и развија се као личност. Због тога се домашај индивидуалистичког принципа "најбољег интереса детета" мора сагледати кроз колективну димензију свеукупних односа који чине једну породицу, односно породични амбијент. Из тог разлога, значај "најбољег интереса" конкретног детета мора се посматрати у контексту интереса родитеља детета, осталих чланова породице, свих трећих лица, али и интереса другог појединачног детета.

Ипак, принцип "најбољег интереса детета" несумњиво даје предност интересу детета над интересима свих осталих учесника правних односа. Међутим, степен превласти наведеног начела није исти у свим правним односима, односно у свим правним системима. Тако се предност начела "најбољег интереса детета" може огледати у условном или безусловном, односно апсолутном првенству наведеног принципа. У том смислу, може се говорити о "првенственом" или "врхунском"

значају "најбољег интереса детета". У првом случају, интересу детета се даје условна или релативна предност над интересима осталих правних субјеката, док "врхунски" значај наведеног принципа означава безусловно подређивање интереса свих осталих правних субјеката интересима детета. Поменуто разликовање може имати далекосежне правне последице у смислу простора који се оставља другим правним субјектима како би остваривали сопствена права и интересе. Тако, уколико се усвоји концепција "врхунског" значаја принципа "најбољег интереса детета, права и интереси родитеља ће се у односима који се тичу деце узимати у обзир само посредно.¹⁵⁴ Другим речима, права и интереси родитеља ће се разматрати у оној мери коју надлежни орган сматра нужном како би одредио садржину "најбољег интереса детета" у конкретном случају. Обрнуто, давање "првенственог" значаја интересу детета оставља простор и за интересе других правних субјеката.

Дакле, "првенствени" и "врхунски" значај принципа "најбољег интереса детета" представљају два различита оквира у којима се вреднује домашај наведеног начела. Сходно томе, како би се разумела превласт коју интереси детета имају наспрам интереса осталих правних субјеката, неопходно је додатно разграничити "првенствени" од "врхунског" значаја начела "најбољег интереса детета".

2.3.3.2. "Најбољи интерес детета" као принцип "првенственог" и "врхунског" значаја

Као што је већ речено, унутар простора омеђеног правним односима првенство принципа "најбољег интереса детета" се исказује кроз два различита степена. У првом случају, превласт наведеног принципа је релативна, односно условна, те се "најбољем интересу детета" даје "првенствени" значај. Насупрот томе, поменутом начелу се може признати и апсолутна надмоћ у ситуацијама када се "најбољи интерес детета" означава као принцип "врхунског" значаја. Као што ће се видети, устоличење "најбољег интереса детета" за апсолутног владара свих правних односа, значи суочавање са тешким практичним, етичким и правним препрекама.

Формулација "најбољег интереса детета" као општег правног принципа, по правилу, нуди концепцију према којој се поменутом принципу даје "првенствени" значај. Најзначајнију такву формулацију садржи КПД, према којој ће "у свим поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне

¹⁵⁴ Вид. Mary Welstead and Susan Edwards, *Family Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, 250.

установе социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета бити од првенственог значаја (*primary consideration*).¹⁵⁵ Дакле, "најбољем интересу детета" се не даје одлучујући, већ само првенствени значај, након што се узму у обзир и интереси осталих правних субјеката, а пре свих родитеља детета.¹⁵⁶ Тако се у КПД наводи како државе-уговорнице имају обавезу обезбедити детету заштиту и негу неопходну за његову добробит "узимајући у обзир права његових родитеља, законских старатеља, односно других појединаца који сnose одговорност за њега..."¹⁵⁷ Наведена формулација последица је ублажавања ставова о апсолутној превласти принципа "најбољег интереса детета" који су се могли чути на почетку процеса израде поменутог међународног уговора. Тако је, пољска делегација предлагала да се "најбољем интересу детета" треба дати "врхунски" значај (*paramount consideration*), потпуно занемарујући интересе осталих правних субјеката.¹⁵⁸ Предлог Пољске је у толикој мери био фокусиран на дете да се сугерисало како државе-уговорнице Конвенције требају имати обавезу "обезбедити заштиту и негу детету коју његов статус захтева, узимајући у обзир различите фазе његовог развоја у породичном окружењу и друштвеним односима..."¹⁵⁹ Као што се може видети, права и интереси свих осталих лица се утапају у интерес детета. Родитељи детета су невидљиви и апсолутно подређени "најбољем интересу детета", заједно са осталим правним субјектима. У том смислу, предлог пољске делегације представља добру илустрацију разлике између "најбољег интереса детета" као "врхунског" правног принципа од случајева када се истоименом принципу даје "првенствени" значај. Тако, када се "најбољи интерес детета" одређује као принцип условног или релативног првенства, оставља се простор за уважавање права и интереса других правних субјеката. Међутим, када се за начело "најбољег интереса детета" веже "врхунски" значај, интереси других лица постају предмет процене дискреционе власти надлежних органа.¹⁶⁰ Другим речима, примена правног стандарда "најбољег интереса детета"

¹⁵⁵ Чл. 3. ст. 1. КПД.

¹⁵⁶ Вид. Michael Freeman, *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child: Article 3. The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff Publications, Leiden 2007, 5.

¹⁵⁷ Чл. 3. ст. 2. КПД.

¹⁵⁸ Вид. E/CN.4/L.1575, para. 1. Вид. S. Detrick (1992), 132.

¹⁵⁹ E/CN.4/L.1575, para. 2. Вид. S. Detrick (1992), 133.

¹⁶⁰ Вид. Robert Mnookin, "Child-custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", *Law and Contemporary Problems*, 3/ 1975, 233.

постаје "неутрална", у смислу независности од права и интереса родитеља детета и осталих правних субјеката.¹⁶¹

Ипак, предлог Пољске није могао угледати светлост дана у коначном тексту КПД. Аустралијска делегација се одмах успротивила предлогу према којем приликом примене "најбољег интереса детета" није било места за "права и одговорности родитеља детета".¹⁶² На крају се закључило како је значај који пољски предлог даје интересима детета "исувише широк",¹⁶³ те да "интерес детета треба бити од првенственог значаја у свим поступцима који се тичу деце, али не безусловног првенства, односно врхунског значаја у сваком конкретном случају, јер друга лица могу имати једнаке или чак јаче правне интересе у одређеним случајевима".¹⁶⁴ Као пример, поменути су случајеви хитних медицинских интервенција приликом рођења детета.¹⁶⁵ Међутим, принцип "најбољег интереса детета" може и у другим ситуацијама бити потиснут на рачун интереса других лица.¹⁶⁶ У литератури се као пример наводе одређене мере које је нужно предузети против малолетних преступника у циљу одговарајуће заштите друштва.¹⁶⁷ Ипак, није могуће генерализовати, односно *a priori* одредити све ситуације у којима ће интереси других правних субјеката однети превагу над "најбољим интересом детета". Индивидуалистички концепт људских права и принципа "најбољег интереса детета" налаже засебан приступ сваком појединачном случају у којем се одмерава интерес детета наспрам интереса других лица. Оно што је извесно јесте да концепт "најбољег интереса детета" као принципа "првенственог значаја" оставља простор у коме се могу препознати и засебни интереси других правних субјеката, а не само интерес детета.¹⁶⁸ Поменута концепција посебно долази до изражаја приликом остваривања

¹⁶¹ Вид. *Ibid.*, 235. У том смислу: Alison Diduck and Felicity Kaganas, *Family Law, Gender and the State: Text, Cases and Materials*, Hart Publishing, Oxford - Portland 2006, 305.

¹⁶² Вид. E/CN.4/L.1575, para. 21. Вид. S. Detrick (1992), 133.

¹⁶³ Вид. E/CN.4/L.1575, para. 23. Вид. *Ibid.*

¹⁶⁴ Вид. Вид. E/CN.4/L.1575, para. 24. Вид. *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Вид. M. Freeman (2007), 5,

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ На такав закључак упућује и језичко тумачење формулације "најбољег интереса детета" на енглеском језику као општег правног принципа из КПД. Наиме, творци Конвенције су употребили неодређени члан "a" испред израза "primary consideration", уместо одређеног члана "the", којим би се значење наведеног израза појачало. Вид. P. Alston, 12. Међутим, важно је истаћи како се у преводу на српски језик наведена разлика не може осетити.

права на поштовање породичног живота из Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода,¹⁶⁹ о чему ће детаљно бити речи касније.

Међутим, КПД садржи и знатно снажнију формулацију "најбољег интереса детета" која обухвата одређене правне односе који се тичу деце. Тако се поменути међународним уговором наводи како ће "државе-уговорнице које признају и/или допуштају систем усвојења обезбедити да најбољи интерес детета буде од врхунског значаја (*paramount consideration*)."¹⁷⁰ Снагу наведене формулације посебно појачава израз "*shall ensure*" ("ће обезбедити"), којим се исказује заповедни начин.¹⁷¹ Тако се приликом заснивања усвојења интересу детета даје апсолутно првенство у односу на интересе биолошких родитеља, будућих усвојитеља, органа надлежних за заснивање усвојења, па чак и саме заинтересоване државе.¹⁷² Поменута концепција је у највећој мери свој израз нашла и у националним законодавствима држава-уговорница.¹⁷³

Творци КПД су се, приликом формулисања начела "најбољег интереса детета" у области усвојења очигледно повели за специфичном правном ситуацијом у којој се дете налази, односно потребом дугорочног и трајнијег збрињавања детета. Међутим, треба истаћи како уздизање "најбољег интереса детета" у принцип "врхунског" значаја производи још једну значајну правну последицу. Наиме, апсолутна превласт наведеног принципа истовремено значи и да се једино интерес детета узима у обзир приликом доношења одлуке која се тиче детета. Другим речима, не само да ће у наведеним ситуацијама принцип "најбољег интереса детета" бити "врхунског", већ и "јединог" значаја.¹⁷⁴

Уколико се наведена карактеристика "најбољег интереса детета" као принципа безусловног првенства пренесе на терен усвојења, јављају се одређене

¹⁶⁹ Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода је донета под окриљем Савета Европе у Риму 4. новембра 1950. године. Наша држава је ратификовала Конвенцију 2003. године. Вид. "Службени лист СЦГ" - *Међународни уговори*, бр. 9/2003 - ЕКЉП.

¹⁷⁰ Чл. 21. ст. 1. КПД.

¹⁷¹ Вид. Sylvain Vité and Hervé Boéchat, *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child: Article 21: Adoption*, Martinus Nijhoff Publications, Leiden 2008, 24.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ У том смислу, вид. чл. 1741. ст. 1. тач. 1. Немачког грађанског законика; чл. 2. Закона о усвојењу Норвешке; чл. 180а ст. 1. Грађанског законика Аустрије; чл. 176. ст. 1. Грађанског законика Шпаније. Наш ПЗ такође следи концепцију "врхунског значаја" "најбољег интереса детета" у области усвојења. Вид. чл. 89. ПЗ. Апсолутно првенство интересу детета приликом заснивања усвојења даје и Европска Конвенција о усвојењу, донета 27. новембра 2008. године под окриљем Савета Европе - ЕКУ. Вид. последњи пасус преамбуле Европске Конвенције о усвојењу, као и чл. 4. ст. 1. поменуте Конвенције. Наша земља је 18. јуна 2009. године потписала, али још увек није ратификовала ЕКУ. Вид. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=202&CM=8&DF=18/09/2012&CL=ENG>, 18. 07. 2012.

¹⁷⁴ О томе: Andrew Bainham, "Is Anything Now Left of Parental Rights?", *Responsible Parents & Parental Responsibility* (R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, eds.), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009, 24.

недоумице. Наиме, очигледно је да засебан интерес детета није једини који се треба остварити приликом заснивања усвојења.¹⁷⁵ На пример, правило према којем дете може усвојити и појединац више одражава интерес будућег усвојитеља.¹⁷⁶ Такође, правилом којим се захтева одређен узраст или разлика у годинама између усвојитеља и усвојеника штити се како интерес детета, тако и интерес могућих усвојитеља.¹⁷⁷ Међутим, наведени услови јесу нужни, али нису довољни како би се усвојење у конкретном случају засновало. У том смислу, завршни и кључни корак у процесу заснивања усвојења представља дискрециона процена надлежног органа да ли је одлука о усвојењу у "најбољем интересу детета". Сходно томе, сви остали услови за заснивање усвојења сужавају, али не елиминишу обим дискреционог права органа који доноси одлуку о усвојењу. Одлична илустрација неспутане моћи "најбољег интереса детета" као принципа "врхунског" значаја у области усвојења" може се наћи у Породичном закону Руске Федерације.¹⁷⁸ Тако се наведеним Законом прописује како се "неће дозволити усвојење брата и сестре од стране различитих лица, осим у случајевима када је то у интересу деце".¹⁷⁹ Поменуто правило представља још једну потврду како "врхунски" значај интереса детета омогућава дискрециони простор у којем наведени принцип суверено влада над интересима осталих лица. У наведеном примеру из руског законодавства уочава се опасност да се "најбољи интерес детета" као принцип "врхунског" значаја отуђи чак и од оних правних субјеката за које се непосредно везује, а то су деца. "Најбољи интерес детета" као услов за заснивање усвојења ће се детаљно анализирати у одговарајућем делу рада.

Међутим, у националним законодавствима "врхунски" значај интересу детета се не даје само приликом заснивања усвојења, као што би сугерисала КПД. Тако се одређене државе-уговорнице одлучују за примену поменуте концепције и у домену других правних односа, од којих је за породично право најзначајнија област вршења родитељског права. Давање безусловног и апсолутног првенства принципу "најбољег интереса детета" у неким државама, као што је Енглеска, има посебно

¹⁷⁵ *Ibid.*, 23.

¹⁷⁶ Поменуто правило је у нашем породичном праву формулисано као изузетак. Вид. чл. 101. ст. 3. ПЗ.

¹⁷⁷ На пример, према општем правилу нашег права "разлика у годинама између усвојитеља и усвојеника не може бити мања од 18 нити већа од 45 година". Чл. 99. ст. 1. ПЗ.

¹⁷⁸ Породични закон Руске Федерације донет је 29. новембра 1995. године.

¹⁷⁹ Чл. 124. ст. 3. Породичног закона Руске Федерације из 1995. године.

дугу традицију.¹⁸⁰ Настао као израз тежњи да се и мајкама омогући равноправно учешће у вршењу родитељског права, принцип "врхунског" значаја интереса детета (*paramountcy principle*) данас у енглеском праву више не служи наведеној сврси.¹⁸¹ У ситуацији када су и жене једнако легитимисане као титулари људских права, "врхунски" значај интереса детета може ограничавати њихова права на исти начин као и права мушкараца, односно очева. "Врхунски" интерес детета је тако себи обезбедио јединствену позицију, односно привилегију да буде мера и оквир тумачења права свих осталих лица, укључујући и родитеље детета.

Стопама енглеског законодавца пошле су и поједине друге државе, уздижући принцип "најбољег интереса детета" до ранга неприкосновеног правног начела.¹⁸² Том кругу се прикључила и Србија, у којој се "врхунски" значај интересу детета чак формулише као општи правни принцип.¹⁸³

Давање супериорног значаја интересу детета може изазвати проблеме на пољу остваривања и заштите људских права. У томе заправо лежи главни узрок разлика између концепције према којој се интересу детета даје безусловно првенство и случајева када ће интерес детета имати "првенствени" значај. Због тога наведеном питању ваља поклонити посебну пажњу. Наиме, концепт према којем се интересу детета даје "врхунски" значај у свим односима који се детета тичу одговара утилитаристичкој философији скројеној у име детета. Сходно мерилима утилитаризма, приликом доношења конкретне одлуке мора се водити рачуна о исходу који ће донети највише користи.¹⁸⁴ При томе се одређени, мање вредни интереси, морају жртвовати за рачун општег добра, односно најкориснијег интереса. У том смислу, "најбољи интерес детета" као принцип "врхунског" значаја проглашава се општим добром, чиме се омогућава држави интервенисати у породичне односе како би се наведени принцип заштитио. На тај начин, концепција према којој се интересу детета даје "врхунски" значај потискује права и интересе

¹⁸⁰ "Врхунски" значај добробити детета у односима који се тичу вршења родитељског права даје још Закон о старању над децом из 1925. године (Guardianship Act). Вид. Stephen Cretney, *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford University Press, Oxford - New York 2005, 571.

¹⁸¹ Вид. John Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, Oxford - New York 2006, 140 - 141.

¹⁸² На пример, Финска, Ирска, Норвешка, Италија, Литванија. Вид. Вид. Katharina Boele - Woelki *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen - Oxford 2007, 37.

¹⁸³ Вид. чл. 6. ст. 1. ПЗ и у том смислу: Гордана Ковачек - Станић, "Autonomy of the child in contemporary family law", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/ 2010, 144.

¹⁸⁴ У том смислу: Shazia Choudhry and Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oxford - Portland 2010, 103.

осталих лица у други план.¹⁸⁵ Том приликом, није од значаја што поменута лица, укључујући и родитеље детета, могу бити имаоци одређених људских права. Истовремено, на овај начин се могу ограничавати и права самог детета, као посебна категорија људских права. Из тог разлога, судска пракса често тражи начине да "прокријумчари" интересе других лица унутар концепције према којој интересу детета следује апсолутно првенство.¹⁸⁶

Са друге стране, "најбољи интерес" детета као принцип "првенственог" значаја нуди умеренији приступ у коме има места и за права и интересе других лица. Уравнотеженији приступ је посебно потребан када се ради о људским правима, с обзиром да се наведеним правима "штите појединци од последица неспутаних тежњи за остваривањем колективних циљева или заштитом општих добара".¹⁸⁷ Давањем "првенственог значаја" интересу детета може се избећи сукоб између људских права и утилитаристичке концепције "најбољег интереса детета". Наиме, условно првенство интереса детета не значи како ће наведени интерес увек надвладати права других лица. У том смислу, "најбољем интересу" детета ће се поклонити посебна пажња, али тек након што се узму у обзир интереси свих учесника конкретног правног односа на једнаким основама.¹⁸⁸ Другим речима, примена "најбољег интереса детета" као принципа "првенственог" значаја подразумева настојање да се постигне одређена равнотежа између интереса свих заинтересованих лица, односно ималаца људских права.¹⁸⁹ Уколико се наведена равнотежа не може остварити, предност се даје интересу детета.

Дакле, полазна основа за утврђивање правног домаћаја интереса детета мора бити значај који се "најбољем интересу детета" као правном принципу даје. Као што се могло видети, концепције "првенственог" и "врхунског" значаја трасирају различите путеве првенству интереса детета у односу на права и интересе других правних субјеката. Управо због тога је нужно што потпуније сагледати какав је однос између интереса детета и интереса родитеља, сродника детета и других лица

¹⁸⁵ Вид. Shazia Choudhry, "Clashing Rights and Welfare: A Return to a Rights Discourse in Family Law in UK?", *What is Right for Children: The Competing Paradigms of Religion and Human Rights* (M. Fineman and K. Worthington, eds.), Ashgate Publishing Company, Burlington USA 2009, 270.

¹⁸⁶ Најчешће се права и интереси других лица остварују тако што се "најбољи интерес детета" тумачи у корист индивидуалних интереса одређених правних субјеката, а пре свих родитеља детета. О томе детаљно: Jonathan Herring, "The Welfare Principle and the Rights of Parents", *What is a Parent?: A Socio-Legal Analysis* (S. Day Scatler, A. Bainham, M. Richards, eds.), Hart Publishing, Oxford - Portland 1999, 95.

¹⁸⁷ Alon Harel, "Theories of Rights", *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (M. Golding and W. Edmundson, eds.), Blackwell Publishing, Oxford 2005, 191.

¹⁸⁸ S. Choudhry, 282.

¹⁸⁹ У том смислу: S. Choudhry and J. Herring, 110; S. Choudhry, 273.

која ступају у правне односе са дететом или поводом детета. Истовремено, неопходно је и размотрити примену принципа "најбољег интереса" детета у ситуацијама када постоје конкурентски интереси различите деце. Међутим, због ширине и значаја наведених питања, поменути правни односи ће се детаљније обрадити у посебним поглављима овога рада.

У претходном делу рада, било је речи о начину на који се "најбољи интерес детета" исказује у простору омеђеним правом, као и дометима наведеног принципа унутар правне сфере. На тај начин, припремљен је терен за анализу кључног, квалитативног, односно садржинског аспекта "најбољег интереса детета". Поменута анализа биће на трагу најсложенијег питања, шта се крије иза правног стандарда "најбољег интереса" детета и како одредити значење поменутог израза? Квалитативни аспект ће уједно сачињавати и последњи од три елемента потребних за дефиницију "најбољег интереса" детета.

2.4. Квалитативни аспект "најбољег интереса" детета

2.4.1. Приступ проблему садржине "најбољег интереса" детета

Проблем неодређености правног стандарда "најбољег интереса детета" указао се у пуној мери након што је процес индивидуализације захватио породицу и породичне односе. Могућност постојања различитих и супротстављених интереса чланова породице отворила је Пандорину кутију различитих противуречности, како сликовито истиче америчка правница Барбара Бенет Вудхаус (*Barbara Bennett Woodhouse*).¹⁹⁰ Истовремено, са формалноправним изједначавањем положаја жене и мушкарца, "најбољи интерес" детета више није могао почивати на претпоставкама које су апсолутну предност давале оцу детета.¹⁹¹ Тако се одређивање садржине "најбољег интереса" наметнуло, али и испоставило као готово нерешив проблем, праћен безбројним спорењима и размимоилажењима у правној теорији и пракси. Истовремено, у једном делу правне литературе незадовољство правним стандардом "најбољег интереса" детета је толико узело маха да се заговара напуштање наведеног

¹⁹⁰ Barbara Bennett Woodhouse, "Child Custody in the Age of Children's Rights: The Search for a Just and Workable Standard, *Family Law Quarterly*, 33/3, Fall 1999, 820.

¹⁹¹ *Ibid.*

концепта и предлажу одређена алтернативна решења.¹⁹² Међутим, до одговарајућих алтернативних решења, као што ће се видети, није лако доћи. Са друге стране, негативан однос према правном стандарду "најбољег интереса" детета не може умањити чињеницу свеопштег присуства поменутог принципа, како на међународном плану, тако и унутар националних правних оквира. Због тога је потребно уложити напор како би се прокрчили путеви кроз својеврстан лавиринт неодређености правног стандарда "најбољег интереса" детета. У том смислу, негативан, односно критички приступ према наведеном правном стандарду има своју вредност, јер се кроз критику "најбољег интереса детета" често указује на одређене проблеме који могу помоћи приликом одређивања значења поменутог принципа.

Насупрот томе, позитиван приступ "најбољем интересу" детета, уважавајући реалност, има за циљ понудити одговарајуће механизме за ближе одређивање садржине поменутог правног стандарда. Сходно томе, у правној теорији, судској пракси, али и законским актима могу се уочити четири начина којима се настоји ублажити проблем неодређености "најбољег интереса" детета. Уз напомену како између поменутих начина није увек могуће повући одсечну границу, може се рећи како постоје следећи путеви за ближе одређивање садржине "најбољег интереса" детета:

1. утврђивање одређених претпоставки које би важиле у корист "најбољег интереса" детета;
2. усаглашавање концепта "најбољег интереса" детета са правом на породични живот чланова породице;
3. исказивање "најбољег интереса" детета кроз садржински уже правне концепте;
4. одређивање листе спољних и унутрашњих фактора, односно елемената који би се узимали у обзир приликом процене "најбољег интереса" детета у сваком конкретном случају.¹⁹³

¹⁹² Џонатан Херинг (*Jonathan Herring*) је кроз духовиту алегорију приказао ситуацију у којој се принцип "најбољег интереса детета" тренутно налази. "Кажу како политичари требају бити спокојни када читају критике о себи у штампани, да постају мало узнемирени када народ почне тражити њихову смену, али истински се забрину једино када се разговара о људима који ће их заменити. Не знам важи ли ово и за правне принципе. Ако важи, принцип "најбољег интереса детета" би требао да се забрине". *Jonathan Herring* (2005), 159.

¹⁹³ У оквиру наведеног приступа, издваја се начин одређивања садржине "најбољег интереса детета" којим се у руку елемената за процену садржине наведеног принципа задевају права детета. Другим речима, листа чинилаца за одређивање садржине "најбољег интереса детета" исказује се у облику права детета из КПД. Поменути приступ снажно заговара Комитет за права детета, о чему ће бити речи у одговарајућем делу рада.

Међутим, пре анализе наведених начина за ублажавање проблема неодређености "најбољег интереса" детета, нужно је позабавити се негативним, односно критичким приступом поменутом правном стандарду.

2.4.2. Критички приступ и алтернативе "најбољем интересу" детета

2.4.2.1. "Најбољи интерес" детета као "димна завеса"

Правни стандард "најбољег интереса" детета се због своје велике неодређености нашао и налази на удару бројних критика научне и стручне јавности. У случају "најбољег интереса" детета, неодређеност правног стандарда рађа дискрецију приликом примене принципа, а дискрециона власт узрокује два основна проблема која је правна наука идентификовала. Као прво, нејасна садржина "најбољег интереса" детета омогућава замагљивање суштине принципа и остваривање интереса других лица под плаштом заштите интереса детета. Друго, неодређеност садржине "најбољег интереса" детета омогућава да примена наведеног правног стандарда буде оријентисана ка одређеним лицима, а не одговарајућим чињеницама.¹⁹⁴

На првом месту, услед нејасне садржине, "најбољи интерес" детета може послужити као параван за остваривање интереса других лица. Довољно је да лице надлежно за примену наведеног принципа поистовети "најбољи интерес" детета са индивидуалним интересима других учесника конкретног правног односа. Поменути последицу неодређености "најбољег интереса" детета чувени енглески правник Ејкелар означава као "недостатак видљивости" ("*lack of transparency*").¹⁹⁵ Међутим, проблем неодређености "најбољег интереса" детета може се посматрати и из супротног правца, који омогућава примену наведеног правног стандарда на штету осталих правних субјекта. Другим речима, "најбољи интерес" детета може послужити као искључиво мерило за вредновање и уважавање интереса осталих учесника правних односа. Поменути проблем посебно долази до изражаја када се интересу детета даје "врхунски" значај (*paramount consideration*), о чему је већ било речи. Енглеска теоретичарка Хелен Рис (*Helen Reece*) је посебно оштра према наведеној последици неодређености правног стандарда "најбољег интереса" детета,

¹⁹⁴ Вид. А. Diduck and F. Kaganas, 326.

¹⁹⁵ John Eekelaar (2002), 237.

те сугерише како "поменути принцип треба напустити и заменити оквиром који уважава дете тек као једног од учесника у процесу где се интереси свих учесника узимају у обзир".¹⁹⁶ Наведену карактеристику принципа "најбољег интереса" детета Ејкелар назива "недостатком правичности" ("*lack of fairness*").¹⁹⁷

Са друге стране, може се уочити још једна негативна последица неодређености садржине "најбољег интереса" детета коју бисмо могли означити као "недостатак одговорности". Наиме, недовољно јасна садржина поменутог принципа може надлежним државним органима послужити као основ за легитимизацију било какве одлуке која се тиче детета. На опасност од неспутане државне интервенције приликом примене "најбољег интереса" детета нарочито је указивао амерички правник Мартин Гугенхајм (*Martin Guggenheim*). Поменути аутор у "најбољем интересу" детета види формулу за ослобађање неограничене државне моћи, без икакве смислене гаранције да ће се интерес детета заштитити".¹⁹⁸ Истовремено, непостојање јасних критеријума за предузимање државне интервенције може значити ослобађање одговорности надлежних државних органа који принцип "најбољег интереса" детета примењују.¹⁹⁹

У сва три претходно наведена случаја, критике "најбољег интереса" детета имају заједничку полазну основу. Наиме, нејасна или недовољно јасна садржина поменутог принципа ствара простор за манипулацију интересом детета на штету неког од учесника конкретног правног односа, укључујући и само дете. Из тог разлога, у литератури се наводи како "најбољи интерес" детета служи као својеврсна "димна завеса" ("*smokescreen*") која скрива истински основ за доношење одлуке.²⁰⁰ Такође, може се приметити како све три замерке принципу "најбољег интереса" детета почивају на индивидуализацији породице, где чланови породице могу имати и супротстављене појединачне интересе. У том смислу, принцип "најбољег интереса" детета делује као својеврстан клин или страном тело у ткиву правних односа профилисаних по мери идеологије о људским правима. Због тога се као основни проблем приликом примене "најбољег интереса" детета намеће немогућност да се на одговарајући начин одмере и вреднују засебни интереси свих учесника одређеног правног односа који се тиче детета. Из тог разлога, алтернативе "најбољем

¹⁹⁶ Helen Reece, "The Paramountcy Principle: Consensus or Construct?", *Current Legal Problems*, 1996, 303.

¹⁹⁷ J. Eekelaar (2002), 238.

¹⁹⁸ M. Guggenheim, 41.

¹⁹⁹ J. Eekelaar (2002), 248.

²⁰⁰ H. Reece, 296 - 297.

интересу" детета траже се у различитим формулама које ће на ефикаснији начин заштитити интерес детета у свету који се управља мерилима одраслих, као и интересе родитеља унутар правног простора у коме царује интерес детета. Тако, како би се ублажио "недостатак видљивости" ("*lack of transparency*") принципа "најбољег интереса" детета, Ејкелар сугерише како наведени правни стандард треба заменити одређенијим изразом "добробит" ("*well-being*") детета.²⁰¹ Са друге стране, у циљу боље заштите легитимних интереса родитеља и умањивања последица "недостатка правичности" ("*lack of fairness*") принципа "најбољег интереса" детета, британски правник Бајнам (*Bainham*) предлаже фрагментацију интереса детета и родитеља на примарне, односно секундарне интересе.²⁰² Ипак, о наведеним схватањима ће бити више речи у делу у коме се обрађује однос између родитељског права и "најбољег интереса" детета.

Као што је већ речено, правна наука је уочила још један проблем који произилази из неодређености "најбољег интереса" детета и дискреционе власти коју поменути принцип омогућава. Наиме, нејасна садржина "најбољег интереса" детета омогућава да се надлежни органи приликом доношења одлука фокусирају на заштиту одговарајућих лица, уместо на чињенично стање конкретног случаја. Због тога се сугерише како је "најбољи интерес" детета, макар у области вршења родитељског права, неупотребљив концепт.²⁰³ Алтернатива се мора тражити у идеји која би означила заокрет од дискреције ка дефинисаним правилима.²⁰⁴ Тако се дошло до појма "првенственог старања" ("*primary carer*") који би требао пружити јасно одређене границе за остваривање и заштиту интереса детета приликом доношења одлука о вршењу родитељског права. Поменуто учење, проистекло из крила феминистичке правне теорије, представља напуштање концепта "најбољег интереса" детета са јасном алтернативом поменутом правном стандарду. Из тог разлога, принципу "првенственог старања" ваља посветити посебну пажњу.

²⁰¹ J. Eekelaar (2002), 243.

²⁰² Вид. Jonathan Herring, *Family Law*, Pearson Education Limited, Harlow 2007, 399.

²⁰³ Вид. A. Diduck and F. Kaganas, 326.

²⁰⁴ *Ibid.*

2.4.2.2. Принцип првенственог старања као алтернатива "најбољем интересу детета"

Како би се принцип првенственог старања могао разумети као алтернатива "најбољем интересу" детета, нужно је сагледати контекст у коме се наведени принцип формирао. Тако, принцип првенственог старања проистиче из шире идеје настале под окриљем философије морала, познате као етика старања (*ethics of care*). У најширим цртама, етика старања представља виђење како односи међу људима почивају на међузависности која подразумева активност старања и вођења бриге о другима.²⁰⁵ У контексту права и правних односа, поменути вид етике подразумева истицање у први план појма "одговорности", а не "права" које људи имају једни према другима у њиховим свакодневним узајамним односима.²⁰⁶ У том смислу, етика старања полази од људске повезаности и инсистира на очувању одржавања односа међу људима уз узајамну подршку и потпору.²⁰⁷ Поменути вид етике се супротставља етици правде, као етичком оквиру која одговара идеји о људским правима. Наиме, за разлику од етике старања, етика правде полази од претпоставке људске једнакости, те препознаје засебне и индивидуалне интересе сваког човека, што истовремено подразумева људску раздвојеност. Из тог разлога, сматра се како етика старања много више одговара породичним односима у односу на етику правде, с обзиром да примена идеје о људским правима на домен породичних односа доводи до атомизације и индивидуализације породице. Због тога у контексту етике правде, "најбољи интерес" детета представља полигон за сукобе појединачних интереса чланова породице и злоупотребу интереса детета на рачун интереса других лица и обратно. Зато је потребно поменути правни стандард заменити осетљивијим и практичнијим правилом које подстиче чување и бригу о деци на конкретнији начин и шаље позитивну поруку родитељима о вредностима које усваја правни поредак.²⁰⁸ Такву концепцију може понудити управо етика старања којом би се интереси детета штитили уз уважавање природе односа између родитеља и деце. У том смислу, приликом одлучивања о вршењу родитељског права начело "најбољег интереса"

²⁰⁵ S. Choudhry and J. Herring, 122.

²⁰⁶ Вид. *Ibid.*, 124.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Вид. Martha Albertson Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, University of Chicago Press, Chicago 1991, 184.

детета треба заменити концепцијом који одговара етици старања, односно принципом првенственог старања.

Принцип првенственог старања почива на схватању како чување и васпитавање деце подразумева свакодневну бригу, те како након развода брака или раскида ванбрачне заједнице родитељско право треба вршити родитељ који се "првенствено старао" о детету током трајања заједнице.²⁰⁹ Реч је о родитељу који ће, с обзиром на наглашеније присуство у животу детета, боље познавати и разумети потребе које има дете.²¹⁰ Другим речима, принципом првенственог старања штити се интерес родитеља који се више посветио васпитању детета и жртвовао за дете. У односу на начело "најбољег интереса" детета, принцип "првенственог старања" је знатно одређеније садржине. Наиме, када суд, руководећи се "најбољим интересом" детета, одлучује о вршењу родитељског права по разводу брака, одлука се заснива на судском предвиђању исхода који би највише одговарао детету. Међутим, не постоји стручњак који би са сигурношћу могао предвидети све могуће будуће последице одлуке о вршењу родитељског права која почива на "најбољем интересу" детета.²¹¹ Насупрот томе, принцип првенственог старања се везује за одређене чињенице из прошлости, односно понашање и посвећеност родитеља према детету за време трајања брака, односно ванбрачне заједнице.²¹² У том смислу, принцип првенственог старања поистовећује интерес детета са интересом оног родитеља који се непосредније укључио у процес старања и бриге о детету. Тако, родитељу који је проводио више времена са дететом и ангажовао се у већој мери око чувања и подизања детета треба дати предност приликом доношења одлуке о вршењу родитељског права по разводу брака.²¹³

Међутим, поред своје практичне вредности, принцип првенственог старања има и одређене недостатке, због којих се нашао на удару познатог британског правника Бајнама. Према наведеном аутору принцип првенственог старања не може

²⁰⁹ Вид. *Ibid.*, 181.

²¹⁰ О томе J. Herring (2007), 409.

²¹¹ M. Fineman (1991), 181.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Принцип првенственог старања се примењује у пракси као критеријум за доношење одлуке о вршењу родитељског права по разводу брака у америчкој држави Западна Вирџинија. Право поменуте државе је занимљиво јер даје исцрпну листу чињеница на основу којих се одређује који се родитељ првенствено старао о детету. У том смислу, реч је о родитељу који: припрема оброке, мења пелене, облачи и купа дете, прати дете до школе, обезбеђује медицинску негу, надгледа здравље детета и води га код лекара, одржава комуникацију са пријатељима детета и представницима школских власти, као и са другим лицима укљученим у активности које се тичу детета. Вид. Mukti Jain Campion, *Who's Fit to Be a Parent?*, Routledge, New York 2005, 82.

бити одговарајућа алтернатива "најбољем интересу" детета из више разлога. Најпре, принцип првенственог старања подразумева како један родитељ мора имати већу улогу у старању над дететом, што је у потпуној супротности са институтом заједничког вршења родитељског права.²¹⁴ Даље, Бајнам констатује како, премда заоденут у рухо родне равноправности, поменути принцип фаворизује мајку детета, која је у највећем броју случајева непосредније укључена у процес чувања и неге детета.²¹⁵ Коначно, премда се нуди као алтернатива "најбољем интересу" детета приликом доношења одлуке о вршењу родитељског права, наведени концепт не доноси ништа ново, осим очувања *status quo* односа.²¹⁶ Наиме, и применом принципа "најбољег интереса" детета, дете се по разводу брака најчешће поверава мајци.

Упркос снажној аргументацији критичара принципа првенственог старања, наведени принцип има одређене предности у односу на начело "најбољег интереса" детета. На пример, употреба принципа првенственог старања ограничава могућност коришћења деце као фактора уцењивања код решавања имовинскоправних питања између родитеља по разводу брака.²¹⁷ Такође, врло значајан аргумент у прилог принципа првенственог старања јесте да се применом наведеног принципа минимизира моћ вештака, односно стручњака различитих профила од чијег мишљења умногоме зависи одлука суда.²¹⁸ Истовремено, принципом првенственог старања подстиче се одговорније понашање и веће ангажовање родитеља у подизању деце, чиме се унапред не ускраћује могућност да се дете по разводу брака повери оцу.

Ипак, и поред одређених предности, принцип првенственог старања никада не може у потпуности заменити "најбољи интерес детета". Постоје два основна разлога због чега тако нешто није могуће. Најпре, примена принципа првенственог старања ограничава се на домен одлучивања о вршењу родитељског права по разводу брака, односно раскиду ванбрачне заједнице. Без обзира што је реч о кругу правних односа који су изнедрили начело "најбољег интереса" детета, поменути односи ни изблиза не представљају крајњи домен примене наведеног начела. Са друге стране, принцип првенственог старања није подесан чак ни за све случајеве где

²¹⁴ Andrew Bainham, "The Privatisation of the Public Interest in Children, *Modern Law Review*, 2/1990, 219.

²¹⁵ *Ibid.*, 218.

²¹⁶ *Ibid.*, 219.

²¹⁷ Вид. М. С. Сampion, 82.

²¹⁸ Martha Fineman, "The Politics of Custody and Gender: Child Advocacy and the Transformation of Custody Decision making in the USA", *Child Custody and the Politics of Gender* (C. Smart and S. Sevenhuijsen, eds.), Routledge, New York 1989, 46.

се доноси одлука о вршењу родитељског права по престанку заједнице живота родитеља детета. У том смислу, принцип првенственог старања би се могао везивати једино за млађу децу, која нису ушла у период адолесценције.²¹⁹ Другим речима, како се дете ближи узрасту у коме је способно формирати своје мишљење, снага поменутог принципа јењава. Међутим, то не значи како концепт "првенственог старања" треба одбацити. Напротив, од принципа првенственог старања се уместо противника може начинити савезник "најбољег интереса детета". Наиме, у ситуацијама када се одлучује о вршењу родитељског права према млађем детету, које још увек није способно формирати своје мишљење, "првенствено старање" би се могло посматрати као елемент за процену "најбољег интереса детета" највишег ранга. Тачније, принцип првенственог старања би под плаштом "најбољег интереса детета" могао представљати одлучујући критеријум за доношење одлуке о вршењу родитељског права. Тако би у овом уском, али изузетно значајном домену правних односа који се тичу деце, критеријум "првенственог старања" суштински заменио принцип "најбољег интереса" детета.

Ипак, упркос свим критикама, начело "најбољег интереса детета" опстаје и нема изгледа да ће се у будућности одустати од наведеног концепта. Таквом развоју догађаја не погодује само чињеница како се тешко може наћи одговарајућа алтернатива "најбољем интересу детета". Наиме, поменути правни стандард носи и једну снажну, симболичку поруку. У наведеној поруци препознаје се вредност, значај и рањивост деце и родитељима поручује како морају заборавити на сопствена права и ставити интересе своје деце на прво место.²²⁰ Из тог разлога, наредни редови ће се посветити настојањима да се ближе одреди садржина несавршеног, али нужног принципа "најбољег интереса детета".

²¹⁹ Marygold Meli, "Toward a Restructuring of Custody Decision-making at Divorce: an Alternative Approach to the Best Interests of the Child", *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century* (J. Eekelaar and P. Šarčević, eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands 1993, 331. У психологији се обично узима како период адолесценције почиње са пубертетом. Вид. Peter Smith, Helen Cowie and Mark Blades, *Understanding Children's Development*, Blackwell Publishing, Oxford - Carlton 2009, 281.

²²⁰ J. Herring (2007), 408.

2.4.3. Позитиван приступ проблему садржине "најбољег интереса детета"

2.4.3.1. Утврђивање правних претпоставки које би важиле у корист "најбољег интереса детета"

У законодавству, правној теорији и судској пракси користе се различите методе како би се у одређеној мери ублажио проблем неодређености "најбољег интереса детета". Најстарију од поменутих метода представља настојање да се правни стандард "најбољег интереса детета" уобличи кроз одређене правне претпоставке. На тај начин, дискрециони простор за примену наведеног правног принципа се значајно умањује и ограничава, с обзиром да се исход одлука везује за постојање одређених чињеница које се узимају за основ правних претпоставки.

Историја принципа "најбољег интереса детета" у великој мери представља еволуцију различитих правних претпоставки путем којих је поменути принцип добијао конкретније обресе. Како су породичноправни односи мењали своју садржину под налетом идеја о људским правима и родној равноправности, тако су и старе претпоставке којима се исказивао "најбољи интерес детета" замењиване новим. Уопштено говорећи, "најбољи интерес детета" је одувек представљао својеврсно бојно поље на коме су се преламали различити појединачни и групни интереси окупљени око породице и породичних односа.

Проблем садржине "најбољег интереса детета" се дуго времена није постављао управо због снаге једне претпоставке кроз коју се наведени принцип исказивао. Наиме, у временима доминације концепта очинске власти, "најбољи интерес детета" се поистовећивао са интересом оца и служио очувању његовог ауторитета и стабилности брака.²²¹ Дакле, законом утврђено очинство представљало је основ правне претпоставке како су одлуке које доноси отац истовремено и у "најбољем интересу детета". Међутим, са слабљењем очинске власти и формалноправним изједначавањем мушкарца и жене, наведена правна претпоставка губи сваки значај.

Ипак, еволуција правних односа је само један од проблема који прате исказивање "најбољег интереса детета" путем одговарајућих правних претпоставки. Наиме, правне претпоставке кроз које би се "најбољи интерес детета" исказивао могу

²²¹ Вид. Robert van Krieken, "The Best Interests of the Child and Parental Separation", *Modern Law Review*, 1/ 2005, 28.

бити прилагођене само одговарајућим правним институтима и ужим групама правних односа. На пример, потребно је утврдити правне претпоставке којима би се садржина "најбољег интереса детета" ближе одређивала у различитим ситуацијама, попут заснивања усвојења, хранитељства, вршења родитељског права и слично. Стога, поменути приступ проблему садржине "најбољег интереса детета" пружа само фрагментарну слику наведеног појма. Истовремено, исказивање "најбољег интереса детета" путем одговарајућих правних претпоставки подразумева фаворизовање одређених чињеница које се узимају за основ претпоставки. Тако се тежиште проблема премешта са проблема неодређености "најбољег интереса детета" на проблем одабира чињеница које би представљале основ поменутих правних претпоставки. Није потребно наглашавати како се у научној и стручној јавности тешко долази до сагласности око чињеница које би се требале узети као основ правних претпоставки о постојању "најбољег интереса детета" у конкретним случајевима. У том смислу, избор чињенице која ће се узети за основ правне претпоставке може зависити од најразличитијих фактора, попут обичајног, културолошког и религијског оквира одређеног друштва, резултата одговарајућих емпиријских истраживања, економских или демографских чинилаца. Наведеним чињеницама предност се даје најчешће одређеној врсти или степену сродства, одговарајућем облику породице, нарочитом виду породичноправне заштите деце или личним својствима конкретних учесника породичноправних односа.

Због разноврсности поменутих чињеница није лако извршити класификацију правних претпоставки кроз које се исказује "најбољи интерес детета". Ипак, може се рећи како се све наведене претпоставке групишу око две основне идеје. Тако, прва група правних претпоставки следи циљ како су деци, изнад свега, потребна два родитеља која узајамно сарађују и одржавају личне односе са дететом.²²² Друга категорија претпоставки полази од рањивости деце у контексту доношења одлука унутар правног поретка.²²³ Дакле, у првом случају говори се о правним претпоставкама које имају за циљ развој детета, док је друга група претпоставки фокусирана на заштиту детета. Разуме се, постоје претпоставке код којих наведена граница није одсечна, већ се "најбољи интерес детета" исказује како кроз потребу развоја, тако и заштите детета. На пример, једна од познатијих правних

²²² Christine Piper, "Assumptions about children's best interests", *Journal of Social Welfare and Family Law* 3/ 2000, 262.

²²³ *Ibid.*

претпоставки јесте како је у "најбољем интересу детета" да га подижу његови биолошки родитељи. У поменутом случају основ правне претпоставке представља крвно сродство. Сматра се како ће окружење биолошких родитеља детету омогућити најбоље услове за развој и пружити највећи степен заштите.

Ипак, ниједна правна претпоставка није, нити може бити савршена. У новије време посебно су на удару правне претпоставке којима се "најбољи интерес детета" тумачи у корист постојања двородитељске породице. На пример, у области усвојења, у нашем праву предност се даје брачним или ванбрачним партнерима као усвојитељима, док појединац може усвојити дете само изузетно.²²⁴ Дакле, наведеном претпоставком фаворизује се двородитељска, односно нуклеарна породица, при чему се поменута претпоставка простире и на случајеве када дете усваја брачни или ванбрачни партнер усвојитеља детета, односно очух или маћеха.

Међутим, илустративно речено, ближе одређивање садржине "најбољег интереса" детета кроз правне претпоставке представља немирно море изложено непрекидним ветровима промена које су захватиле породичноправне односе. Процес индивидуализације, у чији вртлог је увелико увучена породица, подрива темеље правних претпоставки које своју снагу црпе из традиционалног схватања породичних односа. На пример, модел двородитељске породице више није неприкосновен оквир за остваривање "најбољег интереса детета". У претходном примеру, показало се како се наш законодавац још увек фаворизује наведени облик породице приликом заснивања усвојења. Међутим, Европска Конвенција о усвојењу из 2008. године, чија је потписница и наша држава, то не чини. Тако се поменути међународним уговором омогућава појединцу да усвоји дете једнако као и брачним партнерима.²²⁵

Са друге стране, постоје и претпоставке које су формалноправно напуштене, али се и даље фактички у значајној мери примењују приликом тумачења "најбољег интереса детета". Типичан пример је претпоставка о првенству материнства приликом одлучивања о вршењу родитељског права према малом детету (најчешће

²²⁴ Вид. чл. 101. ПЗ.

²²⁵ Чл. 7 ст. 1. б. Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године - ЕКУ. Конвенција је донета под окриљем Савета Европе 27. новембра 2008. године. До сада ју је ратификовало седам држава-чланица. Од држава бивше Југославије, свој потпис на наведени међународни уговор су ставиле једино Србија и Црна Гора јуна 2009. године, премда још увек нису ратификовале Конвенцију. Вид. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=202&CM=8&DF=25/08/2012&CL=ENG>, 11.08.2012.

млађем од 7. година) по разводу брака.²²⁶ Поменути претпоставка проистиче из теорије о "нежним годинама" ("*tender years*" doctrine) и одбачена је чак и од феминистичких правних писаца, под изговором да предодређује улогу мајке и спутава је у остваривању личних слобода.²²⁷ Све ово је показатељ извесне окошталости наведеног приступа проблему садржине "најбољег интереса детета" у једном окружењу које се непрекидно мења. Тиме се умањује могућност доносилаца одлука да узимају у обзир и друге чињенице које могу бити од значаја за "најбољи интерес детета" у конкретном случају.²²⁸

Дакле, ограничавање и сузбијање дискреције лица која примењују правни стандард "најбољег интереса детета" увођењем одговарајућих правних претпоставки има значајне недостатке. На овај начин, проблем одређивања садржине "најбољег интереса детета" се заправо пребацује са судске на законодавну власт. Другим речима, путем одговарајућих правних претпоставки законодавац настоји усмерити, али и у извесном смислу везати руке судовима приликом примене принципа "најбољег интереса детета". Међутим, као што је познато, закони никада не могу имати флексибилност судских одлука, с обзиром да садрже опште правне норме. Из тог разлога, законом прописане правне претпоставке не могу имати потребну еластичност како би одговориле изазовима сваког конкретног случаја.

Са друге стране, формулисање правних претпоставки подразумева како из постојања чињенице која се узима за основ претпоставке у високом степену извесности исходи постојање друге, претпостављене чињенице. Међутим, "најбољи интерес детета" је исувише неодређен појам да би се са сигурношћу могао везивати за наступање било које појединачне чињенице. Наведени проблем се донекле ублажава тиме што исказивање "најбољег интереса детета" кроз правне претпоставке подразумева оборивост поменутих претпоставки. На тај начин се омогућава прилагођавање законског, односно посредног одређивања "најбољег интереса детета" сваком појединачном случају. Међутим, истовремено се на плећа одређених учесника породичноправних односа, а најчешће једног или оба родитеља детета, наваљује терет обарања одговарајуће правне претпоставке. Додатно оптерећење за лица која одговарајућу претпоставку обарају представља велика слобода са којом располажу судови приликом доношења одлуке о "најбољем интересу детета". Све то

²²⁶ Вид. В. Woodhouse, 818. Наведену претпоставку садржавао је и Српски грађански законик из 1844. године - СГЗ. Вид. пар. 118. СГЗ.

²²⁷ Вид. June Carbone, "A Feminist Perspective on Divorce", *The Future of Children*, 1/1994, 183 - 184.

²²⁸ Вид. David Archard and Marit Skivenes (2010), 47.

изискује непрекидну будност законодавца и потребу да се правне претпоставке путем којих се исказује "најбољи интерес детета" стално прилагођавају новим сазнањима до којих се стиже кроз активност судске праксе и стручњака различитих профила.

Како би се што боље илустровала сва моћ и немоћ наведеног механизма за одређивање садржине "најбољег интереса детета", у кратким цртама ће се указати на развој једне од најзначајнијих правних претпоставки кроз које се данас поменути принцип исказује у области вршења родитељског права. Реч је о правној претпоставци како је у "најбољем интересу детета" да родитељи по престанку заједничког живота наставе заједнички вршити родитељско право.²²⁹ Као пример, подесно је узети шведско право где наведена претпоставка има традицију дужу од три деценије. Истовремено, правац у коме се креће законодавство Шведске је одличан показатељ колико се претпоставка о "заједничком родитељском старању" ("*joint custody*") мора прилагођавати како би могла одговорити садржини "најбољег интереса детета".

Претпоставка према којој је заједничко родитељско старање у "најбољем интересу детета" и након престанка заједничког живота родитеља у Шведској постоји од 1983. године. До наведене реформе законодавства, заједничко родитељско старање се по разводу брака могло установити једино на основу заједничког захтева родитеља.²³⁰ Међутим, сада се од родитеља тражило да се изјасне против заједничког родитељског старања како се по разводу брака не би наставило са наведеним начином вршења родитељског права.²³¹ Врхунац моћи правне претпоставке о заједничком родитељском старању уследио је изменама законодавства из 1998. године. Наведеним изменама омогућио се опстанак правне претпоставке чак и када се један родитељ изричито противи заједничком родитељском старању након престанка заједничког живота.²³² Међутим, у годинама које су уследиле, увидело се како се "најбољи интерес детета" тешко може ценити изван контекста односа између родитеља. Наметање обавезе родитељима да се наставе заједнички старати о детету, без обзира на дубину њиховог конфликта, може

²²⁹ Вид. Kirsti Kurki - Suonio, "Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective", *International Journal of Law, Family and Policy* 3/2000, 187.

²³⁰ Вид. Anna Singer, "Active parenting or Solomon's justice? Alternating residence in Sweden for children with separated parents", *Utrecht Law Review* 2/2008, 36.

²³¹ Вид. Гордана Ковачек - Станић, *Правни израз родитељства*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 1994, 97.

²³² Вид. Eva Ryrstedt, "Custody of Children in Sweden", *Family Law Quarterly* 2/2005, 394.

се окренути против идеала којем тежи. Другим речима, није могуће унапред прихватити како је заједничко родитељско старање по разводу брака у "најбољем интересу детета", без узимања у обзир степена нарушености односа између родитеља и њихове спремности на сарадњу.²³³ Тако би се могло створити још запаљивије породично окружење за дете, што свакако не би одговарало концепту "најбољег интереса детета". Са друге стране, родитељи који су у стању сарађивати након развода брака имају мало потребе за наведеном претпоставком.²³⁴

Из тог разлога, 2006. године је уследила нова измена шведског законодавства, где се *exempli causa* наводе елементи за процену "најбољег интереса детета" приликом доношења одлуке о захтеву једног родитеља против заједничког родитељског старања.²³⁵ На тај начин су се умањиле могућности за наметањем заједничког родитељског старања родитељу који се томе изричито противи. Тако је данас у Шведској на делу особен систем према којем се о садржини "најбољег интереса детета" у контексту вршења родитељског права одлучује комбинацијом метода правне претпоставке и елемената за процену "најбољег интереса детета".

Као што се може видети, шведски законодавац је уложио велики напор да претпоставку заједничког родитељског старања прилагоди "најбољем интересу детета". При томе се кроз праксу дошло до непобитног сазнања како наведена правна претпоставка мора служити "најбољем интересу детета", а не обратно. Ипак, домашај претпоставке заједничког родитељског старања у правној теорији и пракси и даље остаје у извесном смислу недоречен. Доказ представља одлука Европског суда за људска права у случају *Цаунегер против Немачке (Zaunegger v. Germany)* од 3. децембра 2009. године, где је Суд проценио како је заједничко вршење родитељског права по разводу брака родитеља у "најбољем интересу" детета, без обзира на противљење мајке.²³⁶ О поменутој одлуци, као и осталим питањима везаним за заједничко вршење родитељског права у контексту "најбољег интереса детета", подробно ће се расправљати у одговарајућем делу рада.

Дакле, исказивање "најбољег интереса" детета кроз правне претпоставке представља двосекли мач којим се истовремено умањује дискреција, али и

²³³ Ово се нарочито односи на случајеве када се намеће решење по којем ће дете проводити приближно једнако време код оба родитеља ("*shared parenting*").

²³⁴ Felicity Kaganas, "Shared parenting - a 70% solution?", *Child and Family Law Quarterly*, 4/2002, 371.

²³⁵ Поменути елементи се тичу заштите детета и могућности родитеља да сарађују. Вид. A. Singer, 38 - 39.

²³⁶ Вид. *Zaunegger v. Germany* [22028/04] ECHR од 03. 12. 2009.

креативност судова који доносе одлуку о "најбољем интересу детета".²³⁷ С обзиром да законодавна тела не могу до краја одговорити изазову који поставља индивидуалистички карактер "најбољег интереса детета", потребно је наћи механизам који би проблему садржине наведеног принципа приступио на флексибилнији начин. Поред својих неспорно добрих страна, одређивања садржине "најбољег интереса детета" путем правних претпоставки има и озбиљне недостатке. Поменуте слабости се могу у одређеној мери отклонити ублажити у садејству са одређивањем елемената за процену "најбољег интереса детета", као што чини шведско право у малопређашњем примеру. Ипак, пожељно је пронаћи начин којим би се одређивала садржина "најбољег интереса детета" у сваком конкретном случају без фаворизовања унапред одређене чињенице. Један од таквих приступа би могло представљати сагледавање принципа "најбољег интереса детета" у контексту права на породични живот чланова породице.

2.4.3.2. Усаглашавање концепта "најбољег интереса детета" са правом на породични живот чланова породице

Право на породични живот из ЕКЉП представља својеврстан оквир за исказивање великог дела породичноправних односа. Због тога је разумљиво што се унутар наведеног права мора наћи простор за примену принципа "најбољег интереса детета" као начела које даје неизбрисив печат породичном праву. Међутим, право на породични живот почива на идеологији о људским правима и заузима посве другачију правно-философску раван од оне у којој се налази "најбољи интерес детета". У том смислу, "најбољи интерес детета" почива на утилитаристичком правилу како се у сваком поједином случају мора изнаћи решење које је од највеће користи за конкретно дете, без обзира на корист осталих чланова породице.²³⁸ Дакле, тежиште сваке одлуке која се тиче детета мора бити на последицама које ће конкретна одлука имати или би могла имати на појединачно дете.²³⁹ Из тог разлога чланови породице, а пре свих родитељи детета, који желе остварити сопствене

²³⁷ Херинг (*Herring*) истиче како је простор за дискрецију који оставља "најбољи интерес детета" примерен породичном праву и пожељан у савременим породичним условима. Наиме, "у данашњем друштву, са тако широким спектром породица, стилова родитељства и структура односа, потребни су еластични, прилагодљиви, премда неодређени, правни принципи". Jonathan Herring (2005), 161.

²³⁸ Вид. Shazia Choudhry and Helen Fenwick, "Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act", *Oxford Journal of Legal Studies*, 3/ 2005, 457.

²³⁹ Вид. Stephen Parker (1992), 320.

интересе морају тражити начине да своје циљеве преведу на колосек означен као "најбољи интерес детета". Међутим, као што је речено, утилитаристички модел на коме почива "најбољи интерес детета" није једини образац који кроз који се исказује данашње породично право. Чланови породице, односно родитељи, а нарочито отац детета, одбрану својих интереса налазе унутар концепта људских права који је дубоко зашао у породичноправне односе.²⁴⁰ Филозофија људских права пренета на терен односа у породици, подразумева равноправно сагледавање интереса свих чланова породице и настојање да се између поменутих интереса оствари одговарајућа равнотежа. На тај начин, у породично право се уводи модел који одступа од утилитаристичког концепта, где се одређени поступци цене не само према последицама које имају по дете, већ и по томе припада ли одређеном члану породице право на предузимање одређене радње.²⁴¹ Тако, два супротстављена модела уређења породичних односа доводе до растућих тензија у породичном праву између жеље за промовисањем "најбољег интереса детета" и потребе да се заштите људска права осталих чланова породице.²⁴² Типичан пример наведених тензија представља установа родитељског права. Са једне стране, принцип "најбољег интереса детета" делује у правцу трансформисања родитељског права у родитељску дужност, односно одговорност, док концепт људских права изнова васкрсава и уздиже добро познати појам родитељског права. И док једни теоретичари у судару два различита концепта виде "нормативну анархију",²⁴³ други сматрају како је реч о "нормалном хаосу"²⁴⁴ који је захватио породичноправну регулативу. Ипак, јасно је како су два наведена модела принуђена коегзистирати, те се мора наћи начин да се поменути приступи обједине у мери у којој је то могуће.²⁴⁵ Дакле, потребно је обезбедити примену принципа "најбољег интереса детета" уз истовремено уважавање људских права чији су титулари чланови породице. Механизам којим би се наведени циљ остварио у извесном смислу би отупео оштрицу принципа

²⁴⁰ Поједини правни писци истичу како је успон принципа "најбољег интереса детета" постепено уздигао права мајке изнад права оца, те се под маском заштите "најбољег интереса детета" материнству додељује знатно виши статус од очинства. S. Choundhry and H. Fenwick, 458.

²⁴¹ S. Parker (1992), 320.

²⁴² Jonathan Herring, "The Human Rights Act and the welfare principle in family law - conflicting or complementary?", *Child and Family Law Quarterly*, 3/ 1999, 224.

²⁴³ S. Parker (1992), 312.

²⁴⁴ Према аустралијском правнику Џону Девару (*John Dewar*) хаос је нормално стање за породичноправне односе, с обзиром да се породично право бави бројним областим друштвеног живота и осећањима љубави, страсти, интимности, лојалности и издаје, која су сама по себи противуречна и парадоксална. J. Dewar, "The Normal Chaos of Family Law", *Modern Law Review*, 4/ 1998, 468.

²⁴⁵ J. Herring (1999), 224.

"најбољег интереса детета", али и неминовно пружио нову димензију садржине поменутог начела.

Као што је раније речено, садржину "најбољег интереса детета" је посебно тешко одредити када се наведеном принципу даје безусловно првенство. Међутим, уколико се предност принципа "најбољег интереса детета" веже за одређене услове, тада се кроз процену испуњености поменутих услова "најбољи интерес детета" истовремено и садржински уобличава. Нису сва људска права подобна пружити услове за активирање принципа "најбољег интереса детета". Како би се принцип "најбољег интереса детета" могао тумачити у садејству са људским правима чланова породице, потребно је да се испуне два услова. Најпре, потребно је да се примена конкретног људског права члана породице може ограничити. На пример, право на заштиту од мучења и нечовечног или понижавајућег поступања, односно кажњавања из ЕКЉП представља апсолутно право, које није подложно ограничењима.²⁴⁶ У таквим околностима "најбољи интерес детета" је већ уткан у наведено право како чланова породице, тако и самог детета, те се питање засебне примене наведеног принципа не поставља. Друго, људско право мора бити такво да се превасходно остварује унутар породичноправног контекста односа између родитеља и деце. При томе се нарочито имају у виду личноправни односи, који представљају темеље и основно полазиште сваке породичноправне регулативе. Пут поплочан наведеним условима води до конкретног права чланова породице из ЕКЉП. Реч је о праву на поштовање породичног живота које може представљати супарника, али и сарадника "најбољег интереса детета" и кроз чије се узајамно дејство и прожимање обликује садржина наведеног принципа. У наредном делу изложићемо механизам где се кроз однос између "најбољег интереса детета" и права на породични живот родитеља одређује садржина "најбољег интереса детета".

Премда се приликом нормирања права на породични живот у ЕКЉП изричито не помиње "најбољи интерес детета", могуће је говорити о три пута које право на породични живот трасира за примену наведеног принципа. Прва два пута везују се за остваривање "најбољег интереса детета" кроз заштиту права и интереса једног или оба родитеља. Другим речима, "најбољи интерес детета" се тражи унутар признавања или ограничавања права једног или оба родитеља на поштовање породичног живота. Случајеви када се признаје или ограничава право на породични

²⁴⁶ Вид. S. Choudhry and J. Herring, 3.

живот једног родитеља, по правилу, припадају приватноправном домену где најчешће постоји спор између самих родитеља.²⁴⁷ Насупрот томе, "најбољи интерес детета" се исказује кроз афирмацију или ограничење права на породични живот оба родитеља у јавноправним случајевима где се држава преко својих органа и институција меша у однос између родитеља и деце.²⁴⁸ Коначно, трећи пут везује се за дете као засебног имаоца права на породични живот у чијем контексту се препознаје и "најбољи интерес" конкретног детета.²⁴⁹ Ипак, са становишта праксе Суда у Стразбуру, најзначајнија су прва два начина за примену наведеног принципа, где се садржина "најбољег интереса детета" обликује кроз признавање или ограничавање права једног или оба родитеља на породични живот.

Срце концепта "најбољег интереса детета" чине односи између родитеља и деце. Наведени домен представља извориште и место рађања "најбољег интереса детета" из кога се поменути принцип грана и шири на све правне односе који се тичу детета. Видели смо како се "најбољи интерес детета", заоденут у рухо принципа "врхунског значаја", често наоружава и безусловним првенством у односу на права и интересе других лица. Од поменутих лица, без конкуренције, од највећег значаја су родитељи детета чији се легитимни интереси на овај начин у значајној мери маргинализују и стављају у сенку интереса сопственог детета.

Садржина "најбољег интереса детета" се у литератури углавном тражи у контексту ограничавања права родитеља на поштовање породичног живота, као људског права кроз које се у највећем делу исказују породичноправни односи.²⁵⁰ Наиме, право на породични живот се може ограничити уколико је наведено ограничење "у складу са законом и нужно у демократском друштву ради интереса националне безбедности, јавне сигурности и економске добробити државе, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, као и заштите права и слобода других лица".²⁵¹ Како би се ограничење поменутог права сматрало

²⁴⁷ Најчешће се спор води поводом права родитеља који не врши родитељско право на одржавање личних односа са дететом. Вид. *Elsholz v. Germany* [25735/94] од 13. јула, 2000. године; *Sahin v. Germany* [30943/96] од 08. јула 2003; *Süss v. Germany* [40324/98] од 10. новембра 2005; *Zawadka v. Poland* [48542/99] од 23. јуна 2005. године

²⁴⁸ То су они случајеви када држава, процењујући како постоји правна немогућност родитеља да врше родитељско право, одузима децу од родитеља и преузима одговорност да деци обезбеди одговарајуће старање. Вид. *Olsson v. Sweden* [10465/83] од 24. марта 1988. године; *Kutzner v. Germany* [46544/99] од 26. фебруара 2002; *Pontes v. Portugal* [19554/09] 10. априла 2012. године.

²⁴⁹ Вид. J. Herring (1999), 239.

²⁵⁰ Вид. Jane Fortin, " The HRA's impact on litigation involving children and their families", *Child and Family Law Quarterly*, 3/ 1999, 250 - 251.

²⁵¹ Чл. 8. ст. 2. ЕКЉП.

"необходним", потребно је да се мешање у породичне односе оправда "легитимним циљевима".²⁵² Наведени приступ проблему садржине "најбољег интереса детета", Ејкелар назива "Конвенцијским приступом"²⁵³, с обзиром да се право на породични живот признаје Европском Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Дакле, код Конвенцијског приступа, "најбољи интерес детета" представља условни принцип, према којем ће интерес детета однети превагу над правима и интересима чланова породице ако представља "легитимни циљ" ограничавања наведених права у конкретном случају. Другим речима, интерес детета не може аутоматски однети превагу над интересима родитеља, већ само након пажљивог разматрања интереса свих страна у поступку на једнаким основама.²⁵⁴

Код Конвенцијског приступа "најбољем интересу детета" у контексту права на породични живот родитеља, могу се разликовати четири ситуације. У прве две ситуације интереси родитеља детета су супротстављени, те се предност мора дати индивидуалном интересу конкретног родитеља. Најпре, Суд у Стразбуру може проценити како одређено ограничење права родитеља према детету од стране националних органа представља повреду права на породични живот конкретног родитеља јер се не може оправдати "легитимним циљевима".²⁵⁵ Друга ситуација постоји када Европски суд за људска права процени супротно, односно како се

²⁵² J. Fortin (1999 a), 247.

²⁵³ J. Eekelaar (2002), 240.

²⁵⁴ S. Choudhry, 273.

²⁵⁵ Као пример можемо навести случај *Sommerfeld v. Germany* [31871/96] од 08. јула 2003. године. У поменутом случају, немачке власти су одбиле омогућити ванбрачном оцу девојчице право на одржавање личних односа са ћерком под изговором како наведени контакт не би био у "најбољем интересу детета". Немачки судови су садржину "најбољег интереса детета" одредили на основу чињеница да се дете старо 13. година противило виђању оца, те да се мајка преудала и засновала нову породицу, чији је саставни део постала и њена ћерка из претходне везе са подносиоцем представке (*para. 20, 23.*). Суд у Стразбуру је у својој одлуци подсетио како члан 8. ЕКЉП захтева да "домаће власти остваре правичну равнотежу између интереса детета и интереса родитеља и да приликом одмеравања интереса нарочит значај треба поклонити "најбољем интересу детета", који у зависности од своје природе и озбиљности, може превагнути над интересима родитеља. Родитељу се нарочито не може признати право из члана 8. Конвенције ако би такве мере нашкодиле развоју и здрављу детета". (*para. 64.*). У конкретном случају надлежни немачки судови су навели релевантне разлоге како би оправдали своју одлуку којом ускраћују оцу право на личне односе са ћерком. Наиме, 13-годишња девојчица је јасно исказала своје мишљење да не жели виђати оца и чинила је то неколико година, тако да би присиљавање детета у том смислу озбиљно нарушило њену емотивну и психолошку равнотежу. (*para. 65.*) Међутим, Суд сматра како не може на задовољавајући начин проценити јесу ли наведени разлози довољни у смислу члана 8. став 2. Конвенције а да истовремено не одреди да ли процес одлучивања у целини пружио подносиоцу представке неопходну заштиту његових интереса. (*para. 66.*) Суд закључује како су националне власти прекорачиле поље слободне процене, кршећи на тај начин право оца на породични живот из члана 8. ЕКЉП. Суд сматра како, имајући у виду значај односа између оца и детета, није смела изостати психолошка експертиза мишљења детета. Исправна и потпуна информација о односу између подносиоца представке и детета била је предуслов за утврђивање истинског мишљења детета, те би се тако могла утврдити правична равнотежа између интереса заинтересованих страна у поступку (*para. 67.*)

одлуком националних органа следио "легитиман циљ" приликом ограничења права родитеља на породични живот.²⁵⁶ Као што се може приметити, у прве две ситуације Суд у Стразбуру бави се случајевима из приватноправног домена, где постоји спор између родитеља око вршења родитељског права. На тај начин "најбољи интерес детета" одговара интересу једног родитеља, односно препознаје се унутар ограничења права на породични живот другог родитеља. Дакле, поменути принцип ставља се у службу права и интереса једног, насупрот правима и интересима другог родитеља детета.

За разлику од претходна два случаја, садржина "најбољег интереса детета" може се одређивати и кроз сукоб заједничког интереса родитеља, односно интереса јединог родитеља који врши родитељско право и јавног интереса. Овде се такође разликују две ситуације. Најпре, Суд у Стразбуру може проценити како одређено ограничење или чак укидање права оба родитеља или јединог родитеља који врши родитељско право према детету представља неосновано, односно неоправдано мешање у њихов породични живот.²⁵⁷ Насупрот томе, Европски суд за људска права

²⁵⁶ Пример је одлука Европског суда за људска права у случају *Süss v. Germany* [40324/98] од 10. новембра 2005. У наведеном случају, немачке власти су одбиле дозволити оцу девојчице право на одржавање личних односа са ћерком позивајући се на "најбољи интерес детета". Немачки судови су садржину "најбољег интереса детета" одредили на основу исказаног мишљења 10-годишње девојчице, подупртог одговарајућим извештајем психолога, као и због жестоких сукоба оца са мајком детета која је самостално вршила родитељско право (*para. 90.*) Одлуке немачких судова је неспорно представљала мешање у породични живот подносиоца представке (*para. 82.*) Међутим, према мишљењу Суда, такво мешање у породични живот служило је заштити "здравља и морала" и "права и слобода" ћерке подносиоца представке, те је било оправдано са станивишта "легитимног циља" (*para. 85.*) Суд је истакао како је у оваквим случајевима "разматрање где лежи најбољи интерес детета од суштинске важности". (*para. 86.*) Члан 8 Конвенције захтева утврђивање правичне равнотеже између интереса детета и родитеља, те да се приликом одмеравања интереса нарочита важност мора дати "најбољем интересу" детета, који може, у зависности од своје природе и озбиљности, превагнути над интересима родитеља. Посебно се родитељу не сме допустити да сходно члану 8. Конвенције предузима такве мере којима би се нашкодило здрављу и развоју детета. (*para. 88.*) Суд је проценио како је одлука националних судова којима се оцу детета ускраћује право на личне односе са ћерком у "најбољем интересу детета". Према Суду сагласан са националним судовима како је дететов негативан став према оцу делом узрокован утицајем мајке, превагнула је ипак чврста жеља детета да не виђа оца. (*para. 91.*)

²⁵⁷ Пример налазимо у недавној пракси Суда у Стразбуру у случају *Pontes v. Portugal* [19554/09] од 10. априла 2012. У поменутој одлуци, родитељи су због злоупотребе дрога изгубили старање над децом која су институционално збринута. Међутим, како су родитељи након тога отпочели програм рехабилитације и нашли посао, португалски органи су вратили сву децу натраг родитељима, изузев најмлађег дечака, који је од почетка био засебно институционално збринут. Под изговором како дете није стигло развити емоционалне везе са биолошком породицом, дечак је дат на усвајање, чиме је трајно прекинута правна веза са родитељима. Суд је поновио како заједнички живот родитеља и детета представља фундаментални елемент породичног живота. Сходно томе, прекид породичних веза се може правдати интересом детета само у крајње изузетним околностима, када су претходно исцрпљени сви покушаји да се односи у породици очувају, те да се у догледно време породица поново успостави. Суд је запазио, како за разлику од својих сестара и брата, најмлађем детету није било допуштено проводити викенде са родитељима, односно да се родитељима забранило посећивати дете. У конкретном случају, Суд је приметио како су постојале две различите процене породичне

може сматрати како је наведено мешање државе у породични живот оба родитеља или јединог родитеља који врши родитељско право оправдано са становишта "легитимних циљева".²⁵⁸ "Најбољи интерес детета" представља управо онај језичак на ваги који одређује хоће ли одлука Суда у Стразбуру превагнути на страну родитеља или конкретне државе. При томе Европски суд за људска права настоји донети одлуку којом би се остварила правична равнотежа између општих и појединачних интереса у конкретном случају.²⁵⁹ Приликом одлучивања Суд мора узети у обзир поље слободне процене које припада свакој држави и посебно је изражено управо у споровима из породичноправних односа.²⁶⁰

У претходном делу, говорили смо о примени принципа "најбољег интереса детета" у контексту заштите права на породични живот једног или оба родитеља. У поменутих ситуацијама интерес детета се препознаје унутар интереса једног или оба родитеља, односно државе. Међутим, Конвенцијски приступ има још једну димензију где се "најбољи интерес детета" остварује унутар заштите права на породични живот самог детета као имаоца права. Ипак, наведени вид Конвенцијског приступа "најбољег интереса детета" се за сада углавном своди на теоријску могућност. Наиме, Суд у Стразбуру никада није озбиљно размотрио концепт према

ситуације подносиоца представке, јер су националне власти донеле различите одлуке у погледу најмлађег детета и његових сестара и брата. Такође, упркос побољшању породичне ситуације, домаћи судови нису никада мере које би биле мање радикалне у поређењу са усвојењем детета. У том смислу, раздвајање детета, не само од биолошких родитеља, већ и од сестара и брата, не може бити у "најбољем интересу детета".

Вид.

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/f9b651d67d362c85c12579dc0050eea1?OpenDocum>, 27.11.2012.

²⁵⁸ Пример представља случај *R. and H. v. United Kingdom* [35348/06] од 31. маја 2011. У поменутом случају, надлежни органи у Уједињеном Краљевству су донели одлуке да се дете подносиоца представке уклони из проблематичног окружења у коме је мајка била зависник од алкохола. У том смислу, донето је решење које је по својим правним последицама блиско нашем решењу о утврђивању опште подобности детета за усвојење ("*freeing order*"). Имајући у виду како је заједнички живот родитеља са дететом фундаментални елемент породичног живота, неспорно је како наведени поступак државних власти представља мешање у породични живот подносиоца представке (*para. 72.*). Суд је истакао како приликом процене оправданости наведеног мешања државе у породични живот родитеља, "најбољи интерес детета" мора бити од "врхунског значаја". (*para. 73.*) Члан 8. Конвенције не тражи од националних органа да у недоглед покушавају спојити породицу. Такође, с обзиром да је прошао значајан временски период од када су одговарајући органи социјалног старања преузели бригу о детету, интерес детета за очувањем фактичке ситуације у којој се налази може надвладати интересе родитеља. Национални судови су такође унутар поља слободне процене имали право закључити како би сваки разуман родитељ, који држи до "најбољег интереса детета", дао сагласност са усвојењем (*para. 88.*). Одлуке домаћих власти о подобности детета за усвојење, упркос противљењу родитеља, имале су у виду узраст детета, као и проблем родитељског старања са старијом децом, што се може подвести под поље слободне процене државе (*para. 86.*). Стога, Суд закључује како су одлуке националних органа представљале сразмерно мешање у породични живот подносиоца представке (*para. 89.*).

²⁵⁹ S. Choudhry and J. Herring, 32.

²⁶⁰ Вид. *Ibid.*, 24.

којем и деца могу имати сопствено право на поштовање породичног живота из ЕКЉП,²⁶¹ о чему ће посебно бити речи у одговарајућем делу рада. Поменути проблем представља уједно и најслабију тачку Конвенцијског приступа принципу "најбољег интереса детета". Због тога се у правној теорији и наводи како се поменути приступом "најбољи интерес детета" поставља ниско.²⁶² Наиме, код Конвенцијског приступа, приликом одређивања садржине "најбољег интереса детета", полазиште суштински представља право на породични живот родитеља, а не интерес детета. Главна стратегија је прилагодити права одраслима, док се аргументи који се односе на интерес деце уводе у расправу о томе како би се нарушавање права одраслих могло оправдати.²⁶³ Ејкелар зато поставља питање "зашто треба поћи од заштите права родитеља, осим ако не постоји врло јак доказ како их је неопходно прилагодити правима деце? Зашто не обрнуто?"²⁶⁴

Истовремено, Конвенцијски приступ не може увек понудити одговор на проблем садржине "најбољег интереса детета". Наиме, поменути принцип подесан је за случајеве где постоје узајамна права родитеља и деце, попут права на личне односе. Међутим, у одређеним ситуацијама равноправност интереса деце и родитеља не може бити полазиште приликом доношења одлуке. Тада се "најбољи интерес детета" уздиже као принцип безусловног првенства и примењује кроз дискрециону моћ судова. На пример, у случају да се родитељи не могу споразумети око вршења родитељског права по разводу брака, суд треба одлучити који ће родитељ самостално вршити родитељско право. Тада се "најбољи интерес детета" јавља као искључиви критеријум одлучивања, потискујући у други план сукобљене интересе родитеља.

На овом месту треба рећи како Конвенцијски приступ "најбољем интересу детета" представља последицу једне шире тенденције унутар породичноправних односа, која се означава као "конституционализација" породичног права.²⁶⁵ Под наведеном појавом подразумева се уређење породичноправних односа под утицајем правила о људским правима, која се намећу изван домаћег законодавства.²⁶⁶ Међутим, као што је већ речено, породично право се налази у својеврсном вртлогу

²⁶¹ J. Fortin (1999 a), 254.

²⁶² J. Eekelaar (2002), 240.

²⁶³ Jane Fortin, "Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Era", *Modern Law Review*, 3/2006, 326.

²⁶⁴ J. Eekelaar (2002), 241.

²⁶⁵ John Dewar, "Family Law and Its Discontents", *International Journal of Law, Policy and Family*, 14/2000, 72.

²⁶⁶ *Ibid.*

разнородних утицаја и кретања. Тако, конституционализација породичног права тражи отклон од дискреције, коју утилитаристички модел са друге стране намеће. Као што смо видели, утилитаристички приступ "најбољем интересу детета" се у одређеним случајевима јавља као неминовност. Из тог разлога, у наредном делу указаће се на приступе који "најбољи интерес детета" посматрају у контексту најкориснијег исхода за конкретно дете.

2.4.3.3. Исказивање "најбољег интереса детета" кроз садржински уже правне концепте

Професор Ејкелар је рекао како је "лакше критиковати принцип најбољег интереса детета, него понудити алтернативу".²⁶⁷ У том смислу, нема тежег задатка од покушаја да "најбољи интерес детета" преведе на терен правног концепта који би био садржински одређенији. У вихору идеја и утицаја који су пратили и уобличавали наведени принцип две идеје завређују посебну пажњу. Оба концепта поникла су на англо-саксонском правном подручју и до данашњег дана остварили вероватно највећи утицај на квалитативни аспект "најбољег интереса детета". Прва теорија покушава објаснити "најбољи интерес детета" као "најмање штетну алтернативу", док се друга заснива на учењу о "динамичном самоодређењу". И док је први концепт само делимично опстао услед бурних промена које су захватиле породично право, "динамични самодетерминизам" је учврстио свој положај као путоказ за одређивање садржине "најбољег интереса детета". Премда еволуција породичноправних односа није ишла у прилог концепта "најмање штетне алтернативе", наведено тумачење "најбољег интереса детета", не само због хронолошког реда, завређује да се изложи прво.

Концепт "најбољег интереса детета" као "најмање штетне алтернативе" су седамдесетих година прошлог века, под покровитељством Правног факултета у Јејлу (*Yale Law School*) формулисали Џозеф Голдштајн (*Joseph Goldstein*), Алберт Солнит (*Albert Solnit*) и Ана Фројд (*Anna Freud*), као трио истакнутих стручњака из различитих научних области (право, дечија психијатрија, клиничка психологија).

²⁶⁷ J. Eekelaar (2002), 237.

Теорија је настала под снажним утицајима идеја либерализма и психоанализе као правца у психологији.²⁶⁸

Основно полазиште наведене теорије је да се интерес детета може разматрати одвојено од интереса родитеља једино ако породица не успе обезбедити негу и заштиту детета у складу са минималним социјалним стандардима.²⁶⁹ До тада држава треба оставити родитеље да васпитавају и подижу своје дете како налазе за сходно. "Најбољи интерес детета" у истинском облику постоји једино унутар функционалне породице. Ако дође до распада породице, нема више "најбољег интереса детета" и суд је немоћан отклонити штету коју је дете претрпело.²⁷⁰ Због тога се поменути принцип може тумачити једино као "најмање штетна алтернатива" за дете".²⁷¹

Дакле, "најбољи интерес детета" није видљив унутар граница породичног дома све док неповољан след догађаја не узрокује да се мора донети одлука која је за дете најмање штетна. При томе, потребе и интерес детета морају имати "врхунски значај" ("*paramount consideration*").²⁷²

Како би се утврдило шта је најмање штетно за дете у конкретним ситуацијама, творци наведене теорије су увели низ оперативних појмова, попут "психолошког родитеља",²⁷³ "жељеног детета",²⁷⁴ "осећај детета за време"²⁷⁵ или "континуитета у старању над дететом".²⁷⁶ Наведени појмови представљају главне полуге за одмеравање "најмање штетне алтернативе" и својеврстан алат за утврђивање решења које би у датим околностима за дете требало бити најбезболније. Поменути појмови су тесно испреплетани и служе за одређивање садржине "најбољег интереса детета" у различитим породичноправним ситуацијама које се јављају као последица распада или изостанка примарне породице. У том смислу,

²⁶⁸ Вид. Michael Freeman, "The Best Interests of the Child? Is *The Best Interests of the Child* in the Best Interests of Children?", *International Journal of Law, Policy and Family*, 3/ 1997, 361.

²⁶⁹ Joseph Goldstein *et al.*, *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, The Free Press, New York 1998, xv.

²⁷⁰ "Прихватање ове чињенице умањује вероватноћу да доносиоци одлука буду увучени у наду и магију која се везује за реч "најбољи". J. Goldstein *et al.*, 51.

²⁷¹ J. Goldstein *et al.*, 51.

²⁷² Вид. J. Goldstein *et al.*, 50.

²⁷³ "Психолошки родитељ" је оно лице за које се дете психолошки везало услед његовог активног присуства у животу детета и задовољавања потреба које има. Наиме, дете нема свест о крвној вези све до касније фазе у свом одрастању и тражи родитељску фигуру за коју ће се везати. Вид. J. Goldstein *et al.*, 9 - 11.

²⁷⁴ "Жељено дете" је дете које има макар једног "психолошког родитеља" кога може волети и поред којег се може осећати вољеним и сигурним. J. Goldstein *et al.*, 13.

²⁷⁵ "Осећај детета за време" представља границу условљену сазнајним способностима детета унутар које се требају задовољити инстинктивне и емоционалне потребе детета. J. Goldstein *et al.*, 9.

²⁷⁶ Континуитет старања над дететом представља потребу да се очува успостављени психолошки однос између родитеља и детета. J. Goldstein *et al.*, 90.

укратко ћемо изложити како творци наведене теорије виде "најбољи интереса детета" у случајевима развода брака родитеља детета, хранитељства и усвојења.

Док породица функционише релативно складно, дете, по правилу, има оба "психолошка родитеља". Међутим, након развода брака, кључна родитељска фигура постаје родитељ коме је дете поверено.²⁷⁷ Право другог родитеља да одржава личне односе са дететом може се признати једино ако се са тим сагласи родитељ који са дететом живи и непосредно се стара о детету.²⁷⁸ Наиме, уколико би суд против воље родитеља коме је дете поверено признао другом родитељу право на личне односе са дететом, дете би се увукло у стални извор конфликта међу родитељима. На тај начин, дете би урушило слику о ауторитету и моћи родитеља који се непосредно о њему брине.²⁷⁹ Тако би се дете изложило непрекидној тензији услед унутрашњег сукоба који намеће осећај лојалности, што би спречило да дете развије позитивне односе према оба родитеља.²⁸⁰ Родитељ који посећује дете против воље родитеља коме је дете поверено ће тешко представљати конструктивну силу у животу детета.²⁸¹

Наведено виђење "најбољег интереса детета" је неприхватљиво за данашње породично право. Као такво, било је изложено жестокиим нападима у правној теорији да би на крају еволуција породичноправних односа прегазила поменути концепт. Наиме, сам појам "психолошког родитеља" има велику вредност, али су правне последице које се надовезују на наведени појам у најмању руку радикалне. Познати енглески правник Мајкл Фримен у својој оштрој критици концепта "најмање штетне алтернативе" подсећа како наведено тумачење игнорише моралну компоненту права.²⁸² "Ако би лични односи били дар из руку родитеља који се стара о детету, дете би се тада претворило у робу", каже Фримен. У том смислу, не постоји никаква разлика између родитеља који не жели виђати дете и родитеља чијем се одржавању личних односа са дететом противи родитељ који се о детету непосредно стара.²⁸³ Наведено схватање неспојиво је са идејом људских права, која припадају како родитељу који са дететом не живи, тако и самом детету. Такође, концепт "најмање

²⁷⁷ На овом месту нећемо расправљати о превазиђености термина "поверовање детета" у породичном праву.

²⁷⁸ J. Goldstein *et al.*, 23.

²⁷⁹ Ако се родитељи договоре око виђања детета, судска одлука је и непотребна и непожељна, а ако се не могу сложити, таква одлука не би детету могла донети ништа добро. Вид. J. Goldstein *et al.*, 25.

²⁸⁰ J. Goldstein *et al.*, 23.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² M. Freeman (1997), 364.

²⁸³ M. Freeman (1997), 381.

штетне алтернативе" у домену личних односа између родитеља и деце одговара концепту према којем породица не надживљава пропаст брака. Некада је држава имала улогу да очува принцип нераскидивости брака кроз забрану или наметање озбиљних ограничења за развод. Уместо тога, данас држава уређује породични живот преко принципа нераскидивости родитељства.²⁸⁴ Другим речима, родитељ остаје родитељ и након развода брака, без обзира што можда више неће делити дом са дететом.

Међутим, теорија о "најмање штетној алтернативи" има интересантан приступ "најбољем интересу детета" и у случајевима детета без родитељског старања, односно без одговарајуће бриге родитеља. Тако, наведено учење не гледа сасвим благонаклоно на установу хранитељства. Наиме, према творцима поменуте теорије уговор о хранитељству нема за циљ створити везу између "психолошког родитеља" и "жељеног детета".²⁸⁵ Основни проблем представља привремени карактер хранитељства и могућност да орган старатељства раскине уговор и уклони дете из хранитељске породице.²⁸⁶ Природа хранитељског односа рађа несигурност и осећање непотпуне заштите код детета, чиме се нарушава потреба детета за емотивном стабилношћу.²⁸⁷ Јасно је како творци теорије "најмање штетне алтернативе" сматрају да се однос психолошког родитељства тешко може у потпуности развити унутар квази - породичне установе као што је хранитељство. Ипак, ако се то догоди, однос између хранитеља и детета би заслуживао признање и заштиту.²⁸⁸

Међутим, упркос критикама на рачун хранитељства, творци концепта "најмање штетне алтернативе" су дали критеријуме за одређивање времена које би дете требало провести у хранитељској породици са становишта "најбољег интереса детета". Основно полазиште треба представљати "осећај детета за време". Наиме, због карактера хранитељског односа није пожељно да се дете психолошки веже за хранитеља. Због тога, дужина боравка детета у хранитељској породици треба одговарати граници толеранције детета да буде раздвојено, односно лишено "психолошког родитеља". Период толеранције је условљен "осећајем детета за

²⁸⁴ Patrick Parkinson, "Family Law and Indissolubility of Parenthood", *Family Law Quarterly*, 2/ 2006, 239.

²⁸⁵ Хранитељство, нарочито када је краткорочно, представља више професионални, него родитељски задатак. J. Goldstein *et al.*, 14 - 15.

²⁸⁶ J. Goldstein *et al.*, 15.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Могли би смо закључити како би у наведеном случају хранитељ морао имати предност приликом евентуалног усвојења детета. Вид. J. Goldstein *et al.*, 21.

време" и најкасније до истека наведеног периода дете се мора вратити у биолошку породицу или усвојити. Из тог разлога, што је дете млађе, дужина боравка у хранитељској породици треба бити краћа.²⁸⁹ На пример, ако је дете млађе од пет година, хранитељски однос не би требао трајати дуже од два месеца.²⁹⁰ Уколико је пак, дете млађег школског узраста, време проведено у хранитељској породици не би требало прећи шест месеци.²⁹¹ Према се наведене временске одреднице за одређивање "најбољег интереса детета" код хранитељства правницима могу чинити непоузданим, треба им приступити врло озбиљно, имајући у виду да произилазе из истраживања великог ауторитета на пољу дечије психологије, Ане Фројд.

За разлику од хранитељства, творци теорије "најмање штетне алтернативе" су знатно наклоњенији усвојењу као трајном облику збрињавања деце. Заступа се став како се усвојење треба засновати у што је могуће ранијој фази живота детета.²⁹² Штавише, идеално би било да се дете смести у усвојитељску породицу одмах по свом рођењу.²⁹³ Када се дете једном уведе у породични дом усвојитеља, одлука о усвојењу треба бити коначна. У том смислу се творци наведене теорије изјашњавају против установе пробног смештаја, односно периода прилагођавања као дела поступка у коме се утврђује посебна подобност усвојитеља и усвојеника за усвојење. Тако се истиче како период прилагођавања не омогућава развој сигурних и стабилних односа између могућих усвојитеља и детета.²⁹⁴

Потреба детета за стабилним и сигурним односима у породици рађа последица и на пољу престанка усвојења. Тако се, из концепта "психолошког родитеља" који теорија "најмање штетне алтернативе" развија, може закључити како је могућност престанка усвојења поништењем непожељна са становишта "најбољег интереса детета". Управо на наведеном примеру сукоб између правног и психолошког приступа усвојењу постаје очигледан. Међутим, "најбољи интерес детета" се овде ближе исказује кроз потребу детета за стабилности и континуитетом

²⁸⁹ J. Goldstein *et al.*, 21.

²⁹⁰ Уколико је дете млађе од две године, његов праг толеранције на одвојеност или одсуство "психичког родитеља" мери се данима. Из тог разлога, такво дете би се требало усвојити, а не дати на хранитељство. Вид. J. Goldstein *et al.*, 41.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Вид. J. Goldstein *et al.*, 13.

²⁹³ Рече је о случајевима када родитељи дају сагласност са усвојењем. Такви родитељи требају донети одлуку о томе хоће ли задржати дете још пре рођења детета. У том смислу, орган старатељства би имао задатак унапред извршити избор одговарајућих усвојитеља. J. Goldstein *et al.*, 43.

²⁹⁴ За државу, период прилагођавања представља прилику за нарушавањем односа који се развијају између могућих усвојитеља и детета. J. Goldstein *et al.*, 22.

односа, наспрам потребе процене пуноважности једног правног акта. Из тог разлога би требало имати рестриктиван приступ поништењу усвојења, што је и став ЕКУ.²⁹⁵

Тумачење "најбољег интереса детета" у области усвојења од стране твораца теорије "најмање штетне алтернативе" такође пружа подлогу за одређене критике. Тако, док рестриктивни приступ поништењу усвојења има своје пуно оправдање, тешко се може прихватити како је период прилагођавања приликом заснивања усвојења непожељан. Правилан одабир будућих усвојитеља је свакако у "најбољем интересу детета", а утврђивање посебне способности са усвојењем у томе игра врло значајну улогу. Сходно томе, брзина у правном и психолошком смислу приликом заснивања усвојења нису, нити могу бити истоветни појмови.

На крају осврта на теорију "најмање штетне алтернативе", значајно је у најкраћим цртама указати на општу слику детета коју пружа наведена теорија. Пре свега, заслуга је твораца поменутог учења што су указали на индивидуалност и посебност сваког детета, чиме су утрли пут ка индивидуалистичком карактеру принципа "најбољег интереса детета". У том смислу, засебне карактеристике сваког детета се не испољавају само у односима између различите деце, већ и код истог детета у различитим фазама његовог развоја.²⁹⁶ Међутим, теорија "најмање штетне алтернативе" није вођена људским правима, већ очувањем интегритета породице. Због тога се права чланова породице посматрају из контекста породичне целовитости. Тако, једино право које се детету изричито признаје јесте право на "аутономне родитеље".²⁹⁷ Сходно томе, релативно мало пажње се посвећује мишљењу и жељама детета. Слика детета коју гради наведени либералистички приступ породичним односима наилази на оштре критике у правној литератури, према којима је представа о детету уска и статична.²⁹⁸

Ипак, без обзира на аргументацију критика, не треба сметнути са ума како "најбољи интерес детета" као "најмање штетна алтернатива" представља у највећем делу психолошко виђење интереса детета. Ана Фројд, која је дала највећи печат поменутој теорији, каже како се приликом процене "најбољег интереса детета"

²⁹⁵ Вид. чл. 14. ЕКУ. Вид. Зоран Поњавић, "Поништење као породичноправна санкција", *Правни живот* 9/2011, 947.

²⁹⁶ Вид. J. Goldstein *et al.*, 9.

²⁹⁷ "Аутономни родитељи" јесу родитељи којима се пружа прилика да неометани испуњавају развојне и емотивне потребе своје деце у процесу заснивања породичних веза значајних за здрави раст и развој сваког детета. J. Goldstein *et al.*, 90.

²⁹⁸ Вид. M. Freeman (1997), 366.

морате ставити "у кожу детета".²⁹⁹ У том смислу, супериорност интереса детета постаје неминовност. На пример, родитељу треба ускратити право на личне односе са дететом, не зато што се други родитељ томе противи, већ што је то из психолошког угла најбоље за дете. Ако треба бирати да ли ће се додатне патње поштедети дете или родитељ, избор мора пасти на дете.³⁰⁰ Међутим, као што је речено, право не може водити рачуна само о психолошкој, односно психоаналитичкој, већ и о социјалној и моралној компоненти "најбољег интереса детета". Због тога је теорија "најмање штетне алтернативе" код појединих правника често изазивала одређен револт, па и извесну дозу правничке острашћености.³⁰¹ Ипак, како су у процесу еволуције породичног права правни односи све више гравитирали ка детету, теорија "најмање штетне алтернативе" је у све већој мери губила на снази. Када је 1989. године усвојена КПД, постало је јасно да се мора тражити пут према којем ће се садржина "најбољег интереса детета" одређивати у складу са измењеним представом о детету. Условно речено, дошло је време смене на трону и примат је преузело једно друго учење, где се садржина "најбољег интереса детета" објашњава принципима "диманичног самоодређења" ("*dynamic self-determinism*").³⁰² Творац наведене теорије био је, већ више пута помињани, енглески правник јужноафричког порекла Џон Ејкелар.

Основно полазиште Ејкелара било је како садржини "најбољег интереса детета" треба приступити унутар контекста права која деци припадају.³⁰³ Другим речима, "најбољи интерес детета" се више не може тумачити у складу са представом о деци која их приближава објектима права. Напротив, "најбољи интерес детета" мора одговарати детету као централном субјекту породичноправних односа, односно имаоцу низа права скројених по његовој мери. Због тога, није довољно исказивати

²⁹⁹ J. Goldstein *et al.*, xvii.

³⁰⁰ J. Goldstein *et al.*, 81.

³⁰¹ Теоријом "најмање штетне алтернативе" провејава изванредан презир према улози коју право може понудити породици. Сходно томе, творци наведене теорије наводе речи америчког професора Гранта Гилмора (*Grant Gilmore*) како у Рају неће бити права, те да ће лав спавати са јагањцима. Вид. J. Goldstein *et al.*, 228. Енглески правник Фримен (*Freeman*) на такву опаску одговара како ће се деца пре приближити Рају ако се уважавају њихова права, него ако се примене принципи теорије "најмање штетне алтернативе". М. Freeman (1997), 384.

³⁰² То, међутим, никако не значи како су идеје концепта "најбољег интереса детета" као "најмање штетне алтернативе" у целости одбачене. Типичан пример представља "осећај детета за време", као чињенице од значаја за утврђивање садржине наведеног принципа у конкретним случајевима. Наведени појам Комитет за права детета преузима из учења о "најмање штетној алтернативи" и истиче као незаобилазно средство приликом одређивања садржине "најбољег интереса детета". Вид. пара. 93. CRC/C/GC/14.

³⁰³ John Eekelaar, "The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism", *International Journal of Law and the Family*", 8/ 1994, 43.

"најбољи интерес детета" само кроз заштиту, већ и кроз партиципацију, односно активно учешће детета у поступцима у којима се непосредно или посредно одлучује о његовој судбини.³⁰⁴ Заштита и безбедност детета јесте предуслов остваривања "најбољег интереса детета". Међутим, како дете расте и развија се, потреба за заштитом детета постепено прераста у неопходност да се детету омогући изражавање сопственог мишљења и жеља приликом доношења одговарајућих одлука. Чињеница како је на одређену одлуку, макар у извесној мери, утицало дете као активан учесник породичноправних односа, говори у прилог како је наведени исход у "најбољем интересу детета".³⁰⁵ Овакав приступ садржини "најбољег интереса детета" Ејкелар је означио као динамично самоодређење. Процес је динамичан јер се уважава реалност како се најбоља одлука за дете не може донети увек у тренутку одлучивања, те ће можда бити потребно да се одлука мења и прилагођава развоју детета.³⁰⁶ Са друге стране, говори се о самоодређењу, јер се детету омогућава да се одреди према сопственој будућности.³⁰⁷

Као и у случају теорије "најмање штетне алтернативе", Ејкелар упориште за своје учење тражи преваходно на пољу психологије. Међутим, овога пута се уместо психоанализе аутор ослања на сазнања до којих су дошли хуманистичка психологија као правац и развојна психологија као грана наведене науке. Тако, концепт динамичног самоодређења детета Ејкелар изводи пре свега из процеса самоостварења човека (*self-actualization*) који се одвија током читавог живота сваког човека. Самоостварење подразумева посебност и јединственост сваког људског бића, коме треба омогућити и признати одговарајући простор како би се исказало у што већој могућој мери.³⁰⁸ Ако се наведени процес пренесе на терен детета, самоостварење би значило препознавање индивидуалних капацитета код одређеног детета и усмеравање детета ка што већој афирмацији личних способности. Како дете одраста и развија се у психо-физичком смислу, тако се треба и ширити простор у коме ће индивидуалност детета долазити до изражаја.

³⁰⁴ Појам партиципације није до краја одређен у научној јавности. Тако, постоје и мишљења према којима партиципација детета не обухвата само активно учешће у процесу доношења одлука, него и консултацију са дететом као подкатегорију партиципације. Ипак, преовладава становиште како партиципација подразумева активну улогу детета где оно може утицати на исход одлуке која га се тиче. Вид. Nigel Thomas, "Towards a Theory of Children's Participation", *International Journal of Children's Rights* 2/2007, 199 - 200.

³⁰⁵ J. Eekelaar (1994), 48.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ Вид. Драган Крстић, *Психолошки речник*, РО Вук Караџић, Београд 1998, стр. 530.

Самоодређење у правном смислу представља један од начина конкретизације ширег принципа аутономије воље, односно могућност правних субјеката да сами уреде своје односе.³⁰⁹ С обзиром на поступност развоја детета и његових сазнајних способности, Ејкелар не покушава ставити знак једнакости између самоодређења детета и пунолетних лица. У том смислу, енглески правник истиче како је сврха динамичног самоодређења довести дете на праг пунолетства уз максимум прилика да утврди и следи сопствене животне циљеве који се исказују што је више могуће као аутономни избор детета.³¹⁰ Уколико је дете способно формирати мишљење, став детета треба однети превагу приликом доношења одлуке.³¹¹ Међутим, то не значи како одлуке детета које је способно формирати мишљење требају имати неограничену моћ. Сходно томе, самоодређење детета се може ограничити из два разлога. Најпре, избор детета не може ићи преко граница које налажу општа правна правила и интереси других лица.³¹² Друго, дете не би могло доносити одлуке које у супротности са његовом физичком или психичким интересом и интегритетом.³¹³

Међутим, садржини "најбољег интереса детета" снажан печат даје и друштвени, односно културолошки контекст у коме дете одраста и развија се као личност. Због тога је Ејкелар посебну пажњу унутар своје теорије посветио културном релативизму као спољном фактору који обликује садржину "најбољег интереса детета". Према наведеном аутору, самоодређење детета никако не треба изједначити са колективним самоодређењем.³¹⁴ Сходно томе, самоодређење детета је индивидуалистички концепт према којем се сваком појединачном детету, у складу са његовим развојем, треба омогућити простор да унутар сваке појединачне националне културе изгради сопствени појам "најбољег интереса".³¹⁵ Због тога, Ејкелар сугерише како се у оквиру националних, односно колективних вредности мора одредити опсег у коме ће дете моћи утицати на исход одлука које га се тичу. На овај начин, избегава се третирање детета као инструмента националне културе и обичаја, без могућности уважавања индивидуалности коју свако дете поседује.

Ејкеларово учење оставило је дубок траг на доживљај и тумачење концепта "најбољег интереса детета". Поменути утицај је посебно уочљив на пољу активности

³⁰⁹ Гордана Ковачек - Станић, "Принцип самоодређења у породичном праву кроз историју и данас", *Зборник Матице Српске за друштвене науке* 2004, 160.

³¹⁰ J. Eekelaar (1994), 53.

³¹¹ *Ibid.*, 57.

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*, 58.

³¹⁵ *Ibid.*

Комитета за права детета као међународног органа надлежног за надзор над применом и тумачење КПД. Типичан пример представља Општи коментар бр. 12. наведеног органа, где се, између осталог, истиче како "државе-уговорнице требају подстицати дете да формира мишљење и обезбедити окружење које омогућава да се мишљење детета узме у обзир".³¹⁶ Такође, у поменутом Коментару се тражи да усмеравање детета од стране родитеља, односно његових законских заступника, буде у складу са развојним способностима детета.³¹⁷ Ејкеларова теорија извршила је утицај и на схватање "најбољег интереса детета" у делу наше правне теорије. Тако се према једној дефиницији наводи како је "највећи интерес детета да живи у породици у којој ће моћи непрекидно да се развија, од бића у потпуној иницијалној зависности од својих родитеља до индивидуе која је самостална, зрела и одговорна у личном, економском и социјалном смислу".³¹⁸

Међутим, не треба заборавити како самоодређење детета ограничен концепт јер партиципација детета не може увек однети превагу. Ејкелар истиче како добробит детета зависи од степена успеха приликом остваривања значајних циљева у животу детета као личности.³¹⁹ Предуслов за остваривање наведених циљева је физичко и психичко здравље детета.³²⁰ Реч је о "основним" или "базичним" интересима детета, који морају имати првенство у случају сукоба са "развојним" интересима детета, оличеним у "динамичном самоодређењу".³²¹ Из Ејкеларове концепције је Комитет за права детета извео концепт "најбољег интереса детета" као посебног права". Међутим, у складу са Ејкеларовим учењем, право детета на добробит би се могло тумачити као уважавање и подстицање партиципације детета у складу са основним, односно базичним интересима детета. Дакле, мишљење детета представља само један, премда врло значајан чинилац за процену "најбољег интереса детета". Ипак, наведени чинилац цени се у контексту осталих фактора за одређивање садржине "најбољег интереса детета". Тако се стиже до кључног и неизбежног пута за ближе одређивање садржине наведеног појма. Поменути пут Комитет за права детета назива "процедуралним гарантијама" за одређивање садржине "најбољег

³¹⁶ Para. 11. CRC/C/GC/12.

³¹⁷ Para. 91. CRC/C/GC/12.

³¹⁸ Марија Драшкић, "Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2012, 372.

³¹⁹ J. Eekelaar (2002), 243.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ Вид. John Eekelaar, "The Emergence of Children's Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2/1986, 170.

интереса детета".³²² Заправо, реч је о листи елемената, на основу којих се доносилац одлуке о "најбољем интересу детета" усмерава како би се што веродостојније одговорило изазову примене једног крајње неодређеног правног принципа. У том смислу, од суштинског значаја је одговорити на две групе питања. Који елементи би се требали узети у обзир приликом одређивања садржине "најбољег интереса детета"? Како одредити однос између наведених елемената у сваком конкретном случају? Значај наведених питања намеће потребу да се елементи за процену "најбољег интереса детета" обраде у посебној тематској целини.

2.4.4. Елементи за одређивање садржине "најбољег интереса детета"

2.4.4.1. Утврђивање листе елемената за процену "најбољег интереса детета"

Индивидуалистички карактер "најбољег интереса детета" намеће потребу да се поменути принцип прилагоди сваком конкретном случају, односно појединачном детету. Због тога се приликом примене концепта "најбољег интереса детета" мора водити рачуна о индивидуалности сваког детета, његовог породичног и друштвеног окружења. Дете се налази у епицентру односа који представљају јединствену и непоновљиву комбинацију различитих утицаја, фактора и чинилаца. При томе, наведени односи нису статични, већ се непрекидно мењају, трансформишу и попримају другачије облике како дете одраста и развија се. Из тог разлога, јако је тешко донети одлуку која ће у потпуности одговарати епитету "најбољег интереса детета". Приликом примене наведеног принципа, судови и други надлежни органи се крећу у зачараном кругу између слободе и одговорности. Све ово захтева да дискреција са којом располажу доносиоци одлука о "најбољем интересу детета" буде у извесном смислу усмерена, ако се већ не може ограничити одређенијим општим правним правилима. Другим речима, ако се не може утицати на исход одлуке о "најбољем интересу детета", намера је да се у одређеној мери утиче на процес одлучивања. Тако се изградио појам елемената за процену "најбољег интереса детета", као фактора или чинилаца који се морају узети у обзир приликом примене наведеног принципа. Међутим, како истиче Ејкелар, појам "најбољег интереса

³²² Вид. Para. 6 (c). CRC/C/GC/14. Називајући елементе за процену "најбољег интереса детета" "процедуралним гаранцијама", Комитет за права детета очито сматра како је главна улога наведених елемената да сузбију могућност злоупотребе дискреције судова и других надлежних органа који поменути принцип примењују.

детета" је променљив, без чврстих и јасних граница ("*open-ended*").³²³ Због тога би се тешко могла сачинити листа елемената за процену "најбољег интереса детета" која је довољно исцрпна. Упркос томе, наведени приступ представља извесну препреку волунтаристичком тумачењу "најбољег интереса детета" и осветљава пут за примену наведеног принципа у конкретним случајевима. Илустративно речено, поменути елементи не нуде унапред комбинацију за отварање сефа у коме би се налазило оно што је за свако дете најбоље у конкретном случају. Елементи за процену "најбољег интереса детета" нуде наду да би се до такве комбинације могло доћи.

Правна теорија и пракса препознали су одређене факторе или чиниоце који служе наведеним циљевима. У зависности од тога да ли се као полазиште узима шири друштвени контекст или односи унутар породице, могу се разликовати спољни и унутрашњи чиниоци који обликују садржину "најбољег интереса детета". Спољни чиниоци су брана могућности да се наведени принцип тумачи на јединствен или приближан начин у свим друштвима где се начело "најбољег интереса детета" примењује. Због тога се у литератури у спољним факторима препознаје партикуларни карактер "најбољег интереса детета".³²⁴ Тако се као фактори који врше спољни утицај на формирање садржине наведеног принципа могу навести културни релативизам и ресурси с којима одређено друштво располаже.³²⁵ С друге стране, на садржину "најбољег интереса детета" утичу и неки унутрашњи чиниоци који се тичу личних својстава самог детета и његовог породичног окружења. У том смислу на садржину наведеног принципа утичу фактори попут жеља и осећања детета, дететовог узраста и пола, као и физичке, психичке и емотивне потребе детета.³²⁶ Истовремено, "најбољи интерес детета" цени се и кроз родитељску подобност да се потребе детета задовоље.³²⁷ Као што се може приметити, наведени унутрашњи чиниоци су апсолутно подређени личности детета као субјекта породичноправних

³²³ J. Eekelaar (1994), 58.

³²⁴ Вид. Урош Новаковић, "Најбољи интерес детета - заједничко вршење родитељског права", *Правни живот* 10/2011, 116. Исти аутор истиче како, са друге стране, принцип "најбољег интереса детета" поседује и универзални карактер, који се огледа у формалноправној прихваћености овог начела, како у националним правним системима, тако и на националном нивоу, *ibid.* Овом приликом треба нагласити како је за садржину "најбољег интереса детета" значајна само партикуларна компонента поменутог принципа. Сликвито речено, универзални карактер наведеног начела представља кров, док партикуларни елемент представља материјал од кога је здање "најбољег интереса детета" сачињено.

³²⁵ Вид. Eva Brams, "Children's Rights and Universality", *Developmental and Autonomy Rights of Children* (ed. J.C.M. Williams) Intersentia, Antwerpen - Oxford 2007, 31.

³²⁶ Најпознатију листу унутрашњих фактора који обликују "најбољи интерес детета" даје енглески Закон о деци из 1989. године (*Children Act*) - СА. Вид. Део први, 1 (3а - d) СА.

³²⁷ Вид. Део први, 1 (3f) СА.

односа. Родитељска подобност се посматра у светлу родитељске дужности или одговорности, а не родитељског права према детету.

За разлику од спољних чинилаца, унутрашњи фактори који формирају "најбољи интерес детета" крећу од сваког појединачног детета или родитеља. Сходно томе, наведени чиниоци имају за циљ да уједначе у мери у којој је то могуће тумачење "најбољег интереса детета" унутар различитих друштава. Међутим, унутрашњи фактори могу пружити само једнако, односно универзално полазиште за процену наведеног принципа. Околности случаја диктирају смисао који ће се у свакој појединачној ситуацији удахнути "најбољем интересу детета". Све ово указује да се проблему садржине поменутог начела мора приступити уз уважавање како спољних, тако и унутрашњих фактора. Културни релативизам је нужан за сагледавање "најбољег интереса детета", јер дете није, нити може бити "самодовољно биће које није у социјалној, емотивној и духовној корелацији са својом породицом и друштвом".³²⁸ Са друге стране, садржина наведеног принципа не зависи само од одговарајућег правног и друштвеног система коме дете припада, већ и од карактеристика конкретног детета.³²⁹ Због тога је потребно да листа елемената за процену "најбољег интереса детета" уважава како спољне, тако и унутрашње чиниоце који обликују садржину поменутог принципа. Дакле, листа елемената за процену "најбољег интереса детета" је јединствена, али ће се ради лакше теоријске обраде спољни и унутрашњи чиниоци анализирати засебно.

2.4.4.2. Спољни чиниоци који обликују садржину "најбољег интереса детета"

Као што је већ речено, садржину "најбољег интереса детета" не условљавају само околности конкретног случаја, већ и одређени спољни фактори који делују на шири друштвени контекст у коме се породични односи одвијају. Реч је, пре свега, о културолошким, религијским и моралним вредностима које преовлађују у одређеном друштву,³³⁰ као и механизмима кроз које се такве вредности остварују. У првом случају, говори се о културном релативизму, а у другом, о расположивим ресурсима као чиниоцима који утичу на обликовање појма "најбољег интереса детета" у сваком

³²⁸ Слободан Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду - ЈП "Службени гласник", Београд 2008, 250 - 251.

³²⁹ Вид. Г. Ковачек - Станић (2010), 144.

³³⁰ Вид. Katharina Boele - Woelki *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen-Oxford 2007, 36.

конкретном случају. Културни релативизам представља оквир за тумачење "најбољег интереса детета", постављен обичајима и веровањима који су се развијали унутар једног друштва чинећи његову традицију.³³¹ И у самој КПД је приметна извесна нота уважавања културолошких разлика, премда основно полазиште Конвенције представља модел нуклеарне породице унутар модерног либералног друштва.³³² Тако се, између осталог, у КПД наводи да ће "стране уговорнице поштовати одговорности, права и дужности родитеља, или, где је такав случај, чланова шире породице или заједнице, како је предвиђено локалним обичајима, законских старатеља или других особа законски одговорних за дете, да би се омогућило, на начин који је у складу са развојним могућностима детета, одговарајуће усмеравање и саветовање у остваривању права признатих овом Конвенцијом".³³³

Ипак, културолошке разлике утичу на обликовање "најбољег интереса детета" захваљујући дискреционом простору којег имају доносиоци одлука о деци у одговарајућем друштву. У том смислу, аустралијски правник Филип Алстон (*Philip Alston*) пореди улогу културног релативизма код "најбољег интереса детета" с функцијом коју има "поље слободне процене" ("*margin of appreciation*") у пракси Европског суда за људска права у Стразбуру.³³⁴ Тако, културни релативизам, као спољни фактор, у исти мах и ограничава и обогаћује садржину "најбољег интереса детета". Међутим, основни проблем који прати културни релативизам јесте питање његовог односа са правима деце. Тако се преко начела "најбољег интереса детета" у индивидуалистички свет права деце уводи и категорија друштвеног интереса.³³⁵ Како Алстон истиче, начело "најбољег интереса детета" поседује значајан потенцијал за одбрану обичаја којима се крше права деце.³³⁶ Због тога је потребно, у мери у којој је могуће, изградити услове за уважавање и прихватање културолошких разлика приликом тумачења "најбољег интереса детета". Другим речима, потребно је омеђити дискрециони простор неспутане примене културног релативизма под плаштом добробити детета. Међутим, однос између културног релативизма и права

³³¹ Michael Freeman, "The morality of cultural pluralism", *The International Journal of Children's Rights* 3/1995, 9.

³³² Вид. Wibo van Rossum, "The clash of legal cultures over the 'the best interests of the child' principle in cases of international child abduction", *Utrecht Law Review* 2/2010, 36.

³³³ Чл. 5. КПД.

³³⁴ Вид. P. Alston, 20.

³³⁵ Вид. Милош Станковић, "Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитавање и образовање детета у Србији", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 239.

³³⁶ P. Alston, 20 - 21.

деце није једносмеран. Наиме, ни права деце не смеју постати параван преко кога ће се вршити притисак за вештачким уједначавањем, или чак игнорисањем културолошких разлика. Због тога принципу "најбољег интереса детета" припада незахвална улога да представља средство за остваривање равнотеже између идеје о правима деце и различитих друштвених оквира у којима се наведена права остварују. Такав приступ, чини се, не нуди Комитет за права детета у свом Општем коментару бр. 14. Наведени орган прихвата културни релативизам као један од чинилаца који обликује садржину "најбољег интереса детета". Ипак, у Коментару се истиче како "премда се очување верских и културних вредности мора узети у обзир, обичаји који су противни, односно несагласни са правима из Конвенције нису у најбољем интересу детета".³³⁷ Јасна је намера да се културни релативизам потчини правима детета, односно универзалним вредностима коју наведена права носе. Међутим, равнотежа између културног релативизма и права деце се тешко може успоставити тако што ће се "најбољи интерес детета" лишити свог партикуларног карактера. Не треба заборавити речи чувене америчке правнице Мери Ен Глендон (*Mary Ann Glendon*) како претерана конституционализација породичних односа води једнообразности судских одлука.³³⁸

Наиме, културни релативизам и права детета не леже у истој правно-филозофској равни. Доминантно присуство одређеног културолошког модела подразумева колективни дух и колективизам у многим аспектима друштвеног живота сваког човека. У таквим друштвима, због наглашеног утицаја обичаја и религије, појединци ступају у однос са државом најчешће посредно, преко одговарајућих верских или ширих сродничких заједница. Са друге стране, људска права су по својој природи везана за појединца, односно индивидуалистичка. Крајњи циљ идеологије о људским правима је да сваки појединац према држави иступа непосредно, односно без посредника.³³⁹ Због тога се напоредо са уздицањем идеје о људским правима одиграва и процес разградње колективних вредности утканих у појам културног релативизма. Уколико се претходна дискусија пренесе на терен права деце, могао би се приметити идентични механизам у односу наведених права према држави. Другим речима, партиципација детета која је идеја водила права деце

³³⁷ Para. 57. CRC/C/GC/14.

³³⁸ Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press - Simon & Schuster Inc, New York 1993, 134.

³³⁹ Вид. Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago - London 1989, 295.

у крајњој линији води истој последици, односно могућности да дете самостално иступа пред државом. У овом случају, "посредници" којих би се дете лишило су његови родитељи. Међутим, они су ти који требају пренети одговарајући културолошки модел на дете. Улога родитеља се нарочито наглашава у државама исламске традиције где се сматра како су права родитеља одмах иза права Бога, те како непоштовање родитеља представља велики, неопростив грех.³⁴⁰

Апсолутно подређивање колективистичких вредности правима деце мења појам идентитета детета. Наведеном појму се у таквим случајевима даје психолошка, односно субјективна вредност, где одлучујућу улогу треба имати избор детета.³⁴¹ Нарочито је незахвално на овај начин тумачити "најбољи интерес детета" у условима присуства доминантног културолошког модела унутар одређеног друштва. Поједини правни писци сматрају како се у таквим околностима вредности које носе права деце требају усађивати изнутра, односно кроз већ успостављени културолошки модел.³⁴² То некада, ипак, није могуће. На пример, у исламским културама дете има право да се роди у браку, право да добије добро име, да се образује, право на заштиту и бригу, као и право да се према њему поступа једнако унутар породице.³⁴³ Може се приметити како нека од наведених права могу представљати оквир за примену одговарајућих права деце из КПД. Тако, право детета на развој одговара праву детета на заштиту и бригу сходно исламској традицији. Међутим, право детета да се роди у браку не може бити концепт који одговара принципу недискриминације деце из КПД. У условима доминације одређеног културног модела унутар једног друштва, дете би се могло суочити са негативним последицама уколико би се доносиле одлуке којима се у потпуности занемарује друштвени контекст у којем дете живи. Упркос томе, ово не значи како треба прихватити праксе којима се очито нарушава физички и психички интегритет детета. Као што се може видети, питање је изузетно осетљиво и универзалних одговора нема, јер примена "најбољег интереса детета" подразумева велику шароликост ситуација и тешко предвидљиве исходе.

Ејкелар је понудио модел за остваривање равнотеже између културног релативизма и права деце. Другим речима, сугерисао је начин на који културолошке

³⁴⁰ Masoud Rajabi - Ardeshiri, "The Rights of the Child in the Islamic Context: The Challenges of the Local and Global", *International Journal of Children's Rights* 3/2009, 479.

³⁴¹ Вид. Марина Јањић - Комар, *Правноантрополошки оглед о основним правима човека*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2004, 39.

³⁴² Вид. Abdullahi An -Na'im, "Cultural Transformation and Normative Consensus on the Best Interests of the Child", *International Journal of Law, Policy and the Family* 1/1994, 67.

³⁴³ Masoud Rajabi - Ardeshiri, 479.

различитости требају обојити "најбољи интерес детета". Најпре, не треба усвојити решење које у тренутку одлучивања представља стрес и штету за дете, зарад будуће добробити детета.³⁴⁴ Даље, када се деца развијају у средини која има додир са другим културама, било да је реч о широј заједници или њиховој породици, дете се не сме усмеравати тако да осећа одбојност према различитим културолошким моделима.³⁴⁵ Према Ејкелару, "најбољи интерес детета" не треба схватити тако да је потребно дете изложити што различитијим културним утицајима.³⁴⁶ Кључно је да се вредности једног културе детету преносе на позитиван начин, а не на начин којим ће се негирати и затварати врата пред другачијим културним утицајима.

Извесних сличности са Ејкеларовим моделом има тзв. неутрални приступ који се примењује и заговара, преваходно у америчкој судској пракси. Према наведеном приступу, судија који доноси одлуку о "најбољем интересу детета" треба поћи од тога као да културолошких фактора нема. Тачније, полазиште "неутралног приступа" јесте да верски и обичајни фактори нису значајни сами по себи, већ по друштвеним последицама које производе.³⁴⁷ У том смислу, нико не може одредити које верско и традиционално окружење је боље за дете, већ какве ће последице одговарајући културни утицаји по дете имати. Сходно томе, културни релативизам ће представљати фактор за процену "најбољег интереса детета" једино ако се одговарајућим културним утицајем детету наноси штета.³⁴⁸ Другим речима, "неутрални приступ" заправо подразумева уважавање културолошких разлика једино као негативних чинилаца који обликују садржину "најбољег интереса детета". Међутим, наведени приступ "најбољег интереса детета" је очито верна слика

³⁴⁴ John Eekelaar, "Children between cultures", *International Journal of Law, Policy and Family*, 2/2004, 187. У том контексту може се укратко изложити аргументација енглеског Апелационог суда у случају *Re J (Specific Issue Orders: Child's Religious Upbringing and Circumcision)* из 1999. године. У поменутом случају, спор је настао између мајке детета, енглеске националности и оца детета, турског порекла, поводом жеље оца да се дечак обреже сходно исламској традицији. Мајка, која је самостално вршила родитељско право томе се успротивила. Отац дечака је навео како је првостепени суд заменио појмове верског васпитавања, на шта као родитељ који не врши родитељско право није имао овлашћење, и питање вере, јер је сматрао како треба уважити припадност детета исламској култури. Суд је, међутим, проценио како је реч о питању о којем родитељи само заједнички и споразумно могу донети одлуку. Такође је истакао како је обрезивање пре изузетак него правило за кругове у којима се дете креће, с обзиром да се не васпитава као муслиман. Из тог разлога, жалба оца је одбијена. Вид. [1999] 2 FLR 678. Ејкелар из наведене одлуке извлачи закључак како се Суд води дечаковим тренутним и непосредним интересом, те како се тренутан стрес и штета коју би дете претрпело не би могли правдати будућим могућим користима уколико би се дете касније изјаснило као муслиман. J. Eekelaar (2004), 189.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*, 87.

³⁴⁷ Rex Ahdar, "Religion as a factor in custody and access disputes", *International Journal of Law, Policy and the Family* 2/1996, 195.

³⁴⁸ *Ibid.*

америчког културног и вредносног обрасца који одговара концепту либералног грађанског друштва у којем нема доминантног верског или обичајног модела. Због тога, поменуто решење не може бити универзално прихватљиво.

На крају, могу се издвојити два основна услова под којима културолошке разлике и традиција могу легитимно утицати на садржину "најбољег интереса детета". Први услов је позитиван и захтева да одговарајући обичаји, односно културолошки модел буду доминантни у једном друштву или средини. Дакле, потребно је да постоји друштвени образац, чије би напуштање имало негативне последице по дете.³⁴⁹ Други услов је да уважавање културолошких разлика кроз примену обичаја и одговарајућих вредносних модела не нарушава развојна права детета, а пре свих право на живот и здравље.³⁵⁰ Наведени услови представљају минимални и нужни компромис између културног релативизма као спољног фактора који обликује "најбољи интерес детета" и права деце.

Ипак, културни релативизам није једини спољни фактор у чијем контексту ваља тумачити "најбољи интерес детета". Све државе и друштва не располажу истим економским и друштвеним ресурсима, па се и садржина "најбољег интереса детета" мора прилагодити поменутиим чиниоцима. Тога су били свесни и творци КПД, када су прописали како ће државе - уговорнице предузети мере ради остваривања економских, социјалних и културних права детета максимално користећи своја расположива средства.³⁵¹ При томе, "најбољи интерес детета" превасходно треба остваривати у домену здравља и образовања деце, а нарочито ако је реч о деци са посебним потребама.³⁵² Међутим, у случајевима крајње оскудности ресурса, "најбољи интерес детета" ће се тумачити у светлу развоја система примарне здравствене заштите, којим би се развила култура исхране, хигијене и јавног здравља.³⁵³

Између културног релативизма и расположивих ресурса као спољних чинилаца који обликују "најбољи интерес детета" постоји одређена веза. Наиме, што су ресурси обилни и доступнији, снага традиционалних друштвених образаца је углавном слабија. Супротно томе, што су економски и социјални ресурси оскуднији,

³⁴⁹ Е. Vrems, 30.

³⁵⁰ О категоризацији права детета вид. Марија Драшкић, *Предговор за збирку прописа за област породичног права и права детета*, ЈП "Службени гласник", Београд 2006, 12 - 13.

³⁵¹ Чл. 4. КПД.

³⁵² Вид. Закључне препоруке Комитета УН за права детета упућене Гани од 18. 06. 1997. године - CRC/C/15/add.73, para 31.

³⁵³ Закључне препоруке Комитета УН за права детета упућене Етиопији од 24. 01. 1997. године - CRC/C/15/add. 67, para 28.

јача потреба за колективизмом и колективним духом који своје упориште налази управо у обичајима и старим вредносним моделима. Због тога се, по правилу, у високо индустријализованим државама "најбољи интерес детета" тумачи у правцу политике подстицања самосвојности и индивидуалности детета у највећем могућем обиму.³⁵⁴ Насупрот томе, у друштвима где је процес индустријализације мање одмакао, "најбољи интерес детета" се посматра више кроз призму ширих породичних веза и друштвених интереса.³⁵⁵ Ипак, и од овако уочене тенденције има изузетака, условљених колективним моралним кодексима или снажним утицајем религије.³⁵⁶

Културни релативизам и расположиви ресурси, као спољни фактори, нису околности на које појединац може у значајнијој мери да утиче. Насупрот томе, највећи број унутрашњих чинилаца за процену "најбољег интереса детета" представља истовремено упутства, како онима који доносе конкретне одлуке, тако и лицима којих се наведене одлуке тичу. Због тога поменути фактори имају и једну другу улогу, да укажу, пре свих родитељима, али и осталим заинтересованим лицима који критеријуми ће се вредновати и узимати у обзир приликом одлучивања о "најбољем интересу детета" у сваком конкретном случају.³⁵⁷ На тај начин, наведеним лицима се указује на шта се требају фокусирани и који су могући докази које ће суд изводити приликом одлучивања о "најбољем интересу детета".³⁵⁸

2.4.4.3. Унутрашњи чиниоци који обликују садржину "најбољег интереса детета"

Као што је већ речено, спољни фактори у значајној мери обликују садржину "најбољег интереса детета", али је поменути принцип нужно сагледати и изнутра, односно с позиције конкретног детета и његовог најближег породичног окружења. У том смислу законодавства или судска пракса наводе листу унутрашњих фактора који служе као путоказ приликом одлучивања о "најбољем интересу детета". Као пример законодавства које наводи листу детаљну унутрашњих чинилаца за процену "најбољег интереса детета" може се навести енглески Закон о деци из 1989. године

³⁵⁴ P. Alston, 5.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ Типичан пример је Република Ирска где појам "најбољег интереса детета" обухвата и "религијску добробит". Вид. Commission on European Family Law - Parental Responsibilities: Irish Report, <http://ceflonline.net/country-reports-for-ireland/>, 17, 10. мај, 2013.

³⁵⁷ Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, Judith Masson, Rebecca Bailey-Harris, Rebecca Probert, *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, London 2008, 666 - 667.

³⁵⁸ *Ibid.*

(*Children Act*).³⁵⁹ Са друге стране, постоје државе, међу којима је и наша, које препуштају судској пракси да утврди унутрашње факторе који обликују садржину наведеног принципа.³⁶⁰ Тако се у нашој судској пракси, као унутрашњи елементи за процену "најбољег интереса детета" наводе: узраст и пол детета, жеље и осећања детета с обзиром на узраст и зрелост, потребе детета (васпитне, у вези становања, исхране, одевања, здравствене бриге) и способност родитеља да задовољи утврђене потребе детета.³⁶¹ Наведена формулација наших судова одсликава крајње индивидуалистичко и, како би чувени француски правник Карбоније рекао, педоцентрично схватање "најбољег интереса детета".³⁶² Сви унутрашњи фактори су подређени детету, а способност родитеља се цени индивидуално, према сваком родитељу засебно, мада родитељи најчешће врше родитељско право заједнички и споразумно.³⁶³

Поменута листа унутрашњих фактора за процену "најбољег интереса детета" није последица нарочите стваралачке улоге наших судова. У том смислу, приметан је снажан утицај горе поменутог Енглеског закона о деци из 1989. године, чије су формулације у овом случају, очито служиле као узор. Поменутим Законом даје се списак фактора (*statutory checklist*) који ће олакшати судовима примену принципа "најбољег интереса детета".³⁶⁴ Тако енглески законодавац као чиниоце за процену поменутог принципа наводи: докучиве жеље и осећања конкретног детета (у светлу дететовог узраста и разумевања), дететове физичке, образовне и емотивне потребе, вероватно дејство промењених околности на дете, дететов узраст, пол, окружење или било које друго својство детета које суд нађе релевантним, штета коју је дете претрпело или ризик од наношења штете, способност било ког од родитеља детета или другог лица, кога суд сматра значајним у смислу задовољења потреба

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ Треба рећи како је и енглеско законодавство већину елемената за процену "најбољег интереса детета" преузело управо из формиране судске праксе. Изузетак су "жеље и осећања детета" као унутрашњи фактор. *Ibid.*, 667.

³⁶¹ Пресуда Другог општинског суда у Београду П. бр. 5569/05 од 13. јуна 2006. године и пресуда Окружног суда у Београду Гж. бр. 13945/06 од 31. октобра 2006. године, Билтен Окружног суда у Београду 74/2006.

³⁶² Вид. J. Carbonnier, 833.

³⁶³ У наведеном примеру из судске праксе, као елемент за процену "најбољег интереса детета" наводи се способност родитеља да "задовољи" утврђене потребе детета, уместо способности родитеља да "задовоље" одређене потребе детета. Дакле, као субјект породичноправног односа јавља се родитељ, а не родитељи.

³⁶⁴ Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 668.

детета и опсег овлашћења која суду стоје на располагању у конкретном поступку.³⁶⁵ Може се приметити како је листа унутрашњих фактора које наводи енглески законодавац исцрпнија у односу на поменуте факторе које је преузела наша судска пракса. Овде нарочито треба поменути вероватни утицај промењених околности на дете, као и штету коју је дете претрпело, односно за коју постоји ризик да ће је у конкретном случају претрпети. Поменути фактори су нарочито значајни у случајевима раздвајања детета од родитеља, односно код заснивања хранитељског односа или доношења одлука поводом захтева сродника за одржавање личних односа са дететом.³⁶⁶ Не треба посебно истицати како је и енглеска листа унутрашњих елемената за процену "најбољег интереса детета" крајње индивидуалистичка, односно подређена детету као субјекту породичноправних односа. Такав одабир фактора последица је концепције "најбољег интереса детета" коју су прихватили енглеско и наше право, односно "врхунског значаја" који се наведеном принципу даје.³⁶⁷ Због тога не треба чудити што су интереси родитеља готово невидљиви унутар поменутих листа унутрашњих чинилаца који обликују "најбољи интерес детета".

Многа законодавства избегавају утврдити детаљнију листу унутрашњих чинилаца који обликују "најбољи интерес детета". На пример, према аустријском праву као елементи за процену наведеног принципа могу се навести: дететова личност и потребе, његове склоности и способности, предиспозиције и развојни потенцијал детета, као и околности у којима живе родитељи.³⁶⁸ Нека законодавства, пак, дефинишу само срж принципа "најбољег интереса детета" као напора да се омогући физички, психички и морални развој детета.³⁶⁹ Са друге стране поједина права, попут Шведског, која има дугу традицију борбе против физичког кажњавања деце, тежиште стављају на поштовање људског достојанства детета, потребу за посебном заштитом детета услед његове рањивости и поштовање жеља детета у складу са његовим узрастом и зрелости.³⁷⁰ Ситуација је врло шаролика, али указује на неопходност формирања одређене листе елемената на основу којих би се

³⁶⁵ Вид. Nigel Lowe, Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, 468 - 469.

³⁶⁶ Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 673, 677.

³⁶⁷ Вид. Г. Ковачек - Станић (2010), 144; Вид. J. Herring (2007), 394.

³⁶⁸ Чл. 178. а. Аустријског грађанског законика - ABGB.

³⁶⁹ Вид. Commission on European Family Law - Parental Responsibilities: Swiss Report, <http://ceflonline.net/country-reports-for-switzerland/>, 23, 12. мај 2013.

³⁷⁰ Вид. Commission on European Family Law - Parental Responsibilities: Swedish Report, <http://ceflonline.net/country-reports-for-sweden/>, 21, 12. мај 2013.

уобличио садржина "најбољег интереса детета" у сваком конкретном случају. Разлика је превасходно у томе да ли ће се наведена листа детаљно утврдити на општем, законском нивоу или ће се законом поставити само оквирни критеријуми процене које ће судска пракса потом у сваком конкретном случају уобличити у посебну листу чинилаца. Наведена листа никада не може бити довољно исцрпна, али је потребно да елементи које наводи садрже довољно еластичне појмове како би се прилагођавали индивидуалним ситуацијама. Управо је еластичност главна карактеристика исказивања "најбољег интереса детета" на наведени начин у односу на уобличавање наведеног принципа кроз правне претпоставке. Као пример би се могло узети схватање како је у "најбољем интересу детета" да се не раздваја од браће или сестара у случајевима распада породице. У енглеском праву поменуто схватање није изричито обухваћено листом чинилаца за процену "најбољег интереса детета". Међутим, потреба детета да се не раздваја од браће или сестара представља сегмент "емотивних потреба" детета као унутрашњег фактора са поменуте листе.³⁷¹ Насупрот томе, у француском праву постоји правна претпоставка како је у "најбољем интересу детета" да се не раздваја од своје браће и сестара.³⁷² Као што се може видети, француско решење фаворизује одређени критеријум за све случајеве у којим би могло доћи до раздвајања браће и сестара. Насупрот томе, енглеско право омогућава да се свака ситуација посматра индивидуалистички, уз равноправно уважавање свих околности конкретног случаја. Такво решење више одговара концепту права деце, те не треба чудити што га усваја и Комитет за права детета, као надзорни орган за примену КПД.

Наиме, поменути орган сугерише у Општем коментару бр. 14. из 2013. године како би било корисно да национална законодавства усвоје листу елемената за процену "најбољег интереса детета".³⁷³ Штавише, наведени орган предлаже своју листу чинилаца, међу којима већина представља управо унутрашње факторе за процену садржине поменутог принципа. Тако, Комитет за права детета предлаже да се приликом процене "најбољег интереса детета" у обзир узме: мишљење детета, дететов идентитет, очување породичног окружења и односа, брига, заштита и безбедност детета, ситуација рањивости, право детета на здравље и право детета на

³⁷¹ J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 668.

³⁷² Вид. Art. 371 - 5. CC.

³⁷³ Вид. para 50 - 51. CRC/C/GC/14.

образовање.³⁷⁴ Листа Комитета је свеобухватна и почива на идејама партиципације, развоја и заштите детета, прилагођених концепту права деце. У том смислу, поменути орган истиче како је основни циљ утврђивања листе елемената за процену "најбољег интереса детета" да се омогући потпуно и ефикасно остваривање права деце.³⁷⁵

У нашој држави постоји јасно артикулисана идеја да се правни поредак обогати листом елемената за процену "најбољег интереса детета". Наиме, крајем 2011. године, под покровитељством Заштитника грађана, представљен је Преднацрт закона о правима детета. Творци Преднацрта су као један од основних циљева поставили управо успостављање јединствених критеријума и стандарда за остваривање "најбољег интереса детета" у свим областима живота и развоја детета.³⁷⁶ Сходно томе, у Преднацрту се предлаже детаљна листа унутрашњих, али и спољних чинилаца који се требају узети у обзир приликом одређивања садржине "најбољег интереса детета".³⁷⁷ Ипак, о томе ће бити више речи у делу који се бави "најбољим интересом детета" у породичном праву Србије.

2.4.4.4. Однос између елемената за процену "најбољег интереса детета"

Листа елемената за уобличавање садржине "најбољег интереса детета" коју даје Комитет за права детета у Општем коментару бр. 14. функционише на основу три принципа. Поменута начела би се могла означити као принципи: јединства, отворености и једнакости.

Принцип јединства подразумева да се поменути фактори односе на све правне односе у којима се доносе одлуке које се тичу детета.³⁷⁸ Такође, наведени принцип значи и да нема посебних листи за спољашне, односно унутрашње чиниоце за процену "најбољег интереса детета", односно посебних листи које би се заснивале на неким другим класификацијама елемената за процену наведеног правног стандарда. На тај начин, сугерише се усвајање једног општег оквира у коме би се трагало за

³⁷⁴ Вид. пара. 52 - 79. CRC/C/GC/14.

³⁷⁵ Para. 51. CRC/C/GC/14.

³⁷⁶ Невена Вучковић - Шаховић, 48.

³⁷⁷ Вид. чл. 18. Преднацрта закона о правима детета од 09. новембра 2011. године.

³⁷⁸ Такав закључак произилази из чињенице да се Општи коментар бр. 14. Комитета за права детета односи на чл. 3. ст. 1. КПД, који садржи општу формулацију принципа "најбољег интереса детета". Вид. пара. 8. CRC/C/GC/14.

садржином "најбољег интереса детета". Наведени оквир за Комитет представљају права деце.

Даље, принцип отворености значи како листа наведених чинилаца није коначна, нити затворена, те да судови и други органи који непосредно примењују принцип "најбољег интереса детета" могу узимати у обзир и елементе који нису на листи.³⁷⁹ Коначно, листа елемената за процену "најбољег интереса детета" коју даје Комитет за права детета почива и на принципу једнакости, односно одсуства хијерархије. Поменути принцип подразумева како се елементи за процену "најбољег интереса детета" не могу *a priori* рангирати, односно да сви чиниоци имају једнаку вредност, те како ће органи који непосредно примењују принцип "најбољег интереса детета" поменути елементе вредновати у зависности од околности конкретног случаја.³⁸⁰

Као што је већ речено, принцип једнакости елемената одудара од начина исказивања садржине "најбољег интереса детета" кроз правне претпоставке, јер се тако једној чињеници, односно околности мора дати почетна предност у односу на другу. То доноси изванредан вид објективизације, али и крутости приликом примене наведеног принципа. Са друге стране, смисао принципа једнакости је да наведено рангирање изврше органи који непосредно примењују принцип "најбољег интереса детета", а не законодавац. Ипак, формалноправна равноправност свих елемената за процену "најбољег интереса детета" доноси флексибилност, али и правну несигурност. Због тога се траже начини да се унесе извесна нота објективизације и приликом одређивања садржине "најбољег интереса детета" уз помоћ одговарајућих елемената. Наведена објективизација има своје идеолошке и прагматичне циљеве. Идеолошки циљ јесте ограничити волунтаристичко и субјективно вредновање елемената за процену "најбољег интереса детета" од стране судова. Прагматичан циљ представља тежња да се вишим судовима омогући одређен простор за надзор над одлукама нижих судских инстанци приликом вредновања елемената за процену "најбољег интереса детета". Из тог разлога, начин на који се рангирају поменути елементи представља централно и суштинско питање за процес одређивања садржине "најбољег интереса детета".

Како сви елементи за процену "најбољег интереса детета", макар формалноправно, имају једнаку вредност, суд мора у свакој одлуци образложити

³⁷⁹ Вид. пара. 50. CRC/C/GC/14.

³⁸⁰ *Ibid.*

зашто је одређени фактор одбацио, односно зашто је дао предност једном елементу у односу на други. На пример, према схватању француског Касационог суда (*Cour de cassation*), нижи судови су слободни да одлуче којем ће фактору дати предност приликом непосредне примене принципа "најбољег интереса детета", али своју одлуку морају оправдати.³⁸¹ Оправдање или аргументација одлуке пружа својеврстан увид у елементе које је суд вредновао, доказе које је изводио и разлоге због којих је одређене елементе вредновао више. У теорији и пракси постоје различити механизми којима се настоји спровести наведени вид објективизације. Заједнички циљ им је да у већој или мањој мери учине судске одлуке поводом "најбољег интереса детета" предвидивим, или је можда боље рећи, очекиваним. У наредном делу рада указаће се на неке карактеристичне приступе проблему објективизације рангирања елемената за процену садржине принципа "најбољег интереса детета". Наведени приступи одсликавају различит однос према степену дискреционе власти судова, односно истинском значају појединих елемената за одређивање садржине поменутог принципа. Прва приступ потиче из правне теорије, други из енглеске судске праксе, док последњи, али посебно значајан механизам за рангирање "најбољег интереса детета" нуди Комитет за права детета.

Први приступ, настао из пера познатог правника Ејкелара пре скоро три деценије, није изгубио много од своје аргументације упркос времену које је прошло. Наведени професор, анализирајући карактер права деце, закључује како су кључне вредности, односно интереси који би се наведеним правима штитили.³⁸² Наведени интереси почивају на идејама заштите, развоја и партиципације детета и често могу бити у сукобу. Стога је потребно да доносиоци одлука одређеним вредностима у конкретном случају дају предност. Елементи за процену "најбољег интереса детета" представљају управо одраз вредности заштите, развоја и партиципације детета. Из тог разлога, дати превагу одређеном елементу значи дати првенство одређеној вредности за одређивање садржине "најбољег интереса детета".

Према Ејкелару, дете има три различите групе интереса: основне, развојне и аутономне интересе.³⁸³ Основни интерес детета подразумева општу физичку, емотивну и интелектуалну бригу о детету у границама социјалних могућности лица

³⁸¹ Вид. *Cour de Cassation, Civ. II, 15.04.1991*. У том смислу, вид. *Commission on European Family Law - Parental Responsibilities: French Report*, <http://ceflonline.net/country-reports-for-france/>, 22, 29. мај 2013

³⁸² Вид. *J. Eekelaar (1986), 170*.

³⁸³ Вид. *Ibid.*, 170 - 171.

која се непосредно старају о детету.³⁸⁴ Са друге стране, развојни интерес представља пружање једнаких могућности како би се у највећој могућој мери искористили ресурси доступни детету, укључујући и његове сопствене способности.³⁸⁵ Коначно, аутономни интерес чини слобода детета да врши избор сопствених животних стилова и ступа у друштвене односе сходно својим уверењима, независно од ауторитета како родитеља, тако и одговарајућих установа.³⁸⁶

Основни интерес детета заснива се на патерналистичком карактеру "најбољег интереса детета", којим се уважава дететово посебно својство рањивости и зависности. Комитет за права детета наводи елементе за процену "најбољег интереса детета" који би одговарали Ејкеларовом концепту основног интереса. Реч је о "бризи, заштити и безбедности детета", као и о уважавању "ситуације рањивости" у којој се дете налази.³⁸⁷ Наведени орган, "бригу, заштиту и безбедност детета" дефинише у широком смислу, блиском Ејкеларовом схватању основног интереса детета. Тако, Комитет за права детета под поменутиим елементом за процену "најбољег интереса детета" подразумева материјалне, физичке, образовне и емотивне потребе детета, као и потребе да се дете осети вољеним и безбедним.³⁸⁸

Са друге стране, развојни интерес детета штити се оним правима детета, које је Фримен означио као права детета на развој и добробит.³⁸⁹ Реч је о правима детета на разуман животни стандард, здравље и основне услуге, социјалну сигурност, образовање и слободно време.³⁹⁰ При томе, расположиви ресурси као спољни чинилац представљају оквир и меру за остваривање развојног интереса детета. Због тога се не може говорити о максимуму, већ о нужном минимуму остваривања наведеног интереса сваког детета.³⁹¹ Комитет за права детета такође на своју листу фактора за процену "најбољег интереса детета" укључује елементе који одражавају Ејкеларов концепт развојног интереса детета. Реч је првенствено о правима детета на здравље и образовање.³⁹² При томе, важну улогу има принцип недискриминације,

³⁸⁴ *Ibid.*, 170.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ *Ibid.*, 171.

³⁸⁷ Вид. пара. 71 - 76. CRC/C/GC/14.

³⁸⁸ Пара. 71. CRC/C/GC/14.

³⁸⁹ Вид. М. Freeman (2000), 278.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Вид. J. Griffin, 36.

³⁹² Вид. пара. 77 - 79. CRC/C/GC/14.

као један од главних принципа КПД, јер би се сваком детету требала омогућити једнака полазна основа за развој.³⁹³

Коначно, аутономни интерес детета представља уважавање партиципације детета, односно права детета на мишљење. Реч је о могућности детета да непосредно утиче на одређивање садржине одлука које се тичу његовог "најбољег интереса". Поменути интерес представља динамични сегмент "најбољег интереса детета", којим се наведени појам преображава у складу са сазревањем детета. У том смислу, аутономни интерес детета представља не само сагледавање тренутне ситуације, већ и прозор у будућност "најбољег интереса детета". Из тог разлога, остваривање наведеног интереса тражи највећи интелектуални напор од стране доносилаца одлука о "најбољем интересу детета". Комитет за права детета наглашава како се приликом процене "најбољег интереса детета" мора имати у виду да ће се способности детета временом развијати и расти.³⁹⁴ Због тога би органи који о "најбољем интересу детета" одлучују требали избегавати одлуке које су неповратног карактера, односно чије се последице не могу више отклонити.³⁹⁵ Може се уочити како на листи чинилаца за процену "најбољег интереса детета" Комитета, мишљење детета заузима прво место. Такав редослед није случајан, упркос прокламацији једнакости елемената за одређивање садржине "најбољег интереса детета", што ће се касније и показати.

Дакле, сви елементи за уобличавање садржине "најбољег интереса детета" могу се исказати преко Ејкеларове концепције о основним, развојним и аутономним интересима детета. Сходно томе, вредновање наведених елемената у конкретним случајевима би зависило од давања предности одговарајућем основном, развојном или аутономном интересу детета. Аутономни интерес детета може доћи у сукоб како са развојним, тако и са основним интересом. Ејкелар сугерише како се у таквим случајевима предност треба дати развојном, односно основном дететовом интересу.³⁹⁶ Међутим, ако сукоба између наведених интереса у конкретном случају нема, највећи значај треба дати аутономном интересу детета.³⁹⁷ Дакле, уколико би се Ејкеларов модел применио на елементе за процену "најбољег интереса детета", "брига за дете, заштита и безбедност детета" однели би превагу над мишљењем

³⁹³ Вид. чл. 2. КПД.

³⁹⁴ Para. 84. CRC/C/GC/14.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ J. Eekelaar (1986), 171.

³⁹⁷ *Ibid.*

детета. Насупрот томе, уколико мишљење детета не угрожава његову безбедност, здравље или образовање, било би елемент од највишег значаја за процену садржине "најбољег интереса детета".

Поред Ејкеларовог схватања, занимљив механизам рангирања елемената за процену "најбољег интереса детета" нуди и енглеска судска пракса. Као што је раније речено, енглески Закон о деци из 1989. године представља пример закона са детаљном листом фактора за одређивање садржине принципа "најбољег интереса детета". При томе, судови имају значајну дискрецију у смислу начина на који ће вредновати побројане елементе. Међутим, наведена дискреција није неограничена. Овде се објективизација "најбољег интереса детета" врши увођењем нарочитог правног стандарда. Наиме, у енглеској судској пракси, дискреција првостепених судова приликом рангирања елемената за процену "најбољег интереса детета" ограничава се уз оправдање како се "другостепени суд треба умешати једино када сматра како првостепени судија није само дао предност једном несавршеном решењу, различитом од другог несавршеног решења које је могао усвојити Апелациони суд, већ је прешао најшире границе унутар којих је могуће оправдано неслагање".³⁹⁸ У том смислу, судија приликом вредновања елемената за процену "најбољег интереса детета" прелази најшире границе, које ниједан "разуман судија" не би прешао.³⁹⁹ Дакле, на овом месту, уводи се правни стандард "разумног судије", унутар којег се допушта апсолутна дискреција првостепеног суда приликом вредновања елемената за процену "најбољег интереса детета". На пример, енглеско право не допушта дискрецију првостепеном суду уколико је у потпуности и без оправданих разлога игнорисао налазе медицинских стручњака или није никакав значај поклонио оцу детета у спору са сродницима детета који су се старали о детету, односно када је суд донео само одлуку о корективном надзору, премда постоје разлози који указују како је детету озбиљно угрожена безбедност.⁴⁰⁰

Међутим, без обзира на примамљивост, решење које нуди енглеско законодавство и правни стандард "разумног судије" не могу одговарати правном систему Србије. Наиме, према нашем Закону о судијама, за избор на судијску функцију се траже, између осталих, услови стручности, оспособљености и

³⁹⁸ *G v.G. (Minors: Custody Appeal)* [1985] 1.WLR.647. Вид. Judith Masson, Rebecca Bailey-Harris, Rebecca Probert, 680.

³⁹⁹ J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 682.

⁴⁰⁰ Вид. *Ibid.*, 680 - 681.

достојности.⁴⁰¹ Сходно томе, претпоставља се како ће свако лице које је изабрано за судију поступати у границама правног стандарда "разумног судије" који постоји у енглеском праву. Постојање наведеног правног стандарда у енглеском законодавству последица је првостепене надлежности месних судова у области породичног права (*Magistrates' Courts*) у чији састав улазе судије које не морају имати правничко образовање.⁴⁰² Насупрот томе, према нашем новом грађанском процесном законодавству, у парничном поступку у вези са породичним односима у првом степену увек суди судија појединац, а у другом степену веће састављено од тројице судија.⁴⁰³ На тај начин, формалноправно је елиминисан сваки утицај лица без одговарајућег правничког образовања на доношење одлуке којом би се непосредно примењивао принцип "најбољег интереса детета" у породичним споровима. Из тог разлога простор за ограничавање дискреционог права првостепених судова приликом рангирања елемената за процену "најбољег интереса детета" у нашем праву може пружити само закон, односно одговарајући међународни уговори. Због тога посебно интересантан може бити приступ рангирања фактора за одређивање садржине поменутог принципа који предлаже Комитет за права детета.

Комитет за права детета не прихвата никакво фаворизовање одређених елемената за процену садржине "најбољег интереса детета". Приступ Комитета је подређен идеји о правима детета, што значи како се вредност елемената у конкретном случају цени са аспекта права деце.⁴⁰⁴ На пример, културни релативизам се као спољни фактор посматра у контексту права детета на идентитет.⁴⁰⁵ Очување

⁴⁰¹ Вид. чл. 45. ст. 1. Закона о судијама - ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010 и 8/2012 - Одлука УС.

⁴⁰² Вид. Будимир Кошуткић, *Увод у велике правне системе данашњице*, ЈП - Службени лист СРЈ, Београд 2002, 179.

⁴⁰³ Чл. 35. ст. 3. Закона о парничном поступку - ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.

⁴⁰⁴ Комитет за права детета наглашава како приликом вредновања елемената, главни циљ "најбољег интереса детета" треба бити да обезбеди потпуно и ефективно остваривање права признатих Конвенцијом и свеукупни развој детета. Para. 51. CRC/C/GC/14.

⁴⁰⁵ Међутим, треба рећи како је културни релативизам само један од аспекта идентитета детета. Према схватањима Комитета за права детета, појам идентитета детета укључује и карактеристике попут пола детета и дететове "сексуалне оријентације". Штавише, наведене карактеристике се наводе испред дететовог националног порекла, веоисповести и културног идентитета. Para. 51. CRC/C/GC/14. Увођење "сексуалне оријентације" под плашт идентитета детета представља типичан пример интересне демократизације породичних односа. Вид. Марина - Јањић Комар, "Породична права као људска права", *Анали Правног факултета у Београду* 1-4, 2001, 533. Дакле, психолошки аспект идентитета детета, ојачан идејом партиципације, преноси се на терен партнерских односа. Тако се ствара својеврсно минско поље и васкрсавају старе идеје либерационистичког покрета према којима дете треба имати идентична права као и одрасла лица. Безгранична одбојност према патерналистичком карактеру "најбољег интереса детета" и тежња за апсолутном индивидуализацијом детета унутар породице представља опасан пут, на коме ће можда и само дете залутати, а породично право изгубити своје име.

породичног окружења се посматра у светлу права детета да живи са својим родитељима и одржава личне односе са њима.⁴⁰⁶ Дакле, сви елементи су преведени на терен права детета. Листа фактора за одређивање садржине "најбољег интереса детета" је тако својеврсна фасада иза које се крију права чији је ималац дете. У таквој ситуацији, не говори се више о сукобу интереса, већ о вредновању различитих права детета у сваком конкретном случају. Такав приступ суштински уздиже право детета на мишљење, као, по много чему, кључно право из каталога права деце. Додуше, Комитет за права детета признаје могућност да право детета на мишљење може устукнути пред вредношћу које носи неко друго право детета. Међутим, наглашава се како се доношење одлуке која не одговара мишљењу детета мора посебно оправдати.⁴⁰⁷ На поменути начин би се заправо успоставила правна претпоставка како је, уколико је дете способно формирати мишљење, одлука која би наведено мишљење усвојила била у "најбољем интересу детета". Суд мора понудити посебну аргументацију како би наведену претпоставку оборио. Због тога, патерналистичка компонента "најбољег интереса детета" губи на снази, док се партиципација детета уздиже као најзначајнији сегмент поменутог принципа. На делу је конституционализација "најбољег интереса детета", која у крајњој линији значи јачања права детета на мишљење као најдоминантнијег права из корпуса права деце. Сходно томе, интереси родитеља и трећих лица могу се препознавати једино кроз права детета. То је основни и главни недостатак механизма за одређивање садржине "најбољег интереса детета" који сугерише Комитет за права детета.

Поменути орган је био свестан како се изједначавањем елемената за процену "најбољег интереса детета" са правима детета, ризикује занемаривање интереса родитеља. Због тога се у Општем коментару бр. 14. изузетно признаје могућност да интерес детета не однесе превагу над интересима других лица, а пре свих родитеља детета.⁴⁰⁸ Међутим, с обзиром да Комитет за права детета исказује елементе за процену "најбољег интереса детета" преко одговарајућих права деце, практично је незамисливо да било која судска одлука има наведени епилог. Права детета јесу полазиште и исходиште сваке аргументације приликом вредновања елемената за одређивање садржине "најбољег интереса детета" у конкретном случају.

⁴⁰⁶ Вид. пара. 58. CRC/C/GC/14.

⁴⁰⁷ Вид. пара. 97. CRC/C/GC/14.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

На поменути начин, значајно се умањује дискрециони простор првостепених судова приликом рангирања елемената за процену садржине "најбољег интереса детета". У том смислу, више судске истанце добијају значајно средство контроле над одлукама нижих судова којима се непосредно примењује наведени принцип. Наиме, права детета су знатно садржински одређенија у односу на принцип "најбољег интереса детета". Ако се првенство одређеног елемента за процену "најбољег интереса детета" заснива на предности одређеног права детета у односу на друго, виши судови могу контролисати начин на који је одређена садржина и домашај одговарајућих права детета од стране првостепених судова. Првостепеном суду се не спори слобода приликом рангирања елемената за процену "најбољег интереса детета", али само ако је исправно применио концепт права детета. Циљ поменутог механизма јесте очито највећи могући степен објективизације "најбољег интереса детета". Права детета се желе наметнути као једини правни колосек за исказивање садржине наведеног принципа. У том смислу, Комитет за права детета подвлачи како елементи за процену "најбољег интереса детета" одсликавају конкретна права детета, а не пуке чиниоце за одређивање садржине поменутог принципа.⁴⁰⁹ Како би се наведени механизам што више приближио и илустровао, узеће се један случај из наше судске праксе.

Изводи из наше судске праксе који се периодично објављују у одговарајућим зборницима, често су незахвални за анализу примене принципа "најбољег интереса детета". Разлог лежи у неретко непотпуно приказаном чињеничном стању, из кога се не могу сагледати сви елементи које је суд приликом конкретне примене принципа "најбољег интереса детета" узимао у обзир. Ово је посебно значајно нагласити јер се из сваке непосредне примене "најбољег интереса детета" мора видети аргументација за давање предности једном елементу за процену садржине наведеног принципа у односу на друге чиниоце. Другим речима, мора се видети начин на који је извршена објективизација правног стандарда "најбољег интереса детета" у конкретном случају. У циљу објективизације, потпуно је легитимно користити и ставове правне теорије, што нажалост, код нас није пракса. Као што је речено, приступ Комитета за права детета захтева вид објективизације заснован на исказивању елемената за процену "најбољег интереса детета" кроз права деце. Како би се наведени механизам илустровао, укратко ће се приказати једна одлука из наше судске праксе која

⁴⁰⁹ Para. 58. CRC/C/GC/14.

представља типичан пример новог времена и тенденција са којима се данашње породично право суочава.

У поменутом случају, родитељи детета су након развода брака, у коме су имали сина рођеног 1993. године, засновали ванбрачну заједницу у којој се 4. октобра 2001. године родила девојчица. Ванбрачна заједница престаје једностраним раскидом 19. априла 2004. године, када је мајка детета напустила свог партнера и са ћерком отишла код својих родитеља. С обзиром да је у то време на снази био Закон о браку и породичним односима, одлуку о вршењу родитељског права у овој ситуацији донео је Центар за социјални рад, који је проценио како девојчицу треба поверити оцу на чување и васпитање, те у том смислу донео решење 15. септембра 2004. године.⁴¹⁰ Девојчица је од тог времена боравила код оца све до 29. новембра 2006. године када је због операције цисте на врату остала са мајком у болници. Након поменуте операције, дете по својој жељи, прелази живети код мајке.

Мајка је у међувремену засновала нову ванбрачну заједницу и девојчица се, како се проценило, добро слаже са мајком и њеним садашњим партнером. Међутим, отац се такође у међувремену поново оженио и живи у двособној кући у његовом власништву са малолетним сином, садашњом супругом и њеним сином из претходног брака. Девојчица редовно одржава личне односе са својим малолетним братом, који је поверен на старање оцу. Такође, девојчица је пошла у одговарајућу предшколску установу и сасвим задовољавајуће се прилагодила наведеном окружењу.

Мајка девојчице је по занимању кројачица, запослена је и остварује сталне месечне приходе. Живи са ћерком код њеног садашњег ванбрачног партнера у једнособном стану, који има обавезу издржавања према своје две малолетне ћерке из претходног брака, о којима се непосредно стара његова бивша супруга и мајка наведених девојчица. Према мишљењу Центра за социјални рад, отац је стабилна и одговорна личност, док се код мајке испољава недовољна зрелост за родитељску улогу и недостатак осетљивости за потребе детета. Из тог разлога, поменути орган је закључио како девојчицу треба поверити оцу како би самостално вршио родитељско право. Према запажању Центра за социјални рад, малолетна ћерка изражава јаче емоције према мајци, са којом има присан однос.

⁴¹⁰ Вид. чл. 124. ст. 2. бившег Закона о браку и породичним односима РС - ЗБПО, *Службени гласник РС*, бр. 20/80, 22/93 и 35/94. Детаљније о надлежности органа старатељства у оваквим случајевима вид. Љиљана Ђуровић, *Породично право*, ИП "Номос", Београд 1994, 139 - 140.

На утврђено чињенично стање, нижи судови су донели одлуку како девојчицу треба поверити мајци и истовремено су уредили начин одржава личних односа између оца и малолетне ћерке. Одлука се заснивала на непосредној примени принципа "најбољег интереса детета" и Врховни суд Србије је наведену одлуку потврдио.⁴¹¹

Иако се поменута одлука није могла донети на основу механизма рангирања који нуди Комитет за права детета у Општем коментару бр. 14, исход за који су се судови определили може се аргументовати и кроз систем рангирања елемената за процену "најбољег интереса детета" који нуди наведени међународни орган.

Сходно листи Комитета, пажња ће се најпре посветити мишљењу детета као елементу за одређивање садржине његовог "најбољег интереса". У поменутом случају, девојчица је у моменту доношења одлуке имала шест година. Према схватању Комитета из Општег коментара бр. 7. из 2005. године, чињеница како је дете врло младо не ускраћује му право да искаже своје мишљење, нити умањује значај који се даје мишљењу детета приликом одређивања његовог "најбољег интереса".⁴¹² Поменути орган у Општем коментару бр. 12. из 2009. године подсећа како право детета на мишљење из КПД не познаје старосну границу, те да државе морају поћи од претпоставке како је дете способно формирати своје мишљење, а не обрнуто.⁴¹³ Због тога се мишљење детета мора ценити од случаја до случаја.⁴¹⁴ Такође, према схватању Комитета, пуно поштовање права детета на мишљење захтева и препознавање невербалних облика комуникације, укључујући игру, говор тела, гримасе, цртање или сликање, кроз које и сасвим мала деца исказују ставове, изборе и склоности.⁴¹⁵ Млада деца чине изборе и испољавају своја осећања, идеје и жеље на бројне начине, знатно пре него што су у стању комуницирати кроз законитости говорног или писаног језика.⁴¹⁶ Ипак, такав вид исказивања мишљења детета готово у потпуности зависи од процене одговарајућих стручних лица, те пре указује на одређене емотивне потребе детета.

⁴¹¹ Пресуда Врховног суда Србије, Рев, 2075/08 од 28. августа 2008. године, Актуелна судска пракса, бр. 3/2010.

⁴¹² Вид. Општи Коментар Комитета УН за права детета бр. 7. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 07 (2005) Implementing child rights in early childhood, para. 14 - CRC/C/GC/7/Rev. 1. У том смислу и para. 54. CRC/C/GC/14.

⁴¹³ Вид. para. 20 - 21. CRC/C/GC/12.

⁴¹⁴ Para. 29. CRC/C/GC/12.

⁴¹⁵ Вид. Para. 21. CRC/C/GC/12.

⁴¹⁶ Para. 14. CRC/C/GC/7/Rev. 1.

Наиме, Комитет истиче како се мишљењу детета мора поклонити дужна пажња ако је способно формирати мишљење.⁴¹⁷ Способност формирања мишљења зависи више од зрелости, а мање од узраста детета. При томе, Комитет за права детета зрелост дефинише крајње неодређено, као способност да дете искаже своје мишљење на разуман и независан начин.⁴¹⁸ У претходно наведеном случају из наше судске праксе, наводи са како је девојчица исказала жељу да живи са мајком, односно како са мајком има приснији однос. Мишљење детета произилази из одговарајућег тумачења стручних лица Центра за социјални рад.

Други елеменат за процену "најбољег интереса детета" који Комитет за права детета наводи јесте идентитет детета. У овом случају, право детета на идентитет није играло значајнију улогу у одређивању садржине наведеног принципа. с обзиром да дете није мењало етничко, верско, културно или језичко окружење.

Трећи чинилац са листе Комитета за права детета представља очување породичног окружења и одржавања личних односа са родитељима. Из околности случаја произилази како је и након распада примарне породице девојчица редовно одржавала личне односе, како са својим братом, тако и са другим родитељем. Због тога ни овај фактор није у конкретном случају могао бити од пресудне важности.

Четврти чинилац, чије се узимање у обзир тражи при процени "најбољег интереса детета" јесте брига, заштита и безбедност детета. Поменути фактор је био од великог значаја у наведеном примеру из наше судске праксе, посебно због узраста у коме се дете налази. Изразе "заштита и брига" треба тумачити у широком смислу.⁴¹⁹ Тако брига о детету подразумева задовољавање основних емотивних, материјалних, физичких, образовних и развојних потреба детета.⁴²⁰ Овде је од нарочитог значаја била емотивна брига за дете која почива на потреби детета да се психолошки веже за родитељску фигуру још од најранијег детињства. За девојчицу је наведену фигуру представљала првенствено мајка, што се испољило кроз жељу детета да пређе живети код мајке. Поменута психолошка веза успостављена је у прве три године живота детета, када су оба родитеља живела заједно. Брига о детету такође подразумева и задовољавање одређених материјалних потреба детета. Суд констатује како су оба родитеља запослена и остварују сталне месечне приходе, али нити једно не задовољава у потпуности стамбене потребе малолетне девојчице.

⁴¹⁷ Para. 44. CRC/C/GC/12.

⁴¹⁸ Para. 29. CRC/C/GC/12.

⁴¹⁹ Вид. para. 71. CRC/C/GC/14.

⁴²⁰ *Ibid.*

Безбедност детета није довођена у питање и није, према наведеним чињеницама, зависила од тога који ће родитељ вршити родитељско право. У оба случаја, дете би се нашло у секундарној породици, с обзиром да је и отац детета закључио нови брак. Нема било каквих назнака за постојање насиља у породици или другог облика злостављања детета од стране родитеља, односно њихових садашњих партнера.

Рањивост детета и право детета на здравље нису били чиниоци од већег значаја у поменутом случају из наше судске праксе. Са друге стране, мајка је на одговарајући начин укључила дете у систем предшколског образовања, те се ни право детета на образовање у моменту доношења одлуке није могло довести у питање.

На крају, може се закључити како је превагу приликом примене принципа "најбољег интереса детета" однело мишљење, односно жеље и осећања детета. При томе, домаћи судови нису прихватили мишљење Центра за социјални рад који је сугерисао како је отац детета родитељ који може боље задовољити развојне потребе детета. Такво решење верно одсликава схватање Комитета за права детета, који сугерише како свака одлука која не узима у обзир мишљење детета, односно не даје значај његовом мишљењу у складу са годинама и зрелошћу, не уважава могућност да дете утиче на одређивање сопственог "најбољег интереса детета".⁴²¹ Од суштинског значаја је процес комуникације са децом, како би се остварила значајна партиципација детета и уочио његов "најбољи интерес".⁴²² Суд је дозволио да кључну улогу за исход одлуке има управо дете.

Као што се може видети, приступ "најбољем интересу детета" који нуди Комитет за права детета захтева детаљну и свеобухватну анализу фактора који суштински почивају на правима детета. Поменути приступ је добар показатељ сложености одређивања "најбољег интереса детета", али и потврда како одлука суда, премда дискреционе природе, мора почивати на јасној и исцрпној аргументацији. Садржинске границе принципа "најбољег интереса детета" нису одсечне и разликују се од случаја до случаја. Суд најпре мора утврдити поменуте границе у конкретном случају, а потом елементе, односно права детета рангирати уз одговарајуће образложење за избор који чини.

⁴²¹ Вид. para. 53. CRC/C/GC/14.

⁴²² Para. 89. CRC/C/GC/14.

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА О ПОЈМУ "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

У праву, као и животу, нема коначних и непроменљивих дефиниција и вечних одговора. Истовремено, постоје појмови, попут "најбољег интереса детета", који се опиру дефинисању и чија садржина представља сплет најразличитијих фактора и утицаја који у својој међузависности и испреплетаности дају разноврсне исходе у сваком конкретном случају. Наведени појам би се сликовито могао упоредити са оделом скројеном по мери сваког појединачног детета, његовог света и окружења. Због тога је јасно како дефиниција "најбољег интереса детета" мора бити уопштена, начелна и у приличном степену апстрактна. Важније од саме дефиниције јесте изградити и разумети механизам за примену принципа "најбољег интереса детета". Ипак, више из теоријских, него практичних разлога, учиниће се напор како би се претходно излагање исказало кроз одговарајућу дефиницију појма "најбољег интереса детета".

Дефиниција "најбољег интереса" детета би требала укључити сва три аспекта наведеног појма, концептуални, квантитативни и квалитативни. Отежавајућу околност представља чињеница како поменути аспекти немају идентичне изразе како у националним правима, тако и у различитим правним областима унутар истих правних система. Ипак, полазиште за универзалну дефиницију требала би бити општа формулација "најбољег интереса детета" из КПД, као међународног уговора који је суштински изменио представу о вредности и домашају поменутог принципа.

"Најбољи интерес детета" јесте правни принцип, односно правно правило, на основу којег се, уз уважавање индивидуалних карактеристика сваког детета, доноси одлука која треба представљати што вернији одраз или компромис између потреба заштите, развоја и партиципације детета, садашњих и будућих интереса детета, као и интереса детета и његовог породичног и друштвеног окружења. Неодређеност и сложеност појма "најбољег интереса детета" узрокује како се дефиниција наведеног појма изједначава са циљем који се применом поменутог концепта жели постићи. Од суштинског значаја је заправо одредити или установити начине на који би се прокламовани циљеви могли остварити. Аустралијски правник Девар (*Dewar*) наводи како појам "најбољег интереса детета" не почива негде

чекајући да буде откривен, већ се налази унутар процедуре која је усвојена како би се одредила његова садржина.⁴²³

Због тога је потребно пронаћи механизам на основу којег ће се примена "најбољег интереса детета" у извесном смислу објективизовати. У том смислу, у праву се користе различите методе, од утврђивања одговарајућих правних претпоставки до формулисања листе елемената за процену "најбољег интереса детета". Са друге стране, Комитет за права детета као овлашћени тумач КПД настоји у извесном смислу глобализовати "најбољи интерес детета". То се чини преко везивања наведеног појма за права детета као универзалне вредности, чију садржину је лакше обликовати од прилично непоузданог принципа "најбољег интереса детета". Поменути тренд има за последицу јачања потребе партиципације детета у односу на потребу да се дете заштити, већи акценат на садашњим наспрам могућих будућих користи за дете, као и постепено издвајање детета од свог породичног и друштвеног окружења.

Нема сумње како се "најбољи интерес детета" може исказати и штитити преко права деце, али не треба заборавити како је наведени појам постојао и пре него што су права деце као заокружен правни концепт ступила на сцену. Из тог разлога, важно је вратити се у прошлост и сагледати које су то идеје и друштвени процеси довели до настанка "најбољег интереса детета". Историјска обрада правних појмова најчешће налази своје место на почетку, у уводним деловима радова у којима се разматрају одређене правне институције. Међутим, "најбољи интерес детета" је специфичан појам, чији су велики значај и моћ, али и нејасна садржина, изискивали да се појам најпре покуша разумети и сагледати у садашњем времену. Другим речима, било је потребно видети шта "најбољи интерес детета" представља данас како би се могло осврнути на оно шта је представљао некад. Можда ће се на тај начин моћи наслутити у ком правцу ће се примена "најбољег интереса детета" кретати у будућности. У сваком случају, у вртлогу еволуције која је захватила породицу и породичне односе, "најбољи интерес детета" нашао се у епицентру. Због тога је пут којим се креће "најбољи интерес детета" идентичан смеру у коме се креће породично право.

⁴²³ J. Dewar (1998), 480.

ГЛАВА ДРУГА

ПОРЕКЛО И РАЗВОЈ ИДЕЈЕ О "НАЈБОЉЕМ ИНТЕРЕСУ ДЕТЕТА"

1. ОПШТИ ПОГЛЕД НА СХВАТАЊЕ ДЕТИЊСТВА КРОЗ ИСТОРИЈУ

"Најбољи интерес детета" је појам који своју снагу црпе из саме природе детињства, као и значаја деце. Због тога је, пре указивања на порекло и развој правног концепта "најбољег интереса детета", потребно укратко осврнути се на развој идеје детињства и општи положај деце током историје. С обзиром на обим и сложеност теме, у раду се може пружити само крајње фрагментарна, ограничена и уопштена слика детињства, уз поједине примере којим се указује на положај деце у различитим друштвима и временима.

Изузетно је тешко и незахвално дати одговарајући приказ слике детињства кроз историју. У античком добу и времену средњег века, поменута слика је најчешће непотпуна, узрокована оскудношћу историјских извора. Са друге стране, поједини закључци се неретко изводе посредним путем, преко археолошких налаза, односно остатака материјалне културе. Услед велике хетерогености древних цивилизација, њихових обичаја и веровања, слика о некаквој посебности детета не може бити јединствена. Такође, постојала су друштва, попут египатског царства, која су се развијала и трајала у огромном временском распону, те се засигурно слика о

детињству и детету морала у извесном смислу мењати. Коначно, детињство је толико сложен феномен, који би се морао посматрати из великог броја углова, што простор и сврха овога рада не дозвољавају. При томе, пробуђено занимање за историју приватног живота и породичних односа у историографији, по правилу, се фокусира на положај жене у друштву, док деца остају некако по страни. Због тога ће се у раду понудити један крајње сумаран и упрошћен историјски пресек, који може пружити само основу разумевања и доживљаја деце кроз историју.

Ако се уопште може извући нека заједничка карактеристика положаја деце у античким друштвима, онда је то нераскидивост интереса деце од интереса породице, односно шире породичне заједнице. Деца су живела и развијала се у свету који се заснивао на доминацији очинске фигуре и тесној испреплетаности породичних и религијских култова. О потреби да се истакне посебност детињства и света деце не може се, међутим, говорити на исти начин у свим античким културама.

Тако, један од значајнијих чинилаца који су одређивали онда, а и сада положај детета, била је доступност материјалних ресурса. У древном Египту, дете је, по свему судећи, уживало нешто бољи статус у односу на остала античка друштва. Египат је кроз читаву античку историју пратио глас, не без разлога, земље највећег богатства. Бројни рељефи и слике откривају важност деце у египатској цивилизацији. Деца, су често приказивана у друштву својих родитеља који раде у пољу, и при томе се није правила разлика између мушке и женске деце.⁴²⁴ У том смислу, археолози су дошли до бројних налаза које представљају остатке дечијих играчака, међу којима су честе играчке намењене девојчицама, попут лутака. Неке играчке су крајње необичне и софистициране, те откривају не само друштвени статус деце који их је користио, већ и посебну потребу родитеља да задовоље емотивне потребе своје деце.⁴²⁵ Смртност деце је у Египту била мања у односу на већину античких цивилизација, чак и оних које ће се развијати након египатске државе, на шта указује релативно мали број дечијих гробова откривених на местима за сахрањивање.⁴²⁶

Обично након пете године живота, деца су се постепено укључивала од стране својих родитеља у одговарајуће послове, чиме су давали допринос

⁴²⁴ Вид. Lionel Casson, *Everyday Life in Ancient Egypt*, The Josh Hopkins University Press, Baltimore 2001, 18.

⁴²⁵ На пример, играчка дрвеног лава коме се отварају и затварају уста уз помоћ нарочитог механизма. *Ibid.*

⁴²⁶ Детаљније вид. Evžen Strouhal, *Life of the Ancient Egyptians*, Opus Publishing Ltd., London 1992, 21.

домаћинству. Најчешће се радило о сакупљању летине или сетви. Према новијим сазнањима дечаци су стицали пунолетство са 14. година што се ритуално обележавало обрезивањем, а девојчице са 12 - 13 година.⁴²⁷ Васпитавање дечака се генерално поверавало очевима, док су се о девојчицама старале њихове мајке.⁴²⁸ Принципи васпитавања и образовања деце нашли су се у Књизи Инструкција која представља компилацију бројних уговора. Задатак родитеља је био да омогуће деци лични успех у складу са потребама државе и моралним нормама.⁴²⁹ Жеља да се омогући лични успех деци представља вредност египатског друштва коју посебно треба истаћи јер указује на уважавање личности детета. Као што се може видети, реч је о уређеном систему у којем су како деца, тако и родитељи имали своје јасно место.

У доба класичне антике и грчке и римске културе, положај деце се разумљиво разликовао у односу на древни Египат. Међутим, антички грчки свет није имао јединствени образац, већ више различитих модела, од којих су свакако најпознатији атински и спартански. Такође, римско друштво је током своје историје пролазило кроз више етапа, те је прилично тешко пружити некакав сумаран приказ положаја деце, који се непрекидно мењао. Ипак, у грчкој и римској цивилизацији уочљива је значајно већа разлика у статусу између мушке и женске деце у односу на знатно старије египатско друштво. Поменута разлика се у старој Атини симболично исказивала већ по самом њиховом рођењу, када се у случају рађања мушког детета изнад врата качила грана маслине, док се рођење девојчице обележавало истицањем комадића вуне.⁴³⁰ Између петог и седмог дана од рођења детета спроводио се ритуал кроз који је глава домаћинства или кириос (*kyrios*), доносио одлуку о прихватању детета и увођењу у атинско друштво.⁴³¹ Након тога, дете је даљим одрастањем постајало део сложене родовске структуре и врло рано се укључивало у процес рада и одржавања домаћинства.

Кириос је имао власт, али и одговорност за дете. Његова дужност је била обезбедити детету храну и смештај, док му је оно дуговало послушност. Посебна

⁴²⁷ *Ibid.*, 29.

⁴²⁸ *Ibid.*, 31.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Вид. Mark Golden, *Children and Childhood in Classical Athens*, The Josh Hopkins University Press, Baltimore 1993, 23.

⁴³¹ Одлука кириоса је зависила од бројних фактора које је тешко идентификовати у сваком појединачном случају, с тим што су девојчице чешће одбациване него мушка деца. *Ibid.* Уколико би се дете одбацило, оно се најчешће остављало у глиненом ћупу не би ли га неко пронашао и узео. Вид. Giuseppe Cambiano, "Becoming and adult", *The Greeks* (ed. J.C.Vernant), The University of Chicago Press, Chicago 1991, 87.

вредност атинског друштва била је обавеза образовања деце, која се, ипак, односила само на синове. Отац је имао дужност обезбедити да се његова мушка деца образују, почевши од седме године.⁴³² Ако би наведену обавезу прекршио, према Солоновим законима, син се лишавало обавезе издржавати оца у старости.⁴³³ За разлику од мушке деце, девојчице су добијале минимално образовање, углавном од својих мајки.⁴³⁴

Стари Грци, па тако и Атињани, били су свесни посебности детињства, те су се разликовале различите фазе у развоју детета. Једну од познатијих подела деце према степену развоја дао је Платон. Према чувеном философу, постоје три фазе развоја детета. Прва фаза траје од рођења детета, па све док оно не наврши три године. О потребама детета се тада мора судити по његовом плачу.⁴³⁵ Друга фаза се завршава са шестом годином детета. Платон сматра како се у поменутој фази развоја детету мора омогућити играње са другом децом. Посебно је занимљиво Платоново мишљење како се деца могу кажњавати како би се избегло да се размазе, али не на начин који је деградирајући.⁴³⁶ Коначно, последња фаза развоја детета трајала је до 14. године, где су дечасти и девојчице почињали живети одвојено и за мушку децу креће период формалног образовања, изван дома.⁴³⁷

За разлику од Атине, положај детета у Спарти је био апсолутно подређен држави и државним интересима.⁴³⁸ Родитељи су деловали као својеврсни заступници државе, која је полагала право на децу. Плутарх наводи како су чак и најраније године детињства биле подређене увођењу детета у строги систем дисциплине и послушности. Тако, су спартанске дадиље навикавале сасвим малу децу да избегавају сваку пробирљивост у исхрани, да се не плаше мрака, нити плачу, те да избегавају било какав излив хистерије.⁴³⁹ Све је било прилагођено подизању мушке деце у војнике, а девојчица у жене које ће рађати здраво потомство.

Насупрот спартанском друштву, у Риму је једно од главних обележја породичних односа била готово неспутана власт и аутономија оца породице. Деца су се налазила под *patria potestas* и њихов положај се правно није много разликовао

⁴³² Вид. Robert Garland, *Daily Life of the Ancient Greeks*, Greenwood Publishing Group, Westport 2009, 155.

⁴³³ *Ibid.*, 156.

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ Детаљније вид. Celia Lascarides, Blythe Hinitz, *History of Early Childhood Education*, Routledge, New York 2011, 8.

⁴³⁶ *Ibid.*, 8 - 9.

⁴³⁷ *Ibid.*, 9

⁴³⁸ Вид. R. Garland, 120.

⁴³⁹ *Ibid.*

од статуса робова.⁴⁴⁰ У том смислу, власт оца породице је била значајно шири у односу на овлашћења атинског кириоса. Наиме, након што би прихватио дете, кириос га није могао лишити живота, што није био случај са римским оцем породице.⁴⁴¹ Ипак, установу *patria potestas* у пракси не треба замишљати као израз неограничене самовоље оца, који је увек могао поступати према деци по сопственом нахођењу. Наиме, власт оца породице одвијала се у сенци поштовања једног моралног принципа или врлине, означене као *pietas*.⁴⁴² Премда је *pietas* обухватала врлину која се није исказивала само на пољу породичних односа, већ и љубави према боговима и отаџбини, могла је послужити као основ одбијања послушности апсолутној очинској власти. У том смислу, *pietas* је представљала природну оданост породици, која би могла доћи у конфликт, па чак и надјачати захтеве ауторитета какав је *pater familias*.⁴⁴³ Тако је наведени принцип представљао брану како очевој неограниченој власти, тако и безусловном потчињавању деце очевој вољи. Са друге стране, *pietas* је подвлачио обавезу деце да поштују родитеље без обзира на године. Због тога је поменути принцип подразумевао узајамно уважавање између родитеља и деце. Родитељи су били дужни старати се о добробити своје деце, једнако као што су деца била обавезна поштовати и штитити своје родитеље.⁴⁴⁴ Наведени принцип је мењао своју садржину током дуге историје римске цивилизације на начин на који се мењало римско друштво и снага установе *patria potestas*, да би се у завршним вековима римске империје прилагодио концепту велике надолазеће религије, хришћанства.

Своју пуну афирмацију на европском простору, хришћанство доживљава у периоду који се у историографији означава као средњи век. Ово је нарочито значајно јер се разумевање положаја и односа средњовековног друштва и родитеља према деци не може разумети без димензије коју детету даје ова велика религија. Христове речи, исказане кроз јеванђеља његових ученика, говоре о заокрету у посматрању света деце. Док се у Старом Завету истицала потреба усмеравања деце, као бића којима је потребна мудрост и вођство, Христово учење у први план истиче љубав

⁴⁴⁰ Andrew Riggsby, *Roman Law and the Legal World of Romans*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 181.

⁴⁴¹ Вид. С. Lascarides, В. Hinitz, 16.

⁴⁴² Вид. Richard Saller, *Patriarchy, Property and Death in Roman Family*, Cambridge University Press, Cambridge 1997, 110 - 111.

⁴⁴³ Детаљније вид. *Ibid.*, 110.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, 111 - 112.

према деци.⁴⁴⁵ Новим Заветом провејава слика о невиности деце, која су чистотом своје душе најближа Богу. Због тога је основни задатак родитеља да ту чистоту очувају у највећој могућој мери. Тако, јеванђелиста Марко наводи Исусове речи: "Пустите дјецу нека долазе к мени, и не браните им; јер је таквих Царство Божије. Заиста вам кажем: Који не прими Царства Божијега као дијете, неће ући у њега."⁴⁴⁶ Слична порука одзвања и кроз Јеванђеље по Матеју, где на питање својих ученика ко је највећи у Царству небеском, Исус дозива дете и поставља га међу ученике, а затим говори: "Који се, дакле, понизи као дијете ово, онај је највећи у Царству небеском. И који прими једно такво дијете у име моје, мене прима."⁴⁴⁷

Међутим, одржавање чистоте и невиности детета није се схватало као наметање ригорозног одрицања детета од свега земаљског. Тако је Црква, већ 340. године на Трећем помесном сабору у кападокијском месту Гангри, нашла за сходно прописати како ће се бацити анатема на све оне који напусте децу и не подучавају их са дужном оданошћу, већ их са предзнаком аскетизма занемарују.⁴⁴⁸

Рано хришћанство утиче и на значајно побољшање положаја женске деце у односу на мушку. Поменута промена је посебно дошла до изражаја у Византијском царству, као јединој држави која је свој континуитет црпела из античког времена. Свети Василије Велики из Цезареје је још у другој половини IV века на надахнут начин проповедао како родитељи не смеју раздвајати своју децу. Светитељ прави аналогију између родитеља који неједнако поступају према својој деци са орлом који има два младунца, па једног избацује из гнезда како би други преживео.⁴⁴⁹ Такви су и родитељи који под изговором сиромаштва напуштају једно дете, као и они који неједнако поступају према свом потомству приликом деобе имовине. Правично је, међутим, да као што су на једнак начин деци дали живот, једнако им и пруже средства за живот потребна.⁴⁵⁰

Упркос свему, у одређеним научним круговима постоји снажно уверење како појам детињства у средњем веку није постојао, односно како се свет деце није посебно издвајао у контексту ондашњих услова живота. За такво схватање

⁴⁴⁵ Вид. Lynne Marie Kohm, "Tracing of Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence", *Journal of Law & Family Studies*, 2/2008, 344.

⁴⁴⁶ *Јеванђеље по Марку* 10: 14 - 15 (пр. Вук Ст. Караџић).

⁴⁴⁷ Вид. *Јеванђеље по Матеју* 18: 1, 2, 4, 5 (пр. Вук Ст. Караџић).

⁴⁴⁸ Вид. Arietta Papanantantinou, Mary-Alice Talbot, *Becoming Byzantine: Children and Childhood in Byzantium*, Harvard University Press, Cambridge 2009, 23 - 24

⁴⁴⁹ Вид. John Haldon, *A Social History of Byzantium*, Blackwell Publishing Ltd, Chichester, West Sussex 2009, 53.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

најзаслужнији је изузетно утицајни француски аутор Филип Арије (*Philippe Ariès*). Своје основне поставке Арије изводи превасходно на основу анализе приказа деце кроз средњовековну уметност. Тако су, према наведеном писцу, средњовековни уметници приказивали личност детета кроз лик умањеног одраслог човека.⁴⁵¹ Дакле, њихов доживљај је био квантитативан, а не суштински. Према Аријеу у средњем веку се осећа један вид равнодушности према деци, узрокован превасходно великом стопом смртности међу одојчади.⁴⁵² Због тога, наводи Арије, нико није, као што данас мислимо, сматрао како свако дете поседује људску личност.⁴⁵³ Из тог разлога, свест о детињству се у пуној мери могла исказати тек са значајним побољшањем демографске слике друштва у 19. веку.⁴⁵⁴ У том контексту, поједини писци су отишли чак толико далеко да су правили психолошки профил средњовековног човека тврдећи како није љубав оно што је недостајало средњовековним родитељима, већ пре емоционална зрелост да сагледају дете као особу која се разликује од њих самих.⁴⁵⁵

Међутим, прилагођавање средњовековног доживљаја деце данашњим погледима на детињство није могуће. Како истиче Ејкелар, истражити јесу ли родитељи у било ком времену волели своју децу више или мање у односу на неки други период, значи истражити природу љубави.⁴⁵⁶ Енглески професор Арчард (*Archard*), Аријево схватање означава као презентизам, односно тумачење прошлости у светлу данашњих ставова о деци.⁴⁵⁷ Такав презентизам има, према Арчарду два аспекта. Најпре, трага се за елементима који недостају средњовековном доживљају деце у односу на данашњи концепт детињства.⁴⁵⁸ Друго, из презентизма проистиче како је данашњи појам детињства исправнији у односу на средњовековни доживљај детета, те да води морално прихватљивијем поступању према деци.⁴⁵⁹

Додуше, у средњем веку није било тако одсечних граница између различитих фаза детињства, већ се из периода ране младости и адолесценције готово неприметно

⁴⁵¹ Вид. Philippe Ariès, *Centuries of Childhood: A Social History of Family Life* (tr. R. Baldick), Vintage Books, New York 1962, 33 - 34.

⁴⁵² P. Ariès, 39. Како би илустровао свој закључак, Арије, између осталог, наводи обичај код Баска да умрлу новорођенчад сахрањују на кућном прагу или у дворишту, поредећи наведени обичај са данашњим сахрањивањем кућних љубимаца. *Ibid.*

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Lloyd de Mause, *History of Childhood*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham, 1995, 17.

⁴⁵⁶ J. Eekelaar (1986), 161.

⁴⁵⁷ David Archard, *Children, Rights and Childhood*, Routledge, London - New York, 2004, 22.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*, 23.

улазило у свет одраслих, што не значи како су средњовековни људи били несвесни разлике између одраслих лица и деце.⁴⁶⁰ Тако су се деци различитих узраста поверавале различите дужности, од послова у домаћинству, преко чувања стоке, изучавања заната или рада у пољу.⁴⁶¹ Такође, неспорно је како су се у средњем веку деца облачила на исти начин као и одрасли.⁴⁶² Ипак, из одсуства посебне гардеробе прилагођене деци, тешко се може закључити како појам детињства није постојао, јер нису постојали ни одговарајући друштвени ресурси, ни могућности родитеља да децу облаче другачије.⁴⁶³ Међутим, један догађај глобалних размера, учиниће да облачење деце родитељима постане последња брига и покренуће читав ланац друштвених превирања која ће учинити крај средњем веку.

Европу су од средине XIV века почеле потресати бурне промене. Наговештај краја једне ере почео је са трагедијом готово апокалиптичних размера, епидемијом непознате врсте куге која је десетковала становништво тадашњег европског простора. Из својеврсног пакла, западноевропска друштва улазе у период ренесансе, док на истоку Османлије задају смртни ударац последњој држави која је носила печат античког времена, Византији. Крајем XV века Колумбо се искрцава на тло новог континента чиме симболично престаје средњи век и отпочиње ново доба. Средоземље губи дотадашњи значај и долази до огромног узлета прекоморске трговине и урбанизације. Упркос томе, све до краја XVIII века, главни печат породичних односа остаје готово неприкосновена власт оца, односно мужа. Ствара се слика о детету као зависном и неспособном бићу коме је потребна строга дисциплина. Поменуто виђење детета посебно налази своје место у одређеним протестантским заједницама, које су се у међувремену одвојиле од Римокатоличке цркве. Поменуте заједнице, ослањајући се на одређене делове Старог Завета, изграђују слику о тзв. злом детету, носиоцу прворођеног греха, које се само кроз строго и оштро васпитавање може прочистити.⁴⁶⁴ Оваквом доживљају деце ишли су у прилог и ставови једног од најутицајнијих филозофа XVII века Томаса Хобса (*Thomas Hobbes*). Према Хобсу, деци не припадају никаква права, нити моћ.⁴⁶⁵ Моћ

⁴⁶⁰ Colin Heywood, *A History of Childhood: Children and Childhood in the West from Medieval to Modern Times*, Polity Press, Cambridge, 2013, 17.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Paul Newman, *Daily Life in the Middle Ages*, McFarland, Jefferson, 2001, 131

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Детаљније вид. Chris Jenks, "Sociological Perspectives and Media Representations of Childhood", *Legal Concepts of Childhood* (ed. J. Fionda), Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, 24

⁴⁶⁵ Вид. *Ibid.*

родитеља, као и државе мора бити апсолутна. Без неограничене родитељске власти, живот детета би био хаотичан, изопачен, бедан и кратак.⁴⁶⁶

Ипак, у XVIII веку долази до попуштања крутих религијских стега и постепеног изласка детета из сенке надмоћне очинске власти.⁴⁶⁷ Систем ригидне дисциплине засноване на "прворођеном греху детета" уступа место другачијем схватању које више води рачуна о индивидуалности и срећи детета. Дobar показатељ новог погледа на децу представља појава првих продавница специјализованих за дечју одећу, док у другој половини XVIII века долази до процвата дечје литературе и књига писаних за децу.⁴⁶⁸ Весник промена и новог доживљаја детињства и деце био је чувени енглески филозоф Џон Лок (*John Locke*).

Лок је најпре одбацио Хобсову тезу како се може правити аналогија између државног управљања и родитељске власти.⁴⁶⁹ Родитељи не поседују своју децу, већ имају дужност поступати у њиховом интересу јер деци недостаје разум и искуство како би се могла сама о себи старати.⁴⁷⁰ Деца нису рођена једнака са родитељима, али су рођена да теже ка томе.⁴⁷¹ Лок истиче како отац детета има право старати се о детету док је малолетно, као и право на поштовање током читавог живота.⁴⁷² Међутим, прво право је према Локу пре привилегија за дете, него дужност за оца. Према наведеном мислиоцу, родитељска власт није природна, већ потиче и ограничена је природним правом детета за бригом и заштитом, а коју захтева природна неспособност детета.⁴⁷³ Лок је дакле скренуо пажњу са очинске власти на интерес детета, што је представљало велики заокрет у схватању детињства. Чувени филозоф је такође тврдио како је држава овлашћена мешати се у породицу и очинску власт само из разлога интереса детета, чиме је ударио темеље правном концепту "најбољег интереса детета" још крајем XVII века.⁴⁷⁴

Локово учење поплочало је пут и отворило врата другачијем схватању детета у XVIII веку. Реч је о детету као субјекту, засебној и особеној личности са својим

⁴⁶⁶ *Ibid.*, 25.

⁴⁶⁷ Вид. Alison Diduck and Felicity Kaganas, *Family Law, Gender and the State: Texts, Cases and Materials*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2006, 337 - 338.

⁴⁶⁸ Вид. Метју Андерсен, *Европа у осамнаестом веку* (пр. Б. Радевић - Стојиљковић, С. Деканић), Слио, Београд 2003, 35.

⁴⁶⁹ Вид. D. Archard (2004), 8.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, 9.

⁴⁷¹ Родитељи имају неку вид власти и надлештва над децом када ова дођу на свет, и извесно време након тога, али је то привремено. John Locke, *Two Treatises on Government*, II, vi. 55, <http://www.johnlocke.net/john-locke-works/two-treatises-of-government-book-ii/>, 12. 07. 2013.

⁴⁷² Вид. *Ibid.*, II, vi. 67.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ Вид. D. Archard (2004), 11.

индивидуалним карактеристикама. Такво виђење детета понудиће мислилац кога глорификују као "апостола индивидуалне слободе", "архитекту" и "пионира модерног концепта детињства", Жан-Жак Русо (*Jean-Jacques Rousseau*).⁴⁷⁵ У делу непролазне вредности "Емил, или о васпитању" (*Émile, ou De l'éducation*), Русо је заувек изменио представу о деци и детињству.

Русо већ на самом почетку свог дела енергично одбацује схватања детета као бића које носи прворођени грех и кога треба строго дисциплиновати, те се на тај начин враћа јеванђељским основама о чистоти и невиности детета.⁴⁷⁶ Поменути аутор назива варварским васпитавање детета којим се жртвује садашњост ради некакве неизвесне будућности.⁴⁷⁷ На тај начин, Русо указује како тренутне потребе детета могу бити одвојене и другачије од потреба родитеља. Тако је наговестио постојање посебног осећаја за време детета, што је емпиријски и доказано у психологији знатно касније. Посебно је значајно његово указивање на индивидуалност детета и детињства. Према чувеном мислиоцу, човекољубље има своје место у поретку ствари, а детињство у поретку живота. Човек се мора тражити у човеку, а дете у детету.⁴⁷⁸ Даље, Русо објашњава природу односа између родитеља и деце, односно износи своје ставове какав би наведени однос требао бити како би дете остварило срећу. Русо наводи како мудар човек може чувати своје сопствено место, али дете које не зна које је његово место, није у могућности чувати га. Због тога, дете мора бити зависно, али се не мора се повиновати, оно мора тражити, а не заповедати. Дете се потчињава другима једино због својих потреба и зато што други виде боље од њега оно шта му заиста треба, али нико, па ни отац детета нема право везати дете за оно што није од користи за њега.⁴⁷⁹

Из Русоових речи провејава данас добро познат појам родитељске одговорности.⁴⁸⁰ Личност детета се најбоље штити постизањем компромиса између родитељског ауторитета и жеља детета. Русо даље истиче како природа обезбеђује да деца расту на њихов сопствени начин и ово никада не треба спутавати. "Не

⁴⁷⁵ С. Jenks, 26.

⁴⁷⁶ Све је добро што излази из руку Творца ствари; све се изопачи у рукама човека. Он чини да једно тле носи плодове другог, једно дрво рађа воће другог. Он меша и збуњује климу, елементе, годишња доба. Он сакати свог пса, коња, роба. Све изокреће наглавачке, све обесмишљава; он воли деформитет, монструме. Неће ништа што је природа створила, чак ни човека; за њега, човек се мора обучавати као јахаћи коњ; мора кројити по мери дрвета из његове баште. Jean-Jacques Rousseau, *Emile: Or On Education* (tr. A. Bloom), Basic Books, 1979, 37.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, 79.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, 80.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, 84 - 85.

⁴⁸⁰ Вид. С. Jenks, 27.

терајте их да седе када још увек желе трчати, нити да трче када желе утихнути. Ако не покваримо жеље наше деце сопственим превидима, њихове жеље ће бити слободне од хира... Све њихове активности су инстинкти тела за својим развојем у снази; али са сумњом требате посматрати оне жеље које не могу спровести сама, оне које за њих морају спровести други. Потом морате пажљиво разликовати природне од вештачких жеља, потребе рађајућег хира од потреба које се рађају из бујајућег живота управо описаног".⁴⁸¹ Једна од кључних порука коју велики филозоф упућује родитељима јесте: "Пустите дете да осети слободу једнако у својим, као и у вашим поступцима".⁴⁸² Русоово схватање удара темеље за два савремена концепта која данас дају велики печат правним односима родитеља и деце, а то су родитељска одговорност и партиципација детета. Родитељи требају омогућити простор детету да се изрази, али величина наведеног простора зависи од природе и карактера жеља детета. Зато родитељ није онај ко наређује, већ онај ко усмерава.

Ипак, очинска власт показала се врло жилавом, упркос напредним схватањима Русоа и неким крајње радикалним идејама Француске буржоаске револуције.⁴⁸³ Наполеонов Законик из 1804. године у великој мери је очувао очинску ауторитет и власт. Драстичан пример очинске власти представљала је могућност оца, који је имао озбиљне разлоге за незадовољство владањем свога детета, да поднесе захтев суду како би се његово дете ухапсило и затворило.⁴⁸⁴

Са друге стране, истиче се светост и велики значај породице, који превазилази интересе појединих њених чланова. Тако, Хегел (*Hegel*) пише како породица представља морално биће, које је као целина супериорна у односу на своје делове.⁴⁸⁵ Према Хегелу, деца су у исти мах чланови породице и појединци по себи, при чему требају бити слободна, али не требају претеривати са игром која ласка истицању себе.⁴⁸⁶ Наведена схватања утичу на формирање нуклеарне породице у XIX веку на начин на који се и данас дефинише.⁴⁸⁷ Таква породица постаје од све

⁴⁸¹ J.J. Rousseau, 86.

⁴⁸² *Ibid.*, 85.

⁴⁸³ Један од вођа Револуције из 1789. године Робеспјер (*Robespierre*) је чак имао замисао према којој седмогодишњу или осмогодишњу децу треба одузети од родитеља како би се васпитавала у духу нових идеја, али о наведеној идеји никада није ни расправљано. Мишел Перо, *Историја Приватног живота од Француске Револуције до Првог Светског рата* (ур. Ф. Аријес, Ж. Дибби), (пр. Љ. Мирковић), *Clio*, Београд, 2003, 97.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ *Ibid.*, 72.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, 73.

⁴⁸⁷ Hannu Salmi, *Nineteenth-Century Europe: A Cultural History*, Polity Press, Cambridge 2008, 73.

већег значаја у процесу урбанизације и индустријализације и игра како приватну, тако и важну јавну улогу.⁴⁸⁸

Међутим, убрзана индустријализација, велика загађеност градова и тешки услови за живот у урбаним срединама почињу узимати свој данак и указивати на мрачну страну наглог технолошког прогреса. Као посебан проблем, све више долази до изражаја укључивање деце у процес индустријализације и њихов рад у нехуманим условима, несвојственим детету. На наведене потешкоће које су представљале глобалан проблем добробити детета, указивало се у значајној мери у ондашњој књижевности. Велики енглески писац Чарлс Дикенс (*Charles Dickens*) је посебно допринео буђењу свести друштва усмереног на стицање добити у коме се деца била својеврсна узредна штета.⁴⁸⁹ Све ово доводи до закључка да је потребно дете издићи из приватне породичне сфере и изградити појам детета као друштвеног бића, које представља будућност нације и врсте, које је произвођач, али и грађанин.⁴⁹⁰ На тај начин се препознаје да дете има јавни, једнако као и приватни живот и држава почиње препознавати нешто што француска правница Жаклин-Рибелан Девиши (*Jacqueline Rubelin-Devichi*) означава као "најбољи интерес детињства".⁴⁹¹ Рађа се социјално законодавство инспирисано побољшањем положаја и заштитом детета, те се средином XIX века доносе први закони којим се ограничава радно време детета у фабрики.⁴⁹² У Енглеској, као колевци индустријске револуције која се дуго и живаво одупирала увођењу обавезног образовања за сву децу, коначно се 1880. године деца склањају из фабричких кругова у школске клупе.⁴⁹³ Крај XIX века обележава својеврстан полет у којем детињство и деца постају предмет интересовања различитих наука, од медицине и психологије до права. Истовремено, држава се све више почиње мешати у породичне односе, под изговором заштите деце као посебне категорије лица, која се требају довести до прага зрелости на одговарајући начин како би могли пружити свој допринос друштву.

Белгијски теоретичар Верхелен (*Verhellen*) даје две основне карактеристике концепта детињства на уласку у XX век. Најпре, посебни закони и установе одвајају децу од остатка света и затварају их у њихов сопствени свет, својеврстан

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ Детаљније вид. *Child Labour in Various Industries*, Encyclopaedia of Child Development; Priorities for 21st Century (S. Wal, ed.), Sarup & Sons, New Delhi 2006, 244.

⁴⁹⁰ Вид. М. Перо, 118.

⁴⁹¹ J. Rubellin-Devichi, 260.

⁴⁹² Вид. М. Перо, 118.

⁴⁹³ Вид. Murray Rothbard, *Education: Free and Compulsory*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 1999, 32

мораторијум у којем морају чекати, учити и припремати се за "стварни живот".⁴⁹⁴ Друго, према Верхеленовом запажању, деца постају све више и више власништво државе, а све мање и мање припадају својим родитељима.⁴⁹⁵ Тако деца постају објекти, а не субјекти, макро-социјалних процеса усмерених ка стварању идеалног будућег друштва.⁴⁹⁶

Међутим, убрзо ће се показати како свет није био дорастао утопијском циљу стварања друштва у којем ће деца бити заштићена док не ступе у свет одраслих. Први светски рат савременици су звали "Великим ратом", не слутећи како ће уследити још незамисливији ужаси и страхоте. У Другом светском рату, најкрвавијем сукобу у историји људског рода, деца су потпуно обесмишљена као људска бића и детињство је изгубило сваки значај. Због тога се у другој половини XX настоји изградити глобални механизам којим се штитио сваки човек, на основу његове људске вредности као појединца, независно од државе и друштвеног окружења у коме живи. Решење се проналази у оживљавању концепта људских права, проистеклих из учења о природном праву Гроцијуса, Пуфендорфа и Лока, а која су своје место нашла у Декларацији независности САД из 1776. и Француској Декларацији о правима човека из 1789. године⁴⁹⁷. Концепт људских права временом, поред граница држава, почиње прелазити и границе породице и породичне сфере. Државама се намеће позитивна обавеза да поменута права штите и примењују унутар свог правног простора. Последњу етапу представља доношење Конвенције Уједињених Нација о правима детета 1989. године којом се дете легитимише као титулар читавог низа посебних људских права, скројених и прилагођених детињству као фази развоја човека. Дете се уздиже у најзначајнијег субјекта породичноправних односа, са нагласком на заштиту личности и поштовање аутономије детета.⁴⁹⁸ Партиципацијска права детета демократизују родитељски ауторитет и своде га, посебно у старијем узрасту детета, на давање савета од стране родитеља.⁴⁹⁹ Све ово утиче на трансформацију "најбољег интереса детета" као правног принципа,

⁴⁹⁴ Eugeen Verhellen, "Children's rights in Europe", *The International Journal of Children's Rights* 1/1993, 358.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ Права која "по природи" припадају свим људским бићима, независно од друштвених односа, односно друштвено установљеног ранга или статуса. Детаљније вид. Charles Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2011, 51.

⁴⁹⁸ Вид. Michael Freeman, "The Child in Family Law", *Legal Concepts of Childhood* (ed. J. Fionda), Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, 200.

⁴⁹⁹ М. Јањић - Комар (2001), 533.

насталог знатно раније, под крилом очинске власти. Принцип "најбољег интереса детета" је одувек црпео своју снагу из значаја који носе детињство и деца. Међутим, од свог настанка делио је судбину породичних односа и био под утицајем различитих друштвених сила и фактора који су обликовали породицу. Данас се, у време владавине права деце и тријумфа индивидуализма, више него икада постоји дилема шта је "најбољи интерес детета" и у ком правцу ће се кретати у будућности. Да би се будућност макар могла наслутити, често је неопходно вратити се у прошлост, односно у време када је овај принцип, нераскидиво везан за детињство, почињао свој правни живот.

2. НАСТАНК И ЕВОЛУЦИЈА ПРАВНОГ КОНЦЕПТА "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

Ако би се желела извршити некаква периодизација историје и развоја правног принципа "најбољег интереса детета", могле би се уочити три фазе еволуције наведеног принципа. Поменути стадијуми би се могли означити као фазе: патернализације, феминизације и конституционализације. У првој фази, "најбољи интерес детета" се исказивао кроз мешање државе у вршење очинске власти. Фаза феминизације "најбољег интереса детета" долази као последица борбе жена и мајки да по разводу брака добију старање над дететом и постепеним уздицањем доктрине "нежних година" ("*tender years doctrine*"). Коначно, последња фаза конституционализације, која данас све више узима маха, подразумева тумачење "најбољег интереса детета" у контексту људских права, а нарочито права деце. Треба нагласити како границе између поменутих етапа у развоју "најбољег интереса детета" нису биле, нити су могле бити одсечне. Такође, наведени процес развоја је текао и још увек се одвија различито у зависности од друштвеног контекста. Подела није савршена, као што тешко која може и бити, али ће олакшати сагледавање еволуције и промена које су уобличавале "најбољи интерес детета" од настанка до данашњег времена.

Принцип "најбољег интереса детета" је нераскидиво везан за однос родитеља и деце, као изворну средину из које је потекао и одакле се проширио на све правне

односе који се тичу детета. Тешко је одредити тачан моменат настанка поменутог принципа јер се дуго година налазио у сенци очинске власти, као основног израза патријархалне породице. У том смислу, принцип "најбољег интереса детета" је заправо служио очувању и одбрани очевог ауторитета од мешања државе.⁵⁰⁰ Томе је доприносио и веома наглашен институционални карактер брака, који се тешко раскидао, те је отац био практично неспутани тумач "најбољег интереса детета".⁵⁰¹ У том смислу, правила се аналогично између власти краља према својим поданицима и власти оца и мужа према својим укућанима. Од доброг краља се очекивало да се понаша ваљано, али није постојало правно ограничење његовог ауторитета, што се преносило и на модел очинске власти.⁵⁰² Међутим, Џон Лок је крајем XVIII века заступао став како краљ може легитимно вршити своју власт само ако је у "интересу" његових поданика.⁵⁰³ Био је то преломни тренутак за излазак принципа "најбољег интереса детета" из сенке очинске власти, јер су енглески судови који су примењивали право правичности (*equity law*) брзо пренели идеју о ограничавању моћи владара државе на терен владара породице.⁵⁰⁴

Сличан процес одвијао се и у Француској. Идеја како се очинска власт треба вршити у "најбољем интересу детета" постојала је у обичајном праву северног дела Француске (*le droit coutimier*) још пре Револуције из 1789. године.⁵⁰⁵ Наполеонов законик, изразито патријархалан по свом карактеру, није успео зауставити опадање очинске власти. Наиме, поменути Законик је прописивао како ће се "деца поверити супружнику који је добио развод, осим ако суд на захтев породице или Царског тужиоца, наложи како је од највеће користи за децу, или поједино дете, да се повере на старање било другом супружнику, било трећем лицу".⁵⁰⁶ Француска судска пракса је убрзо почела наведену одредбу тумачити широко, у смислу да судовима припадају дискрециона овлашћења приликом доношења одлуке о поверавању деце. Кључни критеријум је био "најбољи интерес детета" на основу кога су се деца могла поверити и супружнику који је сносио кривицу за развод, чак и без захтева породице или Царског тужиоца.⁵⁰⁷ Ипак, случајеви поверавања детета мајци били су веома

⁵⁰⁰ Вид. L. Marie Kohm, 346.

⁵⁰¹ Вид. R. van Krieken, 28.

⁵⁰² J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, Oxford 2006, 10 - 11.

⁵⁰³ *Ibid.*, 11.

⁵⁰⁴ Вид. *Ibid.*

⁵⁰⁵ Вид. J. Rubellin-Devichi, 261.

⁵⁰⁶ Реч је о некадашњем члану 302. Француског грађанског законика. Вид. *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*

ретки и аргументација се углавном сводила на разлоге за ограничавање очинске власти, а не на подобност мајке да се стара самостално о детету.⁵⁰⁸

Дакле, може се рећи како је правни принцип "најбољег интереса детета" настао као патерналистички израз оправдавања очинске власти. Међутим, правно је уобличен, односно учињен видљивим, у првој половини XIX века као творевина судске праксе, којом се у "интересу детета" власт оца ограничавала. Заправо, радило се о интересу државе, која се настојала покровитељски односити према детету. На тај начин се суштински на један вид патернализма надовезао други, при чему су жеље детета и интерес мајке остали потпуно у другом плану. У том смислу, током XIX века, "најбољи интерес детета" добија наглашену јавну компоненту и поистовећује са интересом тадашњих друштава да се деца васпитавају тако да сутра неће представљати друштвени проблем.⁵⁰⁹ Због тога се интервенција сводила углавном на мере дисциплинске и образовне природе које су биле усмерене ка сиромашнијим породицама.⁵¹⁰ Тако је у Енглеској током XIX века постојала снажна жеља да се спречи "морално пропадање" деце, која су се под плаштом "најбољег интереса детета" неретко уклањала из својих биолошких породица и о чијем старању су бригу преузимале одговарајуће социјалне институције.⁵¹¹ При томе, није се водило много рачуна о индивидуалности и појединачним карактеристикама детета. Ејкелар истиче како је то представљало мрачну страну заштите добробити детета у XIX веку.⁵¹² Са друге стране, може се приметити како је поље детињства постало гранична зона у којој се дотичу јавна и приватна сфера, често са жестоким сукобима.⁵¹³ Међутим, као што је речено у ранијем делу рада, начело "заштите посебног интереса деце", није исто што и принцип "најбољег интереса детета", што се у ери патернализма није увек могло јасно разграничити. Из тог разлога, кључни искорак за принцип "најбољег интереса детета" представљаће препознавање легитимних интереса мајке као родитеља. Са процесом еманципације жена, односно мајки, почиње и повратак "најбољег интереса детета" у своју природну средину, где се дете посматра у контексту родитељских односа, а не државних интереса. Уједно се ствара могућност да се "најбољи интерес детета" коначно разграничи од принципа

⁵⁰⁸ Тако, се у одлуци *R v Greenhill* (1836) 111 ER, 922, 927 из енглеске судске праксе, наглашава како само држава, поступајући ради добробити детета и због бојазни од "ужасних спорова", ограничава очинску власт, а не мајка. Детаљније вид. R. van Krieken, 28.

⁵⁰⁹ G. Douglas (2004), 79.

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ Вид. J. Eekelaar (2006), 12.

⁵¹² *Ibid.*, 13.

⁵¹³ М. Перо, 118.

"посебне заштите деце" и почне прилагођавати конкретној породичној ситуацији. Другим речима, увиђа се како је од суштинског значаја "најбољи интерес детета" тумачити одоздо, из породичне микро-средине, уместо одозго, са позиције оних који креирају државну политику.

Прекретницу за индивидуализацију принципа "најбољег интереса детета" представља правно укључивање мајки у процес родитељског старања. Узимање у обзир интереса мајке, значило је да ће суд више пажње посветити околностима конкретног случаја, односно могућност постојања више различитих исхода у споровима око вршења родитељског права. Наведени процес био је спор, мукотрпан и постепен јер су се ондашња друштва тешко мирила са неприкосновенешћу очинског ауторитета. Ситуацију добро илуструју речи француског историчара и државника Гизоа (*Guizot*), како "отац породице није њен произвољни кључ, већ израз вишег разума, подеснији од осталих да просуди шта је право, а шта није".⁵¹⁴ У Енглеској су многобројни противници изједначавања оца и мајке у вршењу родитељског права говорили на почетку XIX века како није могуће да мајка доноси одлуке о детету равноправно са оцем, јер би то створило "дуалитет контроле", што није у интересу детета", а деца не требају бити у дилеми где ауторитет почива.⁵¹⁵

Упркос снажном опирању патријархалног друштва за укључивање мајке у процес одлучивања о детету, од средине XIX века се, врло постепено, развија доктрина која ће мајку учинити моћнијом родитељском фигуром од оца у домену вршења родитељског права. Реч је о схватању да се због значаја мајчиног присуства и њене улоге у млађем добу детета, деца по разводу брака поверавају мајци. Пошто се радило о малој деци, најчешће испод узраста од седам година, наведено схватање је означено као доктрина "нежних година" ("*tender years doctrine*"). Примена и постепено јачање наведене доктрине, било је од одлучујућег значаја за завршетак фазе патернализма и постепен улазак принципа "најбољег интереса детета" у нову етапу, фазу феминизације. Наиме, установа очинске власти је жилаво опстајала у делу који се односио на вршење родитељског старања за време трајања брака.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Вид. М. Перо, 74.

⁵¹⁵ Детаније вид. S. Cretney, 569.

⁵¹⁶ На пример, према Српском грађанском законнику из 1844. године, премда су права и дужности према личности детета извршавала оба родитеља, одлучујућа је била реч оца. Такође, отац је једини имао право законског заступања и старања о имовини. Вид. Гордана Ковачек - Станић, "Родитељско право у Српском грађанском законнику, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844 - 1994)*, Правни факултет у Нишу, Ниш 1995, 125. Немачки грађански законик, донет пола века касније, односно 1896. године, није побољшао положај жене. Родитељску власт над

Мајка ће постати у том контексту равноправан родитељ тек након Другог светског рата.⁵¹⁷ Међутим, могућност развода брака била је кључна за почетак урушавања очинског ауторитета. Развод брака је наметао питање поверавања деце и управо у таквим околностима се родила доктрина "нежних година". У почетку крајње ограничено, а касније у све већој мери, деца су се почела поверавати мајци по разводу брака. Наведена одлука, правдала се управом "најбољим интересом детета". Због тога се у литератури истиче како је доктрина "нежних година" трасирала пут модерном схватању да се одлука о вршењу родитељског права мора заснивати на појединачној процени "најбољег интереса детета".⁵¹⁸

Рани трагови доктрине "нежних година" налазе се још у енглеском Закону од старању над децом (*The Custody of Children Act*) из 1839. године. Поменути Закон је дао овлашћење суду да дете повери мајци по разводу брака, под условом да мајка није крива за прељубу и да дете није навршило седам година.⁵¹⁹ Идеја "нежних година" присутна је и у Српском грађанском закоником из 1844. године, где се наводи како у случају изостанка договора родитеља по разводу брака "...мушка деца до навршене четврте, а женска до навршене седме године под материну храну и негу спадају, а остали под очину бригу долазе; ако не би особите околности среће ради дечије другу наредбу изискивале".⁵²⁰ Као што се може видети, решење српског законодавца оставља знатно више простора за индивидуализацију интереса детета у односу на енглеско право тога доба. Отприлике у слично време, средином XIX века, на тлу САД се развија судска пракса како се дете одговарајућег узраста може поверити мајци, независно од њене кривице за пропаст брачне заједнице.⁵²¹ Поменути одлукама у први план се стављају посебне потребе детета за присуством мајке у његовом животу, без обзира на то ко сноси кривицу за развод брака. Тако се преко доктрине "нежних година" индивидуализује интерес детета и раздваја од интереса родитеља.⁵²² Због тога, између осталог, поједини амерички правници

личношћу и имовином детета вршио је отац, који је такође имао одлучујућу реч у случају неслагања са мајком детета. Вид. М. Ann Glendon (1996), 98.

⁵¹⁷ У Енглеској, на пример, тек 1979. године. Вид. М. Ann Glendon (1996), 98 - 99.

⁵¹⁸ В.В. Woodhouse (1999), 818.

⁵¹⁹ Вид. S. Cretney, 566.

⁵²⁰ Пар. 118. Српског грађанског законика из 1844. године - СГЗ. Детаљније вид. Г. Ковачек - Станић (1995), 126.

⁵²¹ Детаљније вид. L. Marie Kohm, 361 - 362; В.В. Woodhouse (1999), 817.

⁵²² Вид. В.В. Woodhouse (1999), 817 - 818.

сматрају како су САД родно место концепта "најбољег интереса детета" као модерног, индивидуалистичког принципа.⁵²³

Следећи искорак било је давање "врхунског" значаја "најбољем интересу детета" у споровима око родитељског старања, што је учинио енглески Закон о старању над децом (*The Guardianship of Infants Act*) из 1925. године. Према наведеном Закону, "приликом доношења одлука о родитељском старању, суд је био дужан узети у обзир добробит детета као први и врхунски критеријум, и "није требао узимати у обзир да ли је са било које тачке гледишта захтев оца супериорнији од мајчиног, односно захтев мајке од очевог."⁵²⁴ Међутим, и даље се мајци није признавало право на родитељско старање за време трајања брака.⁵²⁵

Као што се може видети, признавање родитељског права мајци текло је најпре у ситуацијама везаним за развод брака, односно приликом одлука о поверавању детета. Мајка ће у поменутом домену остварити доминацију у годинама након Другог светског рата. Тако су у послератном периоду обављена бројна психолошка истраживања о утицају односа између родитеља на дете. Посебно се издвојила теорија психолога Џона Баулбија (*John Bowlby*) према којој дете се емотивно везује за лице које се првенствено стара о њему, те сваки раскид везе са наведеним лицем узрокује патњу и емотивни губитак за дете.⁵²⁶ Према Баулбију, улога првенственог старатеља припадала је, по правилу, мајци детета.⁵²⁷ Поменуто схватање имало је значајан одјек на пољу права тако што се успоставља правна претпоставка како се деца, превасходно испод седам година, требају поверити мајци по разводу брака. Поред тога, претпоставка "нежних година" се чак и проширила изван свог првобитног контекста, тако што су се и старија деца поверавала мајци у ситуацијама када се процени да оба родитеља једнако могу задовољавати потребе детета по разводу брака.⁵²⁸ На тај начин је феминизација "најбољег интереса детета"

⁵²³ Вид. L. Marie Kohm, 376.

⁵²⁴ Вид. S. Cretney, 571.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ Баулби је до основних поставки своје теорије дошао користећи студије о понашању животиња, али и истражујући психолошке ефекте на деци која су остављена сама у болници, без посете својих родитеља. Према Баулбију, дете се може везати за више фигура, али је веза са примарним старатељем, обично мајком, најзначајнија. Сва људска бића имају потребу за емотивним везивањем за одговарајућа друга лица током читавог животног циклуса. Поменути аутор је сматрао како дете прву емотивну везу успоставља током друге половине прве године живота. Вид. Quentin Spender and Alexandra John, " Psychological and Psychiatric Perspectives", *Legal Concepts of Childhood* (ed. J. Fionda), Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001, 59 - 61.

⁵²⁷ Вид. G. Douglas (2004), 161.

⁵²⁸ Вид. Lynn Wardle, Laurence Iolan, *Fundamental Principles of Family Law*, William S. Hein Publishing, 2002, Buffalo, 858.

достигла свој зенит и мајка је, од обесправљеног родитеља, постала фактички господар у домену односа вршења родитељског права по разводу брака.

Ипак, исказивањем "најбољег интереса детета" кроз претпоставку "нежних година", нису били задовољни ни феминистички правни писци, ни покрети за права очева, те су својим критикама прилично допринели формалноправном напуштању претпоставке "нежних година". Феминистички аутори су сматрали како се наведеном претпоставком ствара "илузија" или "замка" једнакости, с обзиром да се мајкама намеће већа родитељска одговорност него очевима, чиме се њихов положај предодређује.⁵²⁹ На родну равноправност позивали су и покрети очева, који су од седамдесетих година прошлог века били све гласнији у захтевима за укидањем поменуте претпоставке.⁵³⁰ Непосредан одговор на претпоставку "нежних година" било је учење како се вршење родитељског права не треба везивати за судбину брака. На тај начин, изградила се установа, а понегде чак и претпоставка заједничког вршења родитељског права по разводу брака, о чему ће бити више речи касније.⁵³¹

Из претходно наведеног, може се приметити како се принцип "најбољег интереса детета" у значајној мери обликовао као последица борбе за родитељским старањем након развода брака. Интереси детета су се углавном тумачили у корист једног или другог родитеља, што је одговарало традиционалној слици нуклеарне породице и релативно монолитном пејзажу породичноправних односа. У том смислу, дете се посматрало више као објекат односа у породици, без изворних интереса, својствених само њему. "Најбољи интерес детета" је остваривао превасходно заштитну функцију, засновану на слици детета као немоћног и рањивог бића. Из тог разлога, трећа, и за сада последња етапа развоја поменутог принципа отпочиње са признавањем детету својства легитимног учесника, односно субјекта породичноправних односа. Поменута фаза дошла је као последица преношења идеје о људским правима на терен односа у породицу. Посебно је значајно било доношење КПД 1989. године, којом се детету као титулару признао читав низ права, скројених по његовој мери. Дете је тако прешло пут од практично невидљивога до централног субјекта породичноправних односа. Принцип "најбољег интереса детета", настао из другачијег корена, окружења и побуда, обрео се у свету права деце и био принуђен да им се почне прилагођавати. Ејкелар утицај људских права на материју

⁵²⁹ Детаљније вид. J. Carbone, 183 - 184

⁵³⁰ Вид. Martha Fineman, "Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decision Making", *Harvard Law Review* 4/1988 739.

⁵³¹ Вид. *Ibid.*, 732 - 733.

породичног права означава као конституционализацију породичноправних односа, те ће се истоветни термин употребити и у контексту "најбољег интереса детета".⁵³²

Први кораци на путу конституционализације "најбољег интереса детета" били су посредни и тешко су могли указати на размере до којих ће се касније развити појам права деце. Наведени концепт плод је широке активности на међународном плану која сеже још у време између два светска рата. Тако је за време Лиге Народа учињен први покушај да се у глобалним размерама укаже на потребу заштите деце. У том смислу, 1924. године у Женеви је усвојена Декларација о правима детета која је садржавала пет принципа.⁵³³ Поменута Декларација доследно изражава став о детету као пасивном, незаштићеном и рањивом бићу, у потпуности зависном од одраслих, односно о детету као објекту, а не активном учеснику друштвених и правних односа.⁵³⁴ Такође, поменути међународни документ не индивидуализује дете, већ се односи на децу као друштвену групу, чиме се заправо исказује принцип "посебне заштите деце", а не "најбољег интереса детета".⁵³⁵ Писана у стилу моралних препорука и сугестија необавезујућег карактера, Декларација није могла остварити жељени учинак у свету који је убрзо увучен у пламен Другог светског рата.

Идеја о правима детета враћа се на међународноправну сцену у годинама након Другог светског рата и то најпре посредно, преко универзалне вредности људских права, под чијим се плаштом нашло и дете. Међутим, наведени процес није био брз, те се идеја како се и деца требају обухватити људским правима учврстила тек седамдесетих година прошлог века.⁵³⁶ Темељи новог међународноправног поретка постављени су 1948. године када је под окриљем Уједињених Нација усвојена Декларација о људским правима, која, међутим, није изричито помињала

⁵³² Вид. J. Eekelaar (2002), 237.

⁵³³ Нацрт Декларације осмислила је Иглантин Џеб (*Eglantyne Jebb*), британска хуманитарка и оснивач фонда "Спасимо децу" (*Save the Children Fund*), који је имао задатак олакшати патње деце након Првог светског рата. Детаљније вид. Dominique Marshall, "The construction of children as an object of international relations: The Declaration of Children's Rights and the Child Welfare Committee of League of Nations, 1900 - 1924", *The International Journal of Children's Rights* 2/1999, 128.

⁵³⁴ Типичан пример је принцип II у коме се наводи како се "дете које је гладно мора нахранити; дете које је болесно неговати; заостало дете помоћи; дете делинквент преваспитати; а сироче и нахоче удомити и обезбедити. Вид. *Ibid.*, 129.

⁵³⁵ Декларација користи термин "дете", а не "деца". Упркос томе, фокус је на колективистичком приступу деци, односно жељи да се деца као засебна категорија лица заштите. На пример, "дете се мора васпитавати са свешћу како се његови таленти морају ставити у службу човечанства". (принцип V). Вид. *Ibid.*

⁵³⁶ Детаљније вид. E. Verhellen, 358.

старосно доба као критеријум за забрану дискриминације.⁵³⁷ Са друге стране, принцип "најбољег интереса детета" се 1959. године по први пут нашао у једном међународном документу. Била је то Декларација УН о правима детета, којом се сугерисало како се: "Детету има омогућити посебна заштита и законом, или на други начин, пружити прилике и могућности да се развија физички, психички, морално, духовно и социјално на здрав и нормалан начин и у условима слободе и достојанства. У ту сврху приликом доношења закона, "најбољи интерес детета" биће од врхунског значаја".⁵³⁸ Може се приметити како је општа формулација "најбољег интереса детета" из ДПД чак снажнија у односу ону коју ће дати КПД тридесет година касније. Ипак, поменути међународни документ је имао два основна недостатка. Најпре, ДПД није направила корак ка удаљавању од посматрања детета као објекта.⁵³⁹ Друго, наведени међународни документ по својој природи није могао бити обавезујући, што је значајно умањило његову моћ.

Фаза конституционализације "најбољег интереса детета", као за сада последња и недовршена етапа у развоју наведеног принципа, почиње онога момента када се дете почело доживљавати као субјект у праву, односно као равноправни ималац људских права заједно са одраслим појединцима. Као што је речено, до наведеног заокрета долази седамдесетих година прошлог века. Значајну улогу у индивидуализацији детета као посебног субјекта правних односа играо је либерационистички покрет, познат по својим радикалним идејама. Либерационисти, од којих су најпознатији амерички писци Фарсон (Farson) и Холт (Holt), направили су екстреман скок од детета као објекта и пасивног учесника правних односа, до детета као појединца у потпуности равноправног пунолетним лицима.⁵⁴⁰ Оваква схватања била су значајна због тога што су отворила врата признавању детета као равноправног правног субјекта и титулара људских права, али су имала своју мрачну страну у негирању посебних карактеристика детињства као фазе људског развоја, и у

⁵³⁷ Вид. чл. 2. Универзалне Декларације УН о људским правима, која је усвојена Резолуцијом бр. 217 А (III) од стране Генералне Скупштине УН 10. децембра 1948. Вид. Е, Verhellen, 358.

⁵³⁸ Принцип 2. Декларације УН о правима детета - ДПД, која је усвојена од стране Генералне Скупштине УН Резолуцијом бр. 1386 (XIV) 20. новембра 1959. године.

⁵³⁹ Ово се јасно види из формулација принципа поменуте Декларације где се наводи како се "детету има омогућити....", уместо да "дете има право". Вид. Е, Verhellen, 358.

⁵⁴⁰ Према либерационистима кључно је деци омогућити право сопственог избора, због чега је од суштинског значаја детету признати право гласа, право на рад, стицање имовине, избора лица које ће се о њему старати, као и право на сексуални избор. Укратко, деца требају имати сва права која и одрасли поседују. Вид. D. Archard (2004), 72.

крајњем случају нераздевању родитељске улоге.⁵⁴¹ Либерационисти су видели нуклеарну породицу као место угњетавања детета, притом заборављајући како односи између родитеља и деце у великој већини случајева почивају првенствено на дубокој емотивној основи.⁵⁴²

Наведена схватања су утирала пут "најбољем интересу детета" као строго индивидуалистичком принципу врхунског значаја, чији је суштински чинилац партиципација детета. Ускоро "најбољи интерес детета" постаје принцип утврђен међународним уговорима. Први такав уговор била је Конвенција УН за елиминисање свих облика дискриминације жена из 1979. године, у коме се "најбољи интерес детета" формулисао чак као принцип "врхунског значаја" ("*paramount consideration*"), премда у контексту родне равноправности између родитеља.⁵⁴³ Међутим, судбина "најбољег интереса детета" није се могла раздвојити од идеје деце као ималаца људских права. У том смислу, кључни корак представља усвајање КПД 1989. године, којом се поменути принцип сместио у контекст посебних права деце. Комитет за права детета је након доношења КПД изградио став како из Конвенције произилазе четири принципа којима треба посебно поклонити пажњу: право детета на живот, забрана дискриминације, право детета на мишљење и поштовање "најбољег интереса детета".⁵⁴⁴ Прва два принципа су нераскидиво уткана у "најбољи интерес детета", те остваривање права детета на живот и начело забране дискриминације нису могли уздрмати концепцију "најбољег интереса детета" као принципа чија је превасходна функција била заштитна. Међутим, то није био случај са правом детета на мишљење које је захтевало другачији приступ "најбољем интересу детета", заснован на партиципацији и активном учешћу детета у процесу одлучивања. Због тога је однос између "најбољег интереса детета" и права детета на мишљења од суштинског значаја за разумевање правца у коме ће се поменути принцип кретати у будућности. Истовремено, наведени однос представља срж и основни покретач процеса означеног као конституционализација "најбољег интереса детета".

⁵⁴¹ Холт и Фарсон су сматрали како рањивост детета није његова природна карактеристика, већ идеолошка конструкција која има за циљ ускраћивање права деци. *Ibid.*, 74.

⁵⁴² Вид. *Ibid.*, 71.

⁵⁴³ Вид. чл. 16. ст. 1. тач. f. Конвенције за елиминисање свих облика дискриминације жена. Конвенција је усвојена Резолуцијом Генералне Скупштине УН бр. 34/180 од 18. децембра 1979. године. Наша држава је поменути Конвенцију ратификовала 1981. године, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 11/1981.

⁵⁴⁴ Вид. Report of the Committee on the Rights of the Child to the UN General Assembly (2000) A/55/41, para. 77.

У правној теорији, али и судској пракси држава-уговорница КПД, дуго је присутан став како се мишљење детета мора прилагодити концепту "најбољег интереса детета", те се поменуто право може и ограничити ако би се проценило како не одговара садржини наведеног принципа у конкретном случају.⁵⁴⁵ Међутим, последњих година, однос снага се почео мењати у корист права детета на мишљење, у чему је одлучујућу улогу имао Комитет за права детета.

Поменути међународни орган је процес конституционализације "најбољег интереса детета" подстакао на два основна начина. Најпре, наглашава се како између права детета на мишљење и принципа "најбољег интереса детета" не постоји никаква хијерархија, већ дуалитет и потреба за узајамним допуњавањем.⁵⁴⁶ При томе, мишљење детета представља заправо савезника принципу "најбољег интереса детета", јер наведени принцип чини идеал, а право детета на мишљење метод који помаже да се поменути идеал оствари.⁵⁴⁷ Друго, "најбољи интерес детета" се почиње исказивати као посебно право детета. На тај начин, објекат заштите престаје бити дете, већ то постају права детета.⁵⁴⁸ Другим речима, заштита деце се трансформише у заштиту права деце.⁵⁴⁹ У таквим околностима право детета на мишљење постаје сликовито речено владар из сенке, јер партиципација детета постаје кључ за одређивање садржине новог концепта "најбољег интереса детета". Тако, заодевање "најбољег интереса детета" у рухо посебног права детета, отвара простор за крајње индивидуализацију наведеног принципа, која може значити додатно урушавање концепта родитељског права. Формулисати "најбољи интерес детета" као право значи значајно умањити могућност да се воља титулара права ограничи. Речником историографије, право детета на мишљење престаје бити вазал принципу "најбољег интереса детета". Уочене тенденције могу имати за последицу постепено истискивање принципа "најбољег интереса детета" из домена правних односа који се тичу старије деце, способне да формирају своје мишљење. Такође, као што је раније речено, могла би се увећати ионако крупна и значајна улога судских вештака

⁵⁴⁵ Вид. J. Fortin (2009), 40. Праксу да се мишљење детета може ограничити применом принципа "најбољег интереса детета" следе и наши судови. Вид. Пресуду Петог општинског суда у Београду П. 104/08 од 13. марта 2008. године, пресуда Окружног суда у Београду Гж. 8729/08 од 25. јула 2008. године и пресуда Врховног суда Србије Рев. 3258/08 од 10. децембра 2008. године, Билтен Окружног суда у Београду 79/2009, 137 - 138.

⁵⁴⁶ Вид. para 71. CRC/C/GC/12. У том смислу вид. J. Zermatten, 496.

⁵⁴⁷ *Ibid.*

⁵⁴⁸ E. Verhellen, 365.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, 365 - 366.

различитих профила који требају одредити вредност и аутентичност мишљења детета.

На тај начин процес конституционализације "најбољег интереса детета" у извесном смислу изолира дете од породице и породичног окружења. Због тога је неопходно у одређеној мери критички приступити наведеном процесу. У "најбољем интересу детета", поред индивидуалистичких, постоје и снажно уткане колективне вредности једне породице и друштва. Из тог разлога у правној науци постоје струје које се опирају даљој конституционализацији "најбољег интереса" детета. Херинг истиче како би "најбољем интересу детета" више одговарао приступ заснован на узајамним односима детета и њему блиских лица ("*relationship-based approach*") од приступа заснованог на људским правима ("*right-based approach*").⁵⁵⁰ Херингово схватање блиско је еколошком приступу породичноправним односима, који се противи процесу неконтролисане конституционализације "најбољег интереса детета". Израз "еколошки" позајмљен је из екологије, где сваки чинилац стоји у блиској вези са другим и што утиче на један, утиче и на други елемент екосистема у већој или мањој мери.⁵⁵¹ На пример, већи значај партиципације детета значи слабљење родитељског права. У том смислу, заговорници еколошког приступа, породицу посматрају као својеврстан екосистем, при чему је сам систем значајнији од збира својих делова.⁵⁵² Заговорници наведеног приступа посебно указују на потребу уважавања вредности заједнице, односно интегритета породице, што је од великог значаја за формирање идентитета детета⁵⁵³.

Конституционализација породичноправних односа подразумева управо супротно полазиште јер се чланови породице посматрају превасходно као грађани, чији се индивидуални интереси, а нарочито "најбољи интерес детета", исказују преко концепта људских права. У таквим околностима за "најбољи интерес детета" није од

⁵⁵⁰ Вид. J. Herring (2005), 166. Херинг истиче како је део одрастања детета да научи подносити и одређене жртве, једнако као и да тражи корист. Постоји један ограничен обим човекољубља који се од детета мора тражити, а то је да не захтева од родитеља претерана одрицања у замену за мале користи. Према Херингу, дете има обавезу и према родитељима и друштву, а не искључиво према себи. J. Herring (1999), 233.

⁵⁵¹ Giselle Câmara Groeninga, "The Family: A Kaleidoscope of Relationships", *The International Survey of Family Law* (ed. A. Bainham), 2004, 93.

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ Вид. М. Јањић-Комар (2001), 530. Наглашавајући вредност заједнице и удруживања, Токвил (*Tocqueville*) пише још средином XIX века како је индивидуализација демократски назив за себичност. Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (tr. H. Reeve), Cambridge: Sever and Francis, 1863, 120. Токвил прориче како ће индивидуалистички приступ породичним односима учинити да се преци забораве, а потомци изгубе из вида. Вид. *Ibid.*, 121.

превасходног значаја да ли се остварује у оквирима нуклеарне или вишегенерацијске, примарне или секундарне, потпуне или непотпуне, биолошке или социолошке породице. Кључно је сагледати збир свих индивидуалних права чланова породице и других одговарајућих лица и донети одлуку којом ће се у највећем могућем степену уважити права детета, а пре свих његово право на мишљење.

Конституционализација породичноправних односа, а самим тим и "најбољег интереса детета" данас делује као незаустављив процес. Поменути процес је, без сумње, одиграо одлучујућу улогу у промени правне представе о детету, односно у напуштању концепта према којем се дете третирао као објекат, односно пасивни учесник породичних и друштвених односа. Данас се у међународном праву више не доводи у питање како су и деца, једнако као одрасли, имаоци људских права.⁵⁵⁴ Због тога се тежиште проблема преноси на механизме којима ће се деци омогућити да наведена права врше.⁵⁵⁵ Са друге стране, "најбољи интерес детета" се данас налази у вртлогу противуречности и супротстављених тенденција којима обилује породично право. Наведене тенденције су уочљиве и унутар самог процеса конституционализације. На пример, док право на породични живот из ЕКЉП у извесној мери одржава кохезију породичних односа, право детета на мишљење се све више тумачи у правцу апсолутног подређивања родитељске улоге новом, аутономном концепту "најбољег интереса детета". Такође, противуречности постоје и унутар саме КПД, која са једне стране потврђује родитељима право да усмеравају своју децу, док се са друге стране деци признаје право на мишљење, односно самоодређење.⁵⁵⁶ Због тога је тешко предвидети судбину принципа који служи тако узвишеном циљу као што је добробит детета. Чувена америчка правница Мери Ен Глендон је писала како није проблем у људским правима, већ у различитим интересним групама које их злоупотребљавају.⁵⁵⁷ Ако нас нешто искуство учи, то је да се "најбољи интерес детета" од свог настанка везује за политичке силе које обликују друштвени поредак. Поменуте силе се данас исказују и делују у највећој мери преко система међународног права. Конституционализација "најбољег интереса детета" није изузетак. Због тога поменути процес представља уједно

⁵⁵⁴ Вид. E. Verhellen, 361.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Упор. чл. 5. и чл. 12. КПД. Вид. J. Fortin (2009), 43.

⁵⁵⁷ Вид. Marry Ann Glendon, "Foundations of Human Rights: The Unfinished Business", *The American Journal of Jurisprudence* 1/1999, 3.

притисак да се унутар различитих друштава нађе место за нови концепт "најбољег интереса детета".

Рођен у сенци очинске власти, клесан у ватри борбе за родну равноправност, принцип "најбољег интереса детета" се данас, макар формално, настоји ставити у службу детета и његових права. Очигледна је жеља да се преко идеје људских права, односно права деце, постигне извесни степен хармонизације у примени концепта "најбољег интереса детета". Крајњи циљ јесте сузбијање дискреције приликом одлучивања о "најбољем интересу детета" и прелазак на модел заснован на правним правилима.⁵⁵⁸ При томе, наведени покушаји хармонизације нису спонтани, већ централистички, у смислу активности одговарајућих међународних органа, попут Комитета за права детета или Европског суда за људска права.⁵⁵⁹ С обзиром да основни подстицај за обликовање садржине "најбољег интереса детета" данас долази споља, у раду ће се наведени принцип најпре размотрити у светлу међународноправног стандарда. Тек након тога, приступиће се детаљнијој анализи "најбољег интереса детета" изнутра, односно са аспекта породичне микро-средине.

⁵⁵⁸ Вид. John Dewar, "Reducing Discretion in Family Law", *The Changing Family: Family Forms & Family Law* (eds. J. Eekelaar, T. Nhlapo), Hart Publishing, Oxford 1998, 243.

⁵⁵⁹ О врстама и методама хармонизације породичног права детаљније вид. Masha Antokolskaia, "Harmonisation of substantive family law in Europe: myths and reality", *Child and Family Law Quarterly* 4/2010, 400.

ГЛАВА ТРЕЋА

"НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА" КАО МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СТАНДАРД

1. КОНВЕНЦИЈА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА О ПРАВИМА ДЕТЕТА

1.1. Увод у доношење Конвенције

КПД представља круну вишедеценијских међународних напора да се дефинишу и препознају потребе и тежње деце као засебних правних субјеката.⁵⁶⁰ Развој концепта права деце у тесној је и узајамној вези са трансформацијом принципа "најбољег интереса детета" у начело свеобухватног и глобалног значаја кроз које се данас исказује индивидуалистички интерес сваког појединачног детета. Ипак, пут до признавања права деце у једном међународном уговору био је више него мукотрпан.

Већ у првим годинама по окончању Другог светског рата, постојала је идеја да се оживи Декларација Лиге Народа о правима детета из 1924. године, тако што би се поново усвојила под окриљем Уједињених Нација, као новоформираног међународног тела.⁵⁶¹ Ипак, поменути покушај је пропао из два основна разлога. Најпре, међународна активност се више фокусира на концепт општих људских

⁵⁶⁰ Вид. J. Fortin (2009), 33.

⁵⁶¹ Вид. Eugeen Verhellen, *Convention on the Rights of the Child: Background, motivation, strategies, main themes*, Garant, Antwerpen - Oxford 2000, 65.

права, при чему права деце као засебне друштвене групе нису била у првом плану. Друго, преовладало је схватање се како се од тог времена представа о деци изменила, те да је пожељније донети нову Декларацију.⁵⁶² Задатак да изради нацрт будуће Декларације припао је Економском и Социјалном Савету УН који је 1950. године поднео одговарајући текст Комисији УН за људска права како би дала свој коментар и учинила евентуалне измене.⁵⁶³ Ипак, због заузетости Комисије, која се бавила општим људским правима, разматрању Нацрта Декларације се приступило тек 1957. године.⁵⁶⁴ Коначно, 20. новембра 1959. године, усвојен је, уз одговарајуће измене Комисије за људска права, коначан текст ДПД. Доношење Декларације уследило је након апсолутне подршке свих 78 чланица УН, што је био догађај без преседана.⁵⁶⁵ Једногласност приликом прихватања нацрта ДПД дала је извесну моралну снагу и неопходан узлет концепцији права деце. Због тога се у литератури ДПД означава као концептуални родитељ КПД, као међународног уговора о правима деце, на који ће се чекати 30 година.⁵⁶⁶

ДПД је први међународни документ који изричито говори и употребљава термин "право детета".⁵⁶⁷ Такође, наведена Декларација је, како се истиче у литератури, имала хоризонтално дејство, што је од великог значаја.⁵⁶⁸ Наиме, ДПД у својој преамбули није позивала само државе да поштују права деце, него и појединце, попут родитеља детета и других лица.⁵⁶⁹ Из наведеног става творца ДПД, произилази како би држава требала имати и позитивну обавезу да обезбеди вршење и заштиту права деце. Ипак, ДПД није правно обавезивала државе - чланице, што је значајно умањивало њену моћ. Поједине државе - чланице су биле свесне наведеног недостатка још током процеса израде нацрта ДПД. Тако је Пољска предлагала да се уместо Декларације усвоји одговарајућа Конвенција, која би имала правно обавезујући карактер.⁵⁷⁰ Мексико је сугерисао да се на крају текста Декларације унесе одређени додатак који би укључивао препоруке за остваривање

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ Вид. G. Van Bueren, 10.

⁵⁶⁵ Вид. E. Verhellen (2000), 65.

⁵⁶⁶ G. Van Bueren, 14.

⁵⁶⁷ Вид. Philip Alston and John Tobin, *Laying the Foundations for Children's Rights: An Independent Study of Some Key Legal and Institutional Aspects of the Impact of the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, Innocenti Research Centre, Florence, 2005, 5.

⁵⁶⁸ Вид. E. Verhellen (2000), 69 - 70.

⁵⁶⁹ Вид пасус 5. преамбуле ДПД.

⁵⁷⁰ G. Van Bueren, 11.

практичних циљева који би се тицали добробити деце.⁵⁷¹ Посебно вредна пажње била је идеја Међународне организације за избегла лица која је предлагала да се омогући подношење захтева међународном суду ако државе - чланице не би заштитиле права деце из ДПД.⁵⁷² Међутим, сви наведени покушаји су остали безуспешни, јер према проценама већине држава, нису биле сазреле прилике за доношење обавезујућег међународног правног акта који би се бавио искључиво правима деце.⁵⁷³

Ипак, упркос позивању на права деце, ДПД није учинила у довољној мери да се измени представа о деци. Нису се предвиђала аутономна права деце, односно права која би деца могла самостално вршити.⁵⁷⁴ Дете је још увек ближе објекту, него равноправном учеснику правних односа, јер су принципи из ДПД одавали слику о детету као рањивом и незаштићеном бићу коме су потребни заштита и усмеравање.⁵⁷⁵ У поменутој слици се верно уклопио и принцип "најбољег интереса детета", који се у домену вршења родитељског права везивао за потребу да се заштите интереси мајке детета. Тако се у ДПД наводи како се дете "нежних година" неће, осим у изузетним случајевима, раздвајати од своје мајке.⁵⁷⁶ Дакле, још увек се није изградио појам "најбољег интереса детета" који би се исказивао преко индивидуалних и засебних интереса самог детета. За тако нешто, било је неопходно признати права детету која би му омогућила да активно и непосредно утиче на процес одлучивања. Другим речима, било је потребно увести нову категорију права која ће детету пружити прилику да сâмо обликује садржину сопственог "најбољег интереса". После периода релативног затишја, наговештај новог приступа правима деце и принципу "најбољег интереса детета", појавиће се 1976. године када је Генерална Скупштина УН одлучила да 1979. годину прогласи Међународном годином детета.⁵⁷⁷ Поменута година није изабрана случајно и представљала је начин обележавања јубилеја две деценије од доношења ДПД. Тим поводом Генерална Скупштина УН је апеловала на државе - чланице да поменути јубилеј обележе тако

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ На пример, према ставу холандске делегације "велике економске, социјалне и културне разлике и умогоне различити погледи на морал и религију који преовлађују у различитим државама - чланицама узроковали би нерешиве проблеме". *Ibid.*, 12.

⁵⁷⁴ Фримен истиче како се мора поштовати аутономија детета да би се дете могло посматрало као личност и титулар права. Michael Freeman, "Taking children's rights more seriously", *Children, Rights and the Law* (eds. P. Alston, S. Parker, J. Seymour), Oxford University Press, Oxford - New York, 1992, 65.

⁵⁷⁵ Вид. P. Alston and J. Tobin, 5 - 6.

⁵⁷⁶ Вид. принцип 6. ДПД.

⁵⁷⁷ Детаљније вид. J. Fortin (2009), 39.

што ће дати одговарајуће доприносе на пољу побољшања добробити детета. Наведена одлука покренуће читав ланац законодавне активности којом ће се далеко превазићи првобитна намера Генералне Скупштине УН. Круну наведеног процеса представљаће доношење јединственог међународног уговора о правима деце, КПД.

1. 2. Усвајање Конвенције и њене последице

Први непосредни корак ка стварању међународног уговора о правима деце повлачи Пољска 1978. године.⁵⁷⁸ Поменута држава подноси нацрт Конвенције о правима детета који је био практично истоветан тексту ДПД, на тај начин обнављајући свој захтев од пре двадесет година да се текст Декларације заодене у форму међународног уговора.⁵⁷⁹ Међутим, пољски предлог је убрзо наишао на отпор одређених држава-чланица. Указало се како нацрт Пољске представља репродукцију ДПД, те не уважава друштвене, економске и културне промене које су се одиграле за последњих двадесет година.⁵⁸⁰ Такође, принципи из ДПД су према многима били исувише широки да би се могли успешно преточити у међународно обавезујући документ.⁵⁸¹ У том смислу, Данска делегација је истакла како циљ будуће Конвенције треба бити да се оснаже права деце широм света, те како "најбољи интерес детета" треба представљати индивидуалистички принцип врхунског значаја.⁵⁸² ДПД не може одговорити поменутом задатку јер је сачињена у облику прогласа, а не документа који би могао правно обавезивати.⁵⁸³

Због свих примедби, Комисија УН за људска права је 1979. године формирала посебну радну групу која је требала радити на нацрту Конвенције о правима детета.⁵⁸⁴ Поменута група је требала сачинити нацрт међународног уговора, имајући у виду све сугестије држава - чланица, одговарајућих међународних агенција,

⁵⁷⁸ G. Van Bueren, 14.

⁵⁷⁹ Вид. *Ibid.*

⁵⁸⁰ Наведено мишљење је у прилично оштром маниру исказала Холандија, која је пољски предлог назвала пуким покушајем копирања ДПД из 1959. године. Вид. S. Detrick, J. Doek, N, Cantwell, 47.

⁵⁸¹ S. Detrick, 16. Тако је, на пример, аустријска делегација истакла како текст будуће Конвенције мора бити конкретнији и одређенији у односу на Декларацију из 1959. године. Вид. S. Detrick, J. Doek, N, Cantwell, 41,

⁵⁸² *Ibid.*, 43.

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ Детаљније вид. S. Detrick, 16.

регионалних и невладиних организација.⁵⁸⁵ Иницијални пољски текст временом је претрпео бројне измене. Премда лишен креативности, пољски предлог је тако послужио као основ за развијање бујне и по темељности и свеобухватности, незабележене дискусије најразличитијих међународних и националних организација и чинилаца. Нарочито значајну улогу и утицај на текст нацрта КПД имале су невладине организације, што је представљало јединствен случај у дотадашњој пракси доношења међународних уговора.⁵⁸⁶

Ипак, требало је много упорности и стрпљења како би се завршио посао израде нацрта КПД. Дуготрајност наведеног процеса произилазила је из жеље да се, што је више могуће, усагласе најразличитији ставови и оствари компромис. Потврду поменутих тежњи пружа систем одлучивања у неформалној радној групи која је имала задатак сачинити текст будуће Конвенције. Наиме, наведена радна група никада није одлучивала прегласавањем, већ искључиво на основу сагласности, што је била последица жеље да што већи број држава ратификује КПД.⁵⁸⁷

Током десетогодишњег рада на Конвенцији, многи стари ставови су напуштени, уступајући место новом и свеобухватном концепту права деце и "најбољег интереса детета". Тако, финска делегација је још на почетку процеса израде нацрта КПД предложила напуштање доктрине "нежних година" и замену израза "мајка" и "отац" термином "родитељ".⁵⁸⁸ Начин рада на тексту Нацрта омогућавао је државама-чланицама да тенденције из сопствених законодавстава пренесу или покушају пренети у будући међународни уговор о правима детета. На пример, Шведска је посебно истицала потребу да се детету омогући контакт са оба родитеља, што је разумљиво ако се има у виду експанзија идеје о заједничком вршењу родитељског права у наведеној држави у том периоду.⁵⁸⁹ Ипак, од највећег значаја било је увођење права детета на мишљење као израза партиципације детета. Наведено право постаће мотор будуће Конвенције и основни покретач промена које ће довести до новог погледа на децу и принцип "најбољег интереса детета". Премда наведеног права није било у првобитном тексту Нацрта који је поднела Пољска, поменута држава је 1980. година приложила Комисији за људска права измењену

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ Вид. E. Verhellen (2000), 73.

⁵⁸⁷ Вид. S. Detrick, 17.

⁵⁸⁸ Поменута држава предлаже напуштање претпоставке "нежних година", те предлаже да се уместо прописивања како се дете само изузетно може одвојити од мајке, усвоји решење према коме се дете само изузетно може одвојити од родитеља. Вид. S. Detrick, J. Doek, N. Cantwell, 64.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, 65. О развоју идеје заједничког родитељског старања у Шведској вид. Г. Ковачек - Станић, *Упоредно породично право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 1995, 232 - 237.

верзију текста где се по први пут помиње право детета на мишљење.⁵⁹⁰ Пољска формулација права детета на мишљење је гласила: "Државе-уговорнице ове Конвенције имају омогућити детету способном за формирање мишљења право изражавања, посебно по питању брака, избора места становања, медицинског захвата, образовања и рекреације".⁵⁹¹ Пољски предлог је поново послужио као иницијална основа за признавање права детета које ће бити од револуционарног значаја за читав концепт права деце из КПД. У том смислу, значај наведеног предлога је велики, премда је пољска формулација права детета на мишљење била противуречна. Наиме, дете се и даље третирао као објекат, што се види из израза "државе-уговорнице детету имају омогућити..." Међутим, право детета на мишљење је подразумевало управо раскид са старим концепцијама и схватањима детета као пасивног и неравноправног учесника правних односа. Другим речима, право детета на мишљење није трпело некадашњи друштвени и правни контекст у коме су се посматрала деца, те ће се наслаге прошлих времена током рада на тексту КПД временом углавном отклонити и дете одредити као титулар права на сопствено мишљење. О току наведеног процеса биће више речи у делу рада који се бави односом између права детета на мишљење и принципа "најбољег интереса детета".

Поменути принцип је током израде Нацрта КПД постепено излазио из примарног оквира вршења родитељског права и постао начело које прати дете без обзира на природу правног односа који се тиче детета. Ипак, проширити, па чак и одржати концепт "најбољег интереса детета" унутар текста Нацрта није било лако. Поједине делегације указивале су на субјективност израза, велику слободу која се оставља одговарајућим лицима, установама или организацијама приликом тумачења "најбољег интереса детета",⁵⁹² као и на потребу да се поменути принцип примењује у складу са законима и праксом која је прихватљива за одређена друштва.⁵⁹³ Посебна питања око којих су се ломила копља била су какав домашај треба дати принципу "најбољег интереса детета" и који правни субјекти се требају обухватити поменутиим принципом, о чему је већ било речи у претходном делу рада. На крају је преовладало

⁵⁹⁰ Вид. S. Detrick, 214.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² Наведени став имала је, на пример, Венецуела. Вид E/CN.4/1989/48, para. 120. S. Detrick, J. Doek, N, Cantwell, 137.

⁵⁹³ На утицај културног релативизма приликом тумачења "најбољег интереса детета", указивао је Нови Зеланд. Вид. *Ibid.*, 83.

схватање како треба усвојити најсвеобухватнији могући концепт "најбољег интереса детета" коме се даје првенствени значај.⁵⁹⁴

Радна група је посао на изради Нацрта завршила у марту 1988. године, након чега је текст прослеђен Секретаријату УН ради евентуалних техничких корекција, у смислу усаглашавања терминологије са другим инструментима међународног права.⁵⁹⁵ Радна група је коначну верзију текста КПД усвојила у фебруару 1989. године, након чега је Нацрт преко Економског и Социјалног Савета упућен Генералној Скупштини УН на усвајање.⁵⁹⁶ Дана 20. новембра 1989. године, тачно тридесет година након доношења ДПД, Генерална Скупштина УН усвојила је предложени Нацрт КПД и први међународни уговор о правима деце почео је свој правни живот.⁵⁹⁷

КПД је временом остварила готово универзалан степен ратификације међу државама - чланицама УН, уз изузетак САД и Сомалије. САД, премда су играле значајну улогу у процесу доношења КПД, на крају нису ратификовале поменути међународни уговор. Америчка правница Барбара Бенет Вудхаус објашњава како главни правни проблем америчког опирања Конвенцији лежи у традиционално укорењеној представи коју о детету гаји правни поредак наведене државе. Американцима је тешко прихватити решење према којима је дете равноправан учесник породичноправних односа. Вудхаусова истиче како се покрет за права деце у САД фокусирао око идеје да се према деци поступа "правично", а не "једнако", уз уважавање разлика које постоје између деце и одраслих.⁵⁹⁸

Док су САД имале системску примедбу, која у суштини произилази из одбијања да се прихвати право детета на мишљење, значајан отпор у појединим круговима изазвало је уобличавање права детета на слободу вероисповести.⁵⁹⁹ Отпор је долазио како од представника Свете Столице, тако и од значајног броја исламских држава. Тако је посматрач кога је именовала Римокатоличка црква изјавио током израде Нацрта КПД како "право родитеља да пружи својој деци верско и морално образовање у складу са њиховим личним убеђењима чини део права на вероисповест, те да државе-чланице зато морају поштовати њихово право на верско

⁵⁹⁴ Детаљније вид. S. Detrick, J. Doek, N, Cantwell, 131 - 141.

⁵⁹⁵ Вид. S. Detrick, 18.

⁵⁹⁶ *Ibid*; Вид. E, Verhellen (2000), 76.

⁵⁹⁷ *Ibid*.

⁵⁹⁸ Barbara Bennett Woodhouse, "The Changing Status of the Child", *The United Nations Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Treaty Provisions and Implications of U.S. Ratification* (eds. J. Todres, M. Wojcik, C. Revaz), Transnational Publishers, Ardsley 2006, 52.

⁵⁹⁹ Вид. чл. 14. КПД.

и морално образовање".⁶⁰⁰ Упркос великом труду који је радна група уложила у формулисање права на слободу вероисповести детета како би било универзално прихватљиво, на крају се морало омогућити великом броју исламских држава да ставе резерву на поменути одредбу.⁶⁰¹ Тиме се учинио уступак како би се спречило да поменуте државе одбију ратификовати КПД.

Противуречне тежње и настојања да се оствари компромис присутни су и унутар текста КПД. Поменуте тензије видљиве су већ из преамбуле наведеног међународног уговора. Тако се, с једне стране, у преамбули прокламује како "...породица треба уживати посебну заштиту и помоћ да би као фундаментална друштвена група и природно окружење за одрастање и добробит својих чланова, а нарочито деце, могла у потпуности преузети одговорности унутар друштва."⁶⁰² Међутим, даље се наводи како се "...дете треба у потпуности припремити за индивидуалан живот у друштву и васпитавати у духу идеала прокламованих Повељом Уједињених Нација, а посебно у духу мира, достојанства, толеранције, слободе, једнакости и солидарности".⁶⁰³ Сукоб између индивидуалистичких вредности права деце и породице као институције приметан је и кроз правила КПД. На пример, поменутим међународним уговором се "државе-уговорнице обавезују поштовати одговорности, права и дужности родитеља, односно где је то случај, чланова шире породице или заједнице, сходно локалним обичајима, законских старатеља или других лица правно одговорних за дете, да на начин сагласан развојним способностима детета обезбеде одговарајуће усмеравање и саветовање детета приликом остваривања права признатих Конвенцијом".⁶⁰⁴ Поменуто правило одсликава остатке традиционалног приступа деци и може доћи у конфликт са идејом партиципације детета, оличеном у праву детета на мишљење и праву детета на слободу изражавања.⁶⁰⁵

Упркос свему, КПД представља текст који садржи детаљну и свеобухватну листу права детета. Поменути међународни уговор је на једном месту објединио политичка и грађанска, социјална и културна људска права чији је титулар дете. Другим речима, КПД садржи права како прве, тако и друге генерације људских

⁶⁰⁰ E/CN.4/1989/48, para 290. Вид. S. Detrick, J. Doek, N. Cantwell, 248.

⁶⁰¹ Вид. J. Fortin (2009), 45.

⁶⁰² Пасус 5. преамбуле КПД.

⁶⁰³ Пасус 7. преамбуле КПД.

⁶⁰⁴ Чл. 5. КПД.

⁶⁰⁵ Вид. чл. 12. и 13. КПД. О наведеној унутрашњој несагласности КПД детаљније вид. J. Fortin (2009), 43.

права.⁶⁰⁶ При томе, треба нагласити како наведени међународни документ није створио, али је систематизовао, уобличио и кодификовао права детета у јединствен каталог права.⁶⁰⁷ Под снажним утицајем КПД, многа национална законодавства, укључујући и наше, предвидела су низ права детета кроз посебне законе или законе којима се уређују породичноправни односи.⁶⁰⁸

КПД представља неспорну вредност и резултат дуготрајних напора за доношењем међународног документа који би на темељан и систематски начин уредио права деце. Међутим, основна слабост поменуте Конвенције не лежи унутар њених граница, већ на пољу практичне примене поменутог међународног уговора. Тачније, ефективни домашај КПД се ограничава слабошћу механизма који треба обезбедити примену Конвенције. Наведени задатак поверен је Комитету за права детета, као експертском телу вансудског карактера, чију улогу и утицај ваља посебно размотрити.

1. 3. Комитет за права детета

1.3.1. Појам, састав и карактер Комитета за права детета

Комитет за права детета представља мултидисциплинарни орган Уједињених Нација, заснован на међународном уговору, који има задатак пратити напредак који показују државе-уговорнице у остваривању обавеза преузетих Конвенцијом, као и усмеравати и пружати помоћ наведеним државама у примени одредби КПД унутар националних правних поредака.⁶⁰⁹ Из претходне дефиниције могу се уочити три основне карактеристике поменутог међународног органа. Најпре, реч је о вансудском органу у чији састав улазе стручњаци различитих профила.⁶¹⁰ Затим, реч

⁶⁰⁶ Вид. J. Murphy, 257.

⁶⁰⁷ Вид. М. Драшкић (2007), 258.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ Вид. чл. 43. ст. 1. КПД; Вид. Mieke Verheyde, Geert Goedertier, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child Article 43 - 45: The UN Committee on the Rights of The Child*, Martinus Nijhoff, Leiden 2006, 15.

⁶¹⁰ Од 18 чланова Комитета за права детета, тек половину чине правници. Међу осталим члановима налазе се психолози, антрополози, социолози, лекари, па чак и један каријерни дипломата са дипломом немачког језика и књижевности који представља Египат. Комитетом тренутно председава норвешка професорка међународног јавног права Кирстен Сандберг (*Kirsten Sandberg*), док је једини члан Комитета који се непосредно бави породичним правом професорка Олга Хазова (*Ольга Хазова*),

је о органу који се заснива на међународном уговору закљученом под окриљем УН. Коначно, улога Комитета за права детета је надзорно-саветодавна, чиме је поменуто међународно тело лишено могућности изрицања правних санкција за непоштовање одредби КПД. О надзорно-саветодавној улози Комитета посебно ће се говорити у наредном делу који се бави активностима наведеног међународног органа.

Комитет за права детета, са седиштем у Женеви, првобитно је чинило десет међународних експерата за област коју уређује КПД, али је због нараслог обима посла број чланова Комитета проширен на осамнаест.⁶¹¹ Чланови Комитета за права детета се бирају тајним гласањем са листе стручњака коју предлаже свака држава-уговорница на период од четири године, уз могућност поновног избора.⁶¹² Разнородна структура Комитета можда омогућава свеобухватнији приступ правима деце, али значајно умањује практични домаћај КПД, с обзиром да се ради о вансудском органу. Ипак, ступањем на снагу ОП бр. 3-КПД, сада постоји могућност подношења индивидуалних представки ради заштите права конкретног детета.⁶¹³ Самим тим, јавља се могућност да се КПД посматра као "живи инструмент", који се непрекидно развија и еволуира.⁶¹⁴ Постојање такве праксе би значајно олакшало процес хармонизације приликом примене права деце и принципа "најбољег интереса детета" међу различитим државама-уговорницама.⁶¹⁵ До сада, улога Комитета за права детета била је првенствено саветодавна, при чему наведени орган није имао испред себе конкретан спор, већ се више ослањао више на дипломатију, него на правну санкцију.⁶¹⁶

Упркос томе, вансудски карактер Комитета чини поменуто међународно тело рањивијим за упливе различитих интересних група и њихово тумачење права деце и принципа "најбољег интереса детета". Како би се последица одсуства судског ауторитета ублажила, члановима Комитета се налаже да поступају независно од

представница Руске Федерације. Вид. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/members.htm>, 12. 08. 2013.

⁶¹¹ Вид. чл. 43. ст. 2. КПД; J. Fortin (2009), 46 - 47. Амандман у смислу проширења броја чланова Комитета за права детета поднела је Костарика, а Генерална Скупштина УН је поменути предлог усвојила Резолуцијом бр. 155. од 21. децембра 1995. године. Вид. para. 4. CRC/SP/18/Rev. 1.

⁶¹² Вид. чл. 43. ст. 3 и 6. КПД.

⁶¹³ Вид. чл. 5. ст. 1. ОП бр. 3-КПД. Детаљније вид. Gauthier de Veco, "The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: Good News?", *Human Rights Law Review* 2/2013, 381.

⁶¹⁴ Вид. U. Kil Kelly, 309.

⁶¹⁵ Наведена хармонизација представљала би спонтани облик тзв. "хармонизације одозго" или централистичке хармонизације. Вид. M. Antokolskaia, "Harmonisation of substantive family law in Europe: myths and reality", *Child and Family Law Quarterly* 4/2010, 400, 409.

⁶¹⁶ U. Kil Kelly, 309.

утицаја државе која их је предложила, у складу са "личним способностима".⁶¹⁷ Сходно томе, члан Комитета не може учествовати у раду уколико је предмет разматрања извештај државе-уговорнице која га је предложила за члана наведеног међународног органа.⁶¹⁸

Вансудски карактер Комитета за права детета последица је како жеље да што већи број држава ратификује КПД, тако и правног положаја Комитета као органа УН заснованог на међународном уговору. Наиме, током израде Нацрта Конвенције, поједине државе су показивале отпор према увођењу посебног органа који би надзирао примену КПД.⁶¹⁹ Можда се мотив за отпор најбоље одсликава у компромисном ставу француске делегације која се залагала за увођење надзорног механизма КПД, који не треба бити "оптерећујући".⁶²⁰ Државе често одбијају ратификовати одређени међународни уговор због страха од санкције ако не успеју применити све одредбе уговора.⁶²¹ Због тога се може закључити како је вансудски карактер Комитета за права детета цена која се морала платити ради готово универзалне ратификације КПД. Са друге стране, структура Комитета као експертског тела представља типичан пример органа УН који се заснива на посебном међународном уговору. Наиме, постоје две врсте органа УН, од којих се једни заснивају на Повељи УН, а други на међународним уговорима.⁶²² Органи који се заснивају на Повељи, попут Међународног суда правде, имају значајно шира овлашћења и могу одлучивати у споровима између држава-чланица.⁶²³

Дакле, Комитет за права детета је замишљен као међународни орган који треба помагати и усмеравати државе-уговорнице у својим напорима за применом КПД. Упркос томе, наведени међународни орган врши све снажнији правно-политички притисак на државе-уговорнице како би обликовале своја национална законодавства у складу са сугестијама и упутствима које даје, који ће још више јачати ступањем на снагу ОП бр. 3. КПД. При томе, од посебног значаја су Општи

⁶¹⁷ Вид. чл. 43. ст. 2. КПД. У том циљу новоизабрани чланови Комитета пре ступања на дужност полажу заклетву која гласи: "Свечано изјављујем да ћу обављати своје дужности и вршити своја овлашћења као члан Комитета за права детета часно, верно, независно и савесно". Нав. Alfred Glenn Mower, *The Convention on the Rights of the Child: international law support for children*, Greenwood Press, Westport 1997, 64.

⁶¹⁸ M. Verheyde, G. Goedertier, 10.

⁶¹⁹ На пример, Белгија је сматрала како процес надзора треба поверити неком од већ постојећих органа УН, док је Пољска имала становиште како примену КПД треба надзирати Економски и Социјални Савет УН у сарадњи са групом "државних експерата". Вид. *Ibid.*, 7.

⁶²⁰ Вид. S. Detrick, J. Doek, N, Cantwell, 556 - 557.

⁶²¹ E. Verhellen (2000), 90.

⁶²² M. Verheyde, G. Goedertier, 3.

⁶²³ Вид. *Ibid.*, 3 - 4.

коментари Комитета за права детета где поменути орган даје сопствена тумачења појединих правила КПД. На тај начин, Комитет за права детета настоји остварити одређене дугорочне циљеве и постепено утицати на преобликовање одређених схватања и приступа правима деце и "најбољем интересу детета".⁶²⁴ У том смислу, улогу Комитета не треба потценити, с обзиром на велику моралну снагу КПД која проистиче из готово универзалне ратификације поменутог међународног уговора.⁶²⁵

1.3.2. Активности Комитета на пољу "најбољег интереса детета"

Као што је претходно речено, активности Комитета за права детета би се могле у општем смислу поделити на надзорне и саветодавне.⁶²⁶ Надзорна функција Комитета проистиче из обавеза држава-уговорница да кроз систем извештавања поменутом међународном органу омогуће увид у процес примене и остваривања КПД унутар одговарајућег националног правног и друштвеног поретка. Истовремено, механизам извештавања омогућава Комитету за права детета вршење саветодавне улоге јер открива могуће слабости у примени КПД конкретне државе-уговорнице. Ступањем на снагу ОП бр. 3-КПД априла 2014. године, надзорна функција Комитета проширена је и на индивидуално дете као титулара права. На тај начин је наведеном међународном органу омогућено да разматра индивидуалне представке поводом кршења права деце из КПД.⁶²⁷ Премда се у Протоколу детету изричито не признаје право да непосредно поднесе представку ради заштите својих права, ОП бр. 3- КПД тумачи се у смислу постојања наведеног процесног права детета.⁶²⁸ Ипак, проф. Зерматен, као једна од кључних фигура Комитета за права детета у време усвајања Протокола, са жаљењем констатује како ће обавеза подношења представке у писаној форми удаљити дете од могућности да се самостално обраћа Комитету.⁶²⁹ Тако ће у пракси највероватније у име детета

⁶²⁴ Вид. U. Kilkelly, 310.

⁶²⁵ *Ibid.*, 310.

⁶²⁶ Вид. M. Verheyde, G. Goedertier, 15.

⁶²⁷ Вид. чл. 5. ст. 1. ОП бр. 3-КПД.

⁶²⁸ У ОП бр. 3-КПД се за подносиоца представке користи термин "појединац". Вид. чл. 5. ст. 1. ОП бр. 3-КПД. Детаљније вид. G. de Weso, 375.

⁶²⁹ Зерматен сматра како подношење представки у писаној форми није најбоље решење за децу и да је требало предвидети и друге начине за подношење представки, попут видео или аудио снимака, укључујући и усмени захтев детета. Вид. A Communication Procedure on Children's Rights: A Protocol à la Carte: Mr. Jean Zermatten, Vice-Chairperson of the CRC, shares his thoughts on the Draft Optional

представку подносити родитељи и други законски заступници детета или колизијски старатељи у случају сукоба интереса између детета и лица која га законски заступају.⁶³⁰ Такође, ОП бр. 3-КПД не предвиђа могућност подношења колективних представки од стране невладиних организација или заштитника права грађана, у случају када се повреда права из КПД везује за више деце.⁶³¹ Уколико индивидуална представка испуњава услове да се узме у разматрање, Комитет за права детета одлучује о захтеву у форми мишљења, односно препоруке, а могуће је и поравнање странака када се поступак обуставља.⁶³² Комитет, пре коначног става, може захтевати да држава-уговорница донесе одговарајућу привремену меру уколико би се тако могла спречити непоправљива штета коју би подносилац представке могао претрпети због повреде својих права.⁶³³ Такође је значајно овлашћење Комитета да изврши истрагу, односно испита информације везане за систематско и озбиљно кршење права из КПД од стране одређене државе. Међутим, моћ Комитета за права детета у наведеном смислу значајно је ограничена, јер државе приликом приступања ОП бр. 3-КПД могу изјавити да не признају надлежност Комитета да врши поменути истрагу, односно испитује информације о наводном систематском кршењу права из КПД.⁶³⁴ Своје активности и запажања поводом примене ОП бр. 3-КПД Комитет је дужан унети у извештај који сваке две године подноси Генералној скупштини Уједињених Нација.⁶³⁵ Наша држава још увек није ратификовала наведени Протокол, што је услов да би Комитет могао узети у разматрање индивидуалне представке наших грађана поводом кршења права деце из КПД.⁶³⁶ Док заштита права индивидуалног детета пред Комитетом не отпочне свој живот у пракси, систем извештавања у смислу општег надзора над применом КПД, остаје кључни основ за контролу примене и остваривања права деце.

Тако, свака држава-уговорница је дужна подносити две врсте извештаја о примени КПД, иницијални и периодични. Иницијални извештај се подноси у року од две године након ступања на снагу КПД у одређеној држави, да би се потом

Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communication Procedure, *HRTD Newsletter* no. 11/January-February-March 2011, 3.

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ Вид. G. de Veco, 383.

⁶³² Вид. чл. 9. и 11. ОП бр. 3-КПД.

⁶³³ Вид. чл. 13. ОП бр. 3-КПД.

⁶³⁴ Вид. чл. 13. ст. 7. ОП бр. 3-КПД.

⁶³⁵ Вид. чл. 16. ОП бр. 3-КПД.

⁶³⁶ Вид. чл. 1. ст. 3. ОП бр. 3-КПД и с тим у вези вид.

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en, 20.06.2014.

периодично, на сваких пет година, подносили извештаји о напретку приликом остваривања права из Конвенције.⁶³⁷ Комитет за права детета настоји поменуте извештаје сагледати и размотрити како у правном, тако и у ширем друштвеном контексту, да би потом своје похвале, примедбе и сугестије исказао у облику "Закључних запажања" ("*Concluding Observations*").⁶³⁸ Извештаје о Закључним запажањима које упућује државама-уговорницама, Комитет на сваке две године подноси Генералној Скупштини УН.⁶³⁹

Закључна запажања Комитета обухватају пет целина: увод, позитивне аспекте, факторе и потешкоће у примени Конвенције, главне разлоге за забринутост и на крају, сугестије и препоруке.⁶⁴⁰ При томе, неизоставан део наведеног документа Комитета представља анализа примене четири основна принципа из КПД унутар правног и друштвеног поретка државе која је поднела извештај.⁶⁴¹ Међу наведеним принципима, посебно место припада "најбољем интересу детета", те Комитет за права детета у својим Закључним запажањима пружа своје виђење домашаја и остваривања поменутог принципа унутар правних и друштвених граница конкретне државе-уговорнице.

С обзиром да је "најбољи интерес детета" својеврстан идеал који се тешко може достићи, али и садржински одредити, Комитет, по правилу, има одговарајуће замерке на примену наведеног принципа од стране држава-уговорница. Имајући у виду број поднетих извештаја, као и различитост правног и друштвеног окружења у коме се "најбољи интерес детета" остварује, тешко је класификовати све примедбе које Комитет за права детета том приликом наводи. Ипак, више из теоријских разлога, замерке које Комитет у својим Закључним запажањима упућује државама-уговорницама поводом примене принципа "најбољег интереса детета" могу се означити као квантитативне или квалитативне, односно суштинске. Квантитативне примедбе су готово неизоставни део Закључних запажања Комитета и представљају израз потраге за "савршенством" наведеног међународног органа. Поменуте замерке се односе на недовољну интегрисаност принципа "најбољег интереса детета" унутар

⁶³⁷ Вид. чл. 44. ст. 1. тач. (а) и (б) КПД.

⁶³⁸ Детаљније вид. М. Verheyde, G. Goedertier, 29.

⁶³⁹ Вид. чл. 44. ст. 5. КПД.

⁶⁴⁰ Е. Verhellen (2000), 94.

⁶⁴¹ Реч је о принципу забране дискриминације (чл. 2. КПД), принципу "најбољег интереса детета" (чл. 3. КПД), праву детета на живот и развој (чл. 6. КПД) и поштовању мишљења детета (чл. 12. КПД). Вид. para. 12. CRC/GC/2003/5.

правног система,⁶⁴² неодговарајућу примену у пракси наведеног принципа⁶⁴³ или недовољну примену "најбољег интереса детета" од стране одређених органа или лица у националном правном поретку.⁶⁴⁴ Насупрот томе, суштинске или квалитативне примедбе Комитета односе се на ограничавање домаћаја принципа "најбољег интереса детета" супротно одредбама КПД. У том смислу, Комитет за права детета процењује како одговарајућа држава не даје у одређеним случајевима наведеном принципу "првенствени значај".⁶⁴⁵

Због распада Југославије и трагичног следа догађаја на овим просторима, Комитет за права детета је своја Закључна запажања поводом иницијалног извештаја Србије изнео тек 2008. године.⁶⁴⁶ У наведеном документу, Комитет за права детета исказује забринутост како се у Србији принцип "најбољег интереса детета" не примењује у довољној мери у пракси јер се недовољно разуме смисао наведеног начела.⁶⁴⁷ Због тога се препоручује да се принцип "најбољег интереса детета" интегрише у све законске одредбе, као и у судске и управне одлуке, те да се ради на подизању свести о потреби практичне примене поменутог принципа.⁶⁴⁸ У контексту претходне класификације замерки које Комитет упућује државама-уговорницама,

⁶⁴² Таква је, на пример, замерка коју Комитет за права детета упућује Холандији у својим Закључним запажањима на трећи периодични извештај наведене државе. Вид. para 28. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding Observations: The Netherlands - CRC/C/NLD/CO/3 2009. Сличну примедбу Комитет упућује и Норвешкој као одговор на четврти периодични извештај поменуте скандинавске државе, наводећи како се принцип "најбољег интереса детета" не примењује на све области које се тичу деце. Вид. para. 22. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding Observations: Norway - CRC/C/NOR/CO/4 2010.

⁶⁴³ Тако, на основу четвртог периодичног извештаја Шведске, Комитет за права детета сугерише како се у Шведској принцип "најбољег интереса детета" не примењује довољно у пракси, укључујући и административну сферу. Вид. para. 27. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding Observations: Sweden - CRC/C/SWE/CO/4 2009.

⁶⁴⁴ На пример, поводом четвртог периодичног извештаја који је поднела Француска, Комитет изражава забринутост што се у наведеној држави принцип "најбољег интереса детета" ретко обухвата активностима законодавних тела, али и регионалних, односно локалних институција. Вид. para. 35. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding Observations: France - CRC/C/FRA/CO/4 2009.

⁶⁴⁵ Овде се најчешће ради о појединим исламским државама, којима се приговара дискриминација деце по основу пола и узраста у смислу критеријума за одлучивање о вршењу родитељског права, што не може према схватању Комитета, представљати "најбољи интерес детета". Вид. para. 28. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding Observations: Morocco - CRC/C/15/Add.211; para. 25. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding Observations: Saudi Arabia - CRC/C/15/Add.148; para. 27. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding Observations: The Islamic Republic of Iran - CRC/C/15/Add.254.

⁶⁴⁶ Вид. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by states parties under article 44 of the Convention, Concluding Observations: Serbia - CRC/C/SRB/CO/1.

⁶⁴⁷ Вид. para. 27. CRC/C/SRB/CO/1.

⁶⁴⁸ Вид. para. 28. CRC/C/SRB/CO/1.

може се рећи како су примедбе на рачун примене принципа "најбољег интереса детета" унутар нашег правног поретка превасходно квантитативне природе. Комитет препоручује нашој држави и доношење посебног Закона о правима деце, о чему ће бити више речи у одговарајућем делу рада.⁶⁴⁹

Систем извештавања на којем почива надзорна улога Комитета за права детета предмет је критика у правној литератури. Тако, Верхелен наведени механизам сликовито назива "ахиловом петом" КПД.⁶⁵⁰ Основни проблеми у остваривању надзорне функције Комитета виде се у немогућности да се отклоне противуречности унутар друштва у којем се КПД примењује, као и у недовољном утицају детета на процес надзора над применом Конвенције.⁶⁵¹ Приликом уређивања механизма извештавања, КПД избегава употребити термин "надзор" и користи различите еуфемистичке изразе којима се настоји ублажити строгост према обавезама држава-уговорница.⁶⁵² У таквим околностима, суштински надзор над остваривањем права из КПД почива на националним властима и органима. У том смислу, Верхелен истиче како се држава не може посматрати као "непристрасни заступник" интереса деце, јер мора узимати у обзир читав сплет различитих интереса који се не подударају увек са интересом детета.⁶⁵³ Према наведеном аутору потребно је омогућити да се чује глас детета у процесу надзора над остваривањем права из КПД, што би се могло учинити оснивањем мултидисциплинарних тела по моделу Комитета за права детета на националним нивоима.⁶⁵⁴ Као једно од препознатљивих решења за проблем заступања права и интереса деце јесте предвиђање установе заштитника права детета, која је по први пут уведена у Норвешкој 1981. године.⁶⁵⁵ Ипак, проблем непосредног остваривања права деце из КПД, као и самоодређења детета приликом одређивања садржине његовог "најбољег интереса" остају основни камен спотицања приликом примене Конвенције.

⁶⁴⁹ Вид. para. 8. CRC/C/SRB/CO/1.

⁶⁵⁰ E. Verhellen (2000), 96.

⁶⁵¹ Детаљније вид. *Ibid.*, 96 - 98.

⁶⁵² Тако се у КПД, између осталог, наводи како Комитет за права детета "доприноси истинској примени Конвенције" ("*foster the effective implementation*"), односно утврђује "факторе и потешкоће" везане за примену КПД. Вид. чл. 45. ст. 1. и чл. 44. ст. 2. КПД. О политичким разлозима употребе наведених формулација вид. Philip Alston, "Establishing Accountability: Some Current Challenges in Relation to Human Rights Monitoring", *Monitoring Children's Rights* (ed. E. Verhellen), Martinus Nijhoff Publishers- Kluwer Law International, The Hague 1996, 22.

⁶⁵³ *Ibid.*, 97.

⁶⁵⁴ Детаљније вид. E. Verhellen, "Monitoring Children's Rights", *Monitoring Children's Rights* (ed. E. Verhellen), Martinus Nijhoff Publishers- Kluwer Law International, The Hague 1996, 9.

⁶⁵⁵ Вид. Marianne Borgen, "Developing the Role of an Ombudsman", *Monitoring Children's Rights* (ed. E. Verhellen), Martinus Nijhoff Publishers- Kluwer Law International, The Hague 1996, 541.

Систем извештавања омогућава Комитету за права детета вршити како надзорну, тако и саветодавну функцију. У том смислу, Закључна запажања Комитета, као последња фаза система извештавања, представљају нераскидиви спој надзорне и саветодавне улоге наведеног међународног тела. Међутим, постоје и активности Комитета које су изворно саветодавне и нису скопчане са процесом надзора над применом КПД у конкретној држави-уговорници. Поменуте активности су од нарочитог значаја јер Комитет за права детета овим путем настоји остварити већи утицај и дугорочније циљеве у контексту политике и начина примене права деце и принципа "најбољег интереса детета". Тако, Комитет за права детета даје своја тумачења одређених делова КПД у облику "Општих коментара" ("*General Comments*"). Како наведена активност Комитета није усмерена ка појединачној, већ свим државама-уговорницама, Комитет за права детета може бити мање уздржан, опрезан и неутралан приликом исказивања одређених ставова. Истовремено, Општи коментари се намећу ауторитетом међународног уговора на који се односе, као сила која ће на дуже стазе обликовати правне односе унутар држава-уговорница. Због тога, Општи коментари Комитета за права детета поред своје видљиве саветодавне улоге имају и једну дугорочну тежњу да мењају правне односе. Другим речима, преко Општих коментара, Комитет за права детета настоји искорачити из своје првобитне опрезне и уздржане позиције и креирати смернице које ће представљати материјални извор права за државе-уговорнице.

Пример случаја где схватања Комитета исказана кроз Опште коментаре представљају материјални извор права државе-уговорнице може се наћи и у нашем законодавству. Тако, у Општем коментару бр. 4 из 2003. године, Комитет наводи како здравствени радници имају обавезу чувати поверљиве медицинске податке који се тичу адолесцената, водећи рачуна о основним принципима Конвенције.⁶⁵⁶ Наведене информације се могу учинити доступним само уз сагласност адолесцента, односно у истим ситуацијама које се везују за нарушавање поверљивости података одраслих лица.⁶⁵⁷ У духу поменутог схватања Комитета су и одговарајућа правила нашег Закона о правима пацијента из 2013. године. где се предвиђа како дете које је навршило 15 година живота и које је способно за расуђивање, има право на

⁶⁵⁶ Вид. Општи коментар Комитета УН за права детета бр. 4. из 2003. године. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 4 (2003) Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, para. 11. - CRC/GC/2003/4.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

поверљивост података који се налазе у његовој медицинској документацији.⁶⁵⁸ У том смислу, обавеза чувања медицинских података о детету постоји и према родитељима, односно законским заступницима детета.⁶⁵⁹ Обавезу здравствених радника да чувају поверљиве медицинске податке које се односе на адолесцента, Комитет за права детета је извео из права детета на заштиту приватности из КПД.⁶⁶⁰ Наведено тумачење је у форми Општег коментара представљало друштвени чинилац који је утицао на доношење и садржину правила нашег ЗОПП.

Треба рећи како КПД не предвиђа изричито могућност да Комитет доноси Опште коментаре.⁶⁶¹ Ипак, Комитет је већ на свом првом заседању 1991. године усвојио Привремена процедурална правила којим ближе уређује своју организацију и начин рада.⁶⁶² Наведеним правилима предвиђа се како "Комитет може припремати Опште коментаре засноване на чланцима и одредбама Конвенције, са циљем промовисања њене даље примене и пружања помоћи државама како би извршиле своју обавезу извештавања".⁶⁶³ Простор за доношење Општих коментара препознао се у делу текста КПД где се наводи како Комитет може чинити сугестије и опште препоруке засноване на информацијама до којих долази путем система извештавања од стране држава-уговорница.⁶⁶⁴ Међутим, истински домашај Општих коментара значајно превазилази оквире "пружања помоћи" државама-уговорницама како би извршиле своје обавезе из КПД. Као што је претходно речено, кроз Опште коментаре, Комитет за права детета има амбицију да дугорочно мења и обликује национална законодавства.

Комитет за права детета је до сада припремио и објавио седамнаест Општих коментара који се односе на најразличитије области правног и друштвеног живота у

⁶⁵⁸ Вид. чл. 24. ст. 1. Закона о правима пацијента - ЗОПП, *Службени гласник РС*, бр. 45/ 2013.

⁶⁵⁹ Према нашем праву, надлежни здравствени радник је дужан саопштити податке о здравственом стању детета његовом законском заступнику и поред противљења детета једино у случају озбиљне опасности по живот и здравље детета. Вид. 24. ст. 2. ЗОПП. Наведена законска формулација указује како обавеза информисања родитеља о здравственом стању детета узраста од 15 година и способног за расуђивање представља изузетак од права детета на поверљивост података из своје медицинске документације.

⁶⁶⁰ Према КПД, ниједно дете се неће изложити произвољном и незаконитом мешању у његову приватност, породицу или преписку, нити незаконитим нападима на његову част и углед. Чл. 16. ст. 1. КПД.

⁶⁶¹ Вид. Peter van der Auweraert, *Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments*, Maklu-Uitgevers, Antwerpen - Apeldoorn, 2002, 84.

⁶⁶² Комитет је донео Привремена процедурална правила 14. новембра 1991. године. Committee on the Rights of the Child, Provisional Rules of Procedure - CRC/C/4.

⁶⁶³ Rule 73. CRC/C/4.

⁶⁶⁴ Вид. чл. 45 ст. 1. тач. д. КПД.

којима се КПД примењује.⁶⁶⁵ Наведени Коментари баве се како спољним, односно друштвеним, тако и унутрашњим или породичним окружењем детета. Другим речима, схватања Комитета односе се како на државну социјалну и економску политику према деци, тако и на питања из домена родитељске одговорности. Дете се поставља у епицентар свих друштвених збивања, при чему се посебно наглашава потреба за активним учешћем, односно партиципацијом детета у свим поступцима који га се тичу и приликом доношења било какве одлуке од непосредног или посредног значаја за дете.

Можда и симболично, Комитет за права детета је отпочео са објављивањем Општих коментара на почетку новог миленијума. Нова ера која би требала представљати доба деце исказује се кроз две основне тежње Комитета. Најпре, поменути међународни орган путем својих Општих коментара наглашава нужност свеукупне заштите и унапређења света деце и прилагођавања друштва потребама деце као посебне категорији правних и друштвених субјеката.⁶⁶⁶ Истовремено, кроз схватања Комитета провејава непрекидна тежња да се дете препозна као титулар који ће непосредно вршити своја права, односно чија ће воља бити кључно мерило његовог "најбољег интереса" као индивидуалистичког принципа.⁶⁶⁷ Дакле, жели се истовремено извршити утицај како на државу и конкретно друштво, тако и на појединачну породицу и најближе окружење детета. При томе, принцип "најбољег интереса детета" чини својеврсно везивно ткиво између одређених општих мера које се сугеришу творцима државне политике и предлога решења на основу којих би се поступало у појединачним случајевима. Као пример може послужити Општи

⁶⁶⁵ Први Општи коментар, Комитет за права детета УН је донео 17. априла 2001. године под називом "Циљеви образовања". Committee on the Rights of the Child, General comment No. 1. (2001) The aims of education - CRC/GC/2001/1. Вид. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>, 10. 09. 2013.

⁶⁶⁶ На пример, у Општем коментару Комитета УН за права детета бр. 16. из 2013. године истиче се како је "најбољи интерес детета" од суштинског значаја за развој законодавства и политике која обликује пословне активности и трансакције, попут оних које се односе на запошљавање, опорезивање, корупцију, приватизацију, саобраћај и друге опште економске, трговинске и финансијске односе. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 16. (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights, para. 15. - CRC/C/GC/16. Такође, у за сада последњем Општем коментару бр. 17. из 2013. године, Комитет се, између осталог, дотиче и питања урбанизма и просторног планирања и наглашава како је у "најбољем интересу детета" да му се у градским областима обезбеди довољно паркова и зелених површина. Истовремено, наглашава се потреба за законодавством, односно мерама којим би се уредила заштита деце од злоупотреба путем интернета. Вид. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 17. (2013) on the right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts (art. 31.), para. 17. - CRC/C/GC/17.

⁶⁶⁷ Приступ "најбољем интересу детета" заснован на правима детета ("*the right-based approach*"), Комитет по први пут формулише у Општем коментару бр. 13. из 2011. године. Вид. para. 3 (f). и para. 59. CRC/C/GC/13.

коментар бр. 15. из 2013. године о праву детета да ужива највиши оствариви здравствени стандард.⁶⁶⁸ У поменутом Коментару, Комитет за права детета истиче како "најбољи интерес детета" треба узети као основни критеријум приликом одабира начина лечења,⁶⁶⁹ решавања спорова између родитеља детета и здравствених радника,⁶⁷⁰ али и како "најбољи интерес детета" треба имати утицај на развој политике којом би се контролисали поступци који ремете физичко и социјално окружење у којем дете живи, расте и развија се.⁶⁷¹ У прва два случаја, "најбољи интерес детета" се наводи као основни критеријум за индивидуално доношење одлука које се тичу здравствене заштите детета. При томе, у првом случају одлуку доноси лекар, а у другом суд, непосредно примењујући и руководећи се принципом "најбољег интереса детета". Међутим, у трећој ситуацији, Комитет везује наведени принцип за предузимање општих мера и правац у коме би се требала водити законодавна, социјална, економска или било која друга врста државне политике како би се обезбедили превентивни оквири за очување здравља деце.

Општи коментари, Закључна запажања и повремени неформални састанци са државама-уговорницама на регионалном и националном нивоу чине обједињене напоре Комитета за остваривањем права деце на унутрашњем нивоу сваке државе-уговорнице.⁶⁷² Због изузетног обима посла, Комитет за права детета се неминовно суочава са потешкоћама организационе и техничке природе.⁶⁷³ Ипак, системски проблем примене КПД остаје природа Комитета као међународног органа вансудског карактера. Тако, наведени међународни уговор почива на два супротстављена и противуречна елемента, импресивној садржини и слабом

⁶⁶⁸ Вид. Општи коментар Комитета УН за права детета бр. 15. из 2013. године. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24.) - CRC/C/GC/15.

⁶⁶⁹ Свестан како државе не располажу истим материјалним и људским ресурсима, Комитет наводи како избор начина лечења детета треба зависити од принципа "најбољег интереса детета" при чему економски разлози не требају надвладати наведени принцип уколико је то могуће. Вид. para. 13 (a). CRC/C/GC/15.

⁶⁷⁰ Para. 13 (b) CRC/C/GC/15.

⁶⁷¹ Para. 13 (c) CRC/C/GC/15.

⁶⁷² О бројним неформалним састанцима које Комитет за права детета организује у највећој мери на регионалном нивоу и чија је сврха превасходно едукативна детаљније вид. M. Verheyde, G. Goedertier, 12.

⁶⁷³ У том смислу, као неки од проблема препознају се хронични недостатак времена Комитета, одсуство или недовољна политичка воља држава-уговорница за искреним и свеобухватним извештавањем, ангажованост чланова Комитета на обављању других послова и сл. Детаљније вид. *Ibid.*, 15 - 16;

механизму примене.⁶⁷⁴ Из тог разлога, пожељно је наћи алтернативне методе и приступе којима би се оснажила примена права деце и основних принципа КПД, укључујући "најбољи интерес детета".⁶⁷⁵ Усвајање ОП бр. 3-КПД представља покушај да се положај Комитета за права детета ојача у поменутом смислу. Упркос томе, квалитетнији алтернативни приступ на европском правном простору нуди механизам за примену ЕКЉП, као међународног уговора који првобитно није замишљен да се бави правима деце и принципом "најбољег интереса детета". Предност поменуте Конвенције представља постојање Европског суда за људска права као творца својеврсног прецедентног права за државе чланице Савета Европе. Међутим, наведени приступ може имати и одређене негативне последице по примену права из КПД. Због тога је од велике важности сагледати на који начин ЕКЉП преко Суда у Стразбуру може утицати на остваривање права деце и принципа "најбољег интереса детета".

2. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"

2.1. Однос Конвенције о правима детета и Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода

Без обзира на јасне формалноправне разлике између КПД и ЕКЉП које се тичу међународних органа под чијим окриљем су донете, различитих надзорних механизма и опсега просторне примене, оба наведена међународна уговора у фокусу имају људска права као неутуђиве вредности својствене сваком појединцу. Ипак, права деце из КПД су посебна категорија људских права која проистичу из специфичне природе и потреба деце. Насупрот томе, а сходно времену у коме је

⁶⁷⁴ U. Kilkelly, 311.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

настала, ЕКЉП није првобитно замишљена као међународни уговор који ће посебно водити рачуна о правима деце и природи детињства.⁶⁷⁶ Другим речима, у поменутој Конвенцији се не узимају у обзир разлике између одраслих и деце.⁶⁷⁷

Потврда становишта како се ЕКЉП није писала како би служила деци, већ одраслима, може се наћи у самом тексту наведеног међународног уговора. Најпре, израз "дете" ("*child*") се не помиње у основном тексту ЕКЉП, већ се на свега два места у Конвенцији користе изрази "малолетно лице" ("*minor*"), односно "малолетник" ("*juvenile*").⁶⁷⁸ Даље, ЕКЉП не обухвата права која би била од посебног значаја за децу. Изузетком се донекле сматра правило из Протокола бр. 1. ЕКЉП из 1952. године према којем нико не може бити лишен права на образовање.⁶⁷⁹ Међутим, и поред тога што је очито како се право на образовање тиче превасходно деце, дете се изоставља из текста одредбе и државама се налаже да "поштују право родитеља да обезбеде образовање и наставу која је у складу са њиховим верским и философским уверењима".⁶⁸⁰ Поменуто правило на добар начин поткрепљује тврдњу како творци ЕКЉП нису препознавали индивидуалне, односно засебне интересе детета. Коначно, у поменутом међународни уговору није било места ни за принцип "најбољег интереса детета". Једини јасан траг наведеног принципа може се наћи у Протоколу бр. 7. ЕКЉП из 1984. године.⁶⁸¹ У поменутом Протоколу се наводи како су "супружници равноправни у погледу узајамних грађанскоправних права и обавеза" у вези са браком, како за време трајања брака, тако и у случају његовог раскида, као и у правима и одговорностима према заједничкој деци, с тим што се државе не спречавају предузети неопходне мере "у интересу деце" ("*in the interests of children*").⁶⁸² Претходна формулација указује на доживљај детета као објекта, односно пасивног учесника правног односа без могућности самоодређења и утицаја на сопствену судбину.

Дакле, јасно је како су се деца у најбољем случају налазила на периферији првобитно замишљених правила ЕКЉП. Међутим, садржина наведеног међународног уговора није могла бити окамењена у времену и имуна на друштвене промене које су се одигравале. Сходно томе, у правној теорији и пракси Европског

⁶⁷⁶ Jane Fortin, "Rights Brought Home for Children", *The Modern Law Review*, 3/1999, 354.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ Вид. чл. 5. ст. 1. тач. d. и чл. 6. ст. 1. КПД.

⁶⁷⁹ Вид. чл. 2. Протокола бр. 1. уз ЕКЉП, донетог у Паризу 20. марта 1952. године - П1 ЕКЉП.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ Протокол бр. 7. уз ЕКЉП донет је 22. новембра 1984. године у Стразбуру - П7 ЕКЉП.

⁶⁸² Вид. чл. 5. П7 ЕКЉП.

суда за људска права, формирао се став како су деца имаоци људских права из ЕКЉП једнако као и одрасла лица.⁶⁸³ Подлогу за наведено становиште пружило је динамично и циљно тумачење одговарајућих правила ЕКЉП. Најпре, на самом почетку поменутог међународног уговора истиче се како су државе-уговорнице у обавези јемчити "свакоме" права и слободе одређене Конвенцијом.⁶⁸⁴ "Свако" из текста ЕКЉП је израз којим се не могу обухватати само одрасли, него и деца. Друго, ЕКЉП предвиђа начело забране дискриминације, према којем се "уживање права из Конвенције обезбеђује без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, припадност националној мањини, имовински положај, статус по рођењу или други статус".⁶⁸⁵ Формулација принципа забране дискриминације изричито не помиње узраст детета као могући основ дискриминације, али се поменути основ може извести из текста ЕКЉП. Наиме, већ језичким тумачењем може се закључити како се основи дискриминације у ЕКЉП наводе *exempli causa*, те наведена листа није коначна, односно затворена.⁶⁸⁶ Сходно томе, на крају навођења могућих основа дискриминације, творци поменутог међународног уговора остављају могућност како се једно лице може дискриминисати и на основу "другог статуса", односно статуса који не представља ниједан од претходно побројаних примера. На тај начин се дошло до закључка како су и деца имаоци људских права по основу ЕКЉП.

Потреба да се деци призна и омогући статус титулара права из ЕКЉП равноправно са одраслим лицима још више је добила на интензитету доношењем КПД, као посебног међународног уговора о правима деце. Ипак, показало се како Суд у Стразбуру за сада не може у потпуности одговорити свим захтевима поменутог међународног уговора. Однос између две Конвенције може се на добар начин сагледати кроз анализу утицаја четири основна принципа из КПД на праксу Европског суда за људска права. Наиме, према схватању Комитета за права детета, забрана дискриминације детета, право детета на живот и развој, "најбољи интерес детета" и право детета на мишљење представљају носеће стубове, односно кључне

⁶⁸³ Вид. J. Herring (1999), 228; J. Fortin (1999 b), 352. Вид. *Nielsen v. Denmark* [10929/84] para. 58. од 28. новембра 1988.

⁶⁸⁴ Чл. 1. ЕКЉП.

⁶⁸⁵ Чл. 14. ЕКЉП.

⁶⁸⁶ Вид. J. Herring (1999), 228.

принципе наведеног међународног уговора.⁶⁸⁷ Суд у Стразбуру је преко права на заштиту од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, права на породични живот и принципа недискриминације успео у значајној мери уградити прва два принципа из КПД у своје одлуке.⁶⁸⁸ Ипак, принцип "најбољег интереса детета" се није могао у пуном обиму исказати кроз праксу поменутог Суда. Коначно, као највећи проблем Суда у Стразбуру у контексту примене принципа из КПД показало се недовољно уважавање партиципације детета, односно права детета на мишљење.⁶⁸⁹

Додатни проблем за Суд у Стразбуру представља еволуција самог принципа "најбољег интереса детета", који се више не може посматрати статично. Тако, садржину наведеног принципа према схватању Комитета за права детета у највећој мери обликује управо право детета на мишљење. Тачније, "најбољи интерес детета" се сходно тумачењу наведеног Комитета исказује преко права детета из КПД.⁶⁹⁰ Међутим, како унутар корпуса права деце право детета на мишљење доминира захваљујући својој кључној улози у преображају правног положаја детета, принцип "најбољег интереса детета" у све већој мери захтева остваривање аутономије детета, као *sine qua non* своје примене. Сходно томе, поменути принцип се тешко може у потпуности остваривати у оквирима које му најчешће даје Суд у Стразбуру, односно као начин за ограничавање права на породични живот родитеља детета или других сродника и лица са којима је дете развило блиску емотивну везу. Због тога се може рећи како у контексту права деце и правца у коме се креће принцип "најбољег интереса детета" ЕКЉП има један основни недостатак. Наиме, упркос динамичном и еволутивном приступу Суда у Стразбуру, остаје чињеница како су правила ЕКЉП усмерена првенствено ка очувању вредности родитељске аутономије.⁶⁹¹ Из тог разлога, Суд у Стразбуру превасходно тумачи "најбољи интерес детета" са аспекта права родитеља, односно других одраслих лица. Као што је у ранијем делу рада речено, наведени приступ подразумева посматрање права одраслих учесника породичноправних односа и деце на равноправним основама, те принцип "најбољег интереса детета" губи своју оштрину.

⁶⁸⁷ Вид. пара. 12. CRC/GC/2003/5.

⁶⁸⁸ У том смислу, утицај КПД на праксу Европског суда за људска права је посебно приметан у случајевима забране телесног кажњавања и злостављања деце. Детљаније вид. U. Kilkelly, 316.

⁶⁸⁹ Вид. S. Choudhry, J. Herring, 223.

⁶⁹⁰ Вид. para. 5. CRC/C/GC/14.

⁶⁹¹ J. Fortin (1999 b), 370.

Исказивање "најбољег интереса детета" преко права деце намеће потребу да се поменути принцип у контексту ЕКЉП остварује путем захтева детета за заштитом људских права, а пре свих права на породични живот. На овај начин би се идеја партиципације и аутономије детета која преовладава савременим концептом "најбољег интереса детета" могла у већој мери исказати. Ипак, Суд у Стразбуру, за сада, садржину "најбољег интереса детета" одређује превсходно путем ограничавања права на породични живот одраслих чланова породице. Како је о поменутом приступу Суда већ било речи раније, у наредном делу ће се пажња усмерити на право детета на поштовање породичног живота и проблеме који у пракси прате остваривање наведеног права.

2.2. Право детета на поштовање приватног и породичног живота и "најбољи интерес детета"

Идеја о деци као титуларима права споро крчи пут у пракси Европског суда за људска права. Најчешће се права деце у пракси поменутог међународног органа тумаче и посматрају у сенци родитељског права.⁶⁹² Упркос томе, након доношења КПД, Суд у Стразбуру се често позива на правила наведене Конвенције, најчешће у контексту права на породични живот. На пример, у познатом случају *Киген против Ирске (Keegan v. Ireland)*, Европски суд за људска права наводи право детета да се о њему старају родитељи из КПД као потврду да узајамна веза између родитеља и детета представља суштински део породичног живота.⁶⁹³ У наведеном случају поменуто право детета из КПД послужило је само као аргументација у прилог постојања права на породични живот родитеља детета. Истовремено, "најбољи интерес детета" се у низу одлука Суда у Стразбуру исказује првенствено као "легитимни циљ" ограничавања права једног или оба родитеља на поштовање приватног и породичног живота.⁶⁹⁴ При томе се "најбољи интерес детета" не може посматрати индивидуалистички, односно независно од интереса родитеља.⁶⁹⁵

⁶⁹² S. Choudhry, J. Herring, 221.

⁶⁹³ Вид. *Keegan v. Ireland* [16969/90], para. 50. од 26. маја 1994. године.

⁶⁹⁴ Вид. на пример, једну од последњих таквих одлука у случају *Gobec v. Slovenia* [7233/04], para. 131. од 03. октобра 2013. године.

⁶⁹⁵ Типичан пример представља одлука у случају *Sahin v. Germany* [30943/96] од 08. јула 2003. године, где је Суд у Стразбуру проценио како је оцу детета повређено право на породични живот ускраћивањем могућности да виђа дете, без обзира што је одржавање личних односа доводило до

Случајеви када се поступак пред Судом води по захтеву детета су изузетно ретки. Разлози за наведену ситуацију су вишеструки, од фактичке немогућности детета да води поступак, карактера ЕКЉП, чија права нису намењена деци, до невољности Суда у Стразбуру да олако нарушава интимност породичне сфере.⁶⁹⁶ Такође, између поменутих случајева и најновијих схватања Комитета за права детета сада већ постоји прилична временска удаљеност, с обзиром да је реч о представкама које су се најпре упућивале Комисији за људска права, као органу који више не постоји.

Док је дете имало успеха у представкама које су се односиле на право заштите од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања,⁶⁹⁷ са правом детета на поштовање породичног живота је био други случај. Наиме, Суд за људска права није био склон подривању родитељског ауторитета. Драстичан пример представља случај Нилсен против Данске (*Nielsen v. Denmark*) из 1989. године. У поменутом случају, Суд је, супротно извештају Комисије за људска права, оправдао ограничавање слободе 12-годишњег дечака, чије задржавање у психијатријској установи је одобрила мајка која је самостално вршила родитељско право, премда није било знакова психичке поремећености детета.⁶⁹⁸ При томе, није испоштовано мишљење дечака који је желео живети са својим ванбрачним оцем.⁶⁹⁹ Истовремено, Суд је нагласио како вршење родитељског права представља "фундаментални елемент породичног живота", те да је ограничавање слободе детета било у његовом "интересу".⁷⁰⁰

Право на поштовање приватног и породичног живота из ЕКЉП блиско је праву детета на заштиту од незаконитог задирања у његову приватност, породицу, дом или преписку из КПД.⁷⁰¹ Тачније, наведено право из КПД представља израз права на породични живот, прилагођеног личности детета као титулара. Међутим, за разлику од поменутог права из ЕКЉП, право детета на заштиту од незаконитог задирања у његову приватност и породицу није изричито формулисано као

великих тензија између оца и мајке детета, што је имало негативан утицај на дете. У наведеном случају, Суд је истакао како не може одлучити о оправданости разлога за ограничавање права оца да одржава личне односе са дететом без узимања у обзир заштите очевог интереса (*para.* 68.).

⁶⁹⁶ Вид. S. Choudhry, J. Herring, 221; J. Herring (1999), 227; J. Fortin, 370.

⁶⁹⁷ Вид. чл. 3. ЕКЉП. У том смислу вид. *A v. The United Kingdom* [25599/94], *para.* 21. од 23. септембра 1998. године.

⁶⁹⁸ Вид. *Nielsen v. Denmark* [10929/84], *para.* 54, *para.* 73, од 28. новембра 1988. године.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, *para.* 12.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, *para.* 61., *para.* 73.

⁷⁰¹ Упор. чл. 8. ЕКЉП са чл. 16. КПД.

квалификовано право, односно право које се у одређеним случајевима може ограничити. Ипак, из текста наведене одредбе произилази како би се поменуто право детета могло ограничити "законом". Систематско тумачење КПД упућује на закључак како би се право детета на заштиту од незаконитог задирања у његову приватност или породицу могло ограничити једино применом принципа "најбољег интереса детета". Како се према схватању Комитета за права детета наведени принцип исказује кроз права деце, произилази да се право детета на заштиту од незаконитог задирања у његову приватност или породицу може ограничити једино проценом како је потребно заштити неко друго право детета из КПД, пре наведеног права. Поменуто "друго" право може бити само право детета на живот и развој или право детета на мишљење. Прва ситуација је разумљива и односи се најчешће на случајеве заштите детета од насиља у породици или лишења родитељског права. Међутим, успон права детета на мишљење као кључног критеријума за процену "најбољег интереса детета" може у пракси довести до исхода који би значајно урушили концепт родитељског права. На пример, дете способно за расуђивање тражи да уместо са родитељима пређе живети код ујака. Овакав захтев се у енглеским медијима означава као "захтев детета за разводом од својих родитеља".⁷⁰²

Са друге стране, право детета на породични живот из ЕКЉП не може представљати оруђе против родитељског права. Чак и када би представке које би подносило дете биле знатно учесталије, интереси родитеља би се ценили у контексту ограничења права на породични живот детета. Суд у Стразбуру је више пута нашао за сходно да истакне како је приликом ограничавања права на породични живот нужна свеобухватна анализа интереса свих страна у поступку.⁷⁰³ Штавише, наведена анализа је нужна и у случајевима када дете способно за формирање мишљења јасно исказује своје ставове и жеље.⁷⁰⁴ На тај начин, Суд у Стразбуру раздваја право детета на мишљење од принципа "најбољег интереса детета", што није случај са Комитетом за права детета. Због тога, као кључни проблем односа између две Конвенције остаје немогућност да се "помири право родитеља на слободу од мешања државе и право детета да оствари своје способности и развије независност

⁷⁰² Према одсеку 10 (8) енглеског Закона о деци (*Children Act*) из 1989. године, дете може водити поступак за променом пребивалишта, односно раздвајањем од својих родитеља. Услов је да претходно добије дозволу од суда за покретање поступка у корист одређеног одраслог лица са ким жели наставити да живи. Вид. J. Herring (1999), фн. 134.

⁷⁰³ Вид. *Olsson v. Sweden (No. 1.)* [10465/83], пара. 68. од 24. марта 1988. године; *Görgülü v. Germany* [74969/01], пара. 41. 26. мај 2004. године; *Nanning v. Germany* [39741/02], пара. 63. од 12. јула 2007. године.

⁷⁰⁴ Вид. *C v. Finland* [18249/02], пара. 58. од 09. маја 2006. године.

од својих родитеља кроз постепено сазревање и приближавање пунолетству".⁷⁰⁵ Сходно томе, Комитету за права детета остаје да своја тумачења "најбољег интереса детета" настоји афирмисати преко утицаја на национална законодавства. Тако, премда на први поглед парадоксално, ЕКЈП преко Суда у Стразбуру представља својеврсног чувара конзервативног приступа садржини "најбољег интереса детета", односно противтежу даљој индивидуализацији детета унутар породице.

3. ПОВЕЉА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ОСНОВНИМ ПРАВИМА И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"

Једно од главних обележја европског правног простора данас је изузетна сложеност и стална тежња за увећањем броја правила која проистичу из активности различитих међународних организација. Наведена правна хипертрофираност одсликава се и у области заштите права, односно интереса детета. Сходно томе, може се рећи како се на правни положај детета утиче из четири различита правца. Поред КПД и ЕКЈП, дете се нашло и унутар правног поретка Европске Уније, односно Конвенција донетих под окриљем Хашке Конференције за међународно приватно право. Због тога је анализа правила међународног права која се тичу детета постала крајње сложена, а тензије између различитих међународноправних поредака све видљивије.

Међу наведеним порецима међународног права који уређују и обликују породичноправне односе, комунитарно право је најмлађе.⁷⁰⁶ Односи унутар породице су некада били "забрањена зона" за творце прописа Европске Уније, јер се сматрало како су економски циљеви наведене организације неспојиви са природом породичних релација. Ипак, како се Европска Унија развијала, расли су и њени законодавни апетити. Тако је комунитарна политика еволуирала од идеје великог јединственог тржишта до централизоване политичке и грађанске заједнице.⁷⁰⁷ Све

⁷⁰⁵ J. Fortin (1999 b), 354.

⁷⁰⁶ Прва мера из домена породичног права коју је Европска Унија донела била је Уредба 1347/2000 о надлежности, признавању и извршењу пресуда у брачним односима" од 29. маја 2000. године.

⁷⁰⁷ Marie-Thérèse Meulders-Klein, "Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means", *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Intersentia, Antwerpen - Oxford - New York 2003, 114.

ово је значило и постепено јачања уплива комунитарног права у свет деце и њихово породично окружење.

До краја деведесетих година прошлог века, комунитарна правила су одавала слику детета као објекта друштвених односа, без независних и аутономних интереса. У том смислу, дете се најпре посматрало као "привезак" одраслих у контексту правила о слободи кретања родитеља, да би се потом комунитарна регулатива проширила и на област забране трговине децом, односно заштите деце од различитих облика насиља.⁷⁰⁸ Кључни искорак и заокрет комунитарне политике према деци дошао је са доношењем Повеље о основним правима Европске Уније 2000 године.⁷⁰⁹ Наведеном Повељом по први пут се унутар комунитарног права препознала потреба за аутономијом детета.⁷¹⁰ Грађани Европске Уније, укључујући и децу, престали су се доживљавати превасходно као потрошачи, већ као лица са сопственим правима.⁷¹¹

Правила Повеље у значајној мери почивају на ЕКЉП и КПД. Сходно времену у коме је настао, наведени извор комунитарног права изричито обухвата и одређена права деце.⁷¹² Истовремено, Повељом се по први пут изричито у комунитарно право уводи принцип "најбољег интереса детета".⁷¹³ Тако се наведеним документом предвиђа како "у свим поступцима који се односе на децу, без обзира да ли их предузимају јавни органи или приватне установе, најбољи интерес детета мора бити од првенственог значаја".⁷¹⁴ Наведена формулација је према опсегу и домашају практично иста са начином на који се исказује "најбољи интерес детета" у КПД. То значи како интересу детета треба дати првенствени значај у свим областима комунитарне политике која се тиче деце.⁷¹⁵ Ипак, у литератури се изражава страх како на нивоу комунитарног права "најбољем интересу " детета можда није дат одговарајући значај. Тачније, када се "најбољем интересу детета" прида само

⁷⁰⁸ Вид. Clare McGlynn, *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, 67.

⁷⁰⁹ Повеља о основним правима Европске Уније усвојена је 07. децембра 2000. године и има статус примарног извора комунитарног права, што је потврђено у чл. 6. ст. 1. Лисабонског споразума од 13. децембра 2007. године.

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ Walter Pintens, "Europeanisation of Family Law", *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Intersentia, Antwerpen - Oxford - New York 2003, 26.

⁷¹²

⁷¹³ Вид. Clare McGlynn, "Challenging the European Harmonisation of Family Law: Perspectives on the "Family"", *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Intersentia, Antwerpen - Oxford - New York 2003, 232.

⁷¹⁴ Чл. 24. ст. 2. Повеље о основним правима ЕУ.

⁷¹⁵ Clare McGlynn (2003), 232.

"првенствени значај" ("*primary consideration*"), постоји могућност да једнако важан или важнији економски интерес јединственог тржишта добије већи значај у конкретној одлуци Европског суда правде.⁷¹⁶ Ово је последица чињенице да је Повеља о основним правима ЕУ донета у контексту система правила изниклих на превасходно економским мотивима.

Повеља је инкорпорирао језгро концепта права деце и принципа "најбољег интереса детета" из КПД. Ипак, у контексту наведеног принципа није термилошки доследна, јер се уместо "најбољег интереса детета" употребљавају и термини "добробит", ("*well-being*") односно "интерес" ("*interests*") детета.⁷¹⁷ У првом случају, израз "добробит" преузет је дословце из одговарајућег дела КПД којим се државне-уговорнице обавезују обезбедити детету заштиту и бригу која је неопходна за добробит детета.⁷¹⁸ Међутим, Повеља је у термилошком смислу одступила од текста КПД приликом формулисања "најбољег интереса детета" као разлога за ограничење права на личне односе између детета и родитеља, с обзиром да је епитет "најбољи" у поменутом контексту изостављен.⁷¹⁹ Термилошка недоследност тешко може имати неке практичне последице, већ више симболично указује на својеврсну инерцију твораца комунитарног права који су дуго искључиво у родитељима видели активне учеснике и субјекте у правним односима.

Принцип "најбољег интереса детета" се налази у контексту члана који је означен као "права деце", што би могло навести на помисао како Повеља прихвата концепцију Комитета за права детета према којој се поменути принцип исказује преко права деце. Међутим, Повеља о основним правима ЕУ заправо нуди један приступ "најбољем интереса детета" који се заснива на компромису између идеје самоодређења и заштите детета.⁷²⁰ Штавише, формулација права детета на мишљење из Повеље слабија је у односу на значај који се наведеном праву детета даје у КПД. Наиме, у Повељи се лаконски наводи како ће се мишљења деце "узети у обзир" ("*taken into consideration*") у односима који их се тичу у складу са њиховим узрастом и зрелошћу.⁷²¹ За разлику од Повеље, у КПД се истиче како ће се мишљењу детета поклонити "дужна пажња" ("*due weight*") у складу са узрастом и зрелости. Израз из КПД је снажнији и у већој мери подвлачи обавезу поштовања мишљења детета.

⁷¹⁶ Clare McGlynn (2006), 70.

⁷¹⁷ Вид. чл. 24. ст. 1 и ст. 3. Повеље о основним правима ЕУ.

⁷¹⁸ Вид. чл. 3. ст. 2. КПД.

⁷¹⁹ Упор. чл. 24. ст. 3. Повеље о основним правима ЕУ са чл. 9. ст. 3. КПД.

⁷²⁰ Вид. Clare McGlynn (2003), 232.

⁷²¹ Вид. чл. 24. ст. 1. Повеље о основним правима ЕУ:

Међутим, на закључак како је формулација права детета на мишљење из КПД јача упућује још један аргумент. Тако, Повеља о основним правима ЕУ говори о праву детета на мишљење у множини, у смислу права "деце".⁷²² Насупрот томе, КПД партиципацију везује за појединачно дете као титулара, што одговара индивидуалистичком концепту "најбољег интереса детета".⁷²³ На тај начин, својим колективистичким приступом мишљењу детета, Повеља разводњава и умањује значај права које представља мотор КПД.

Наведени приступ праву детета на мишљење неминовно се одражава и на одређивање садржине принципа "најбољег интереса детета". Наиме, Комитет за права детета даје праву детета на мишљење кључну улогу приликом остваривања "најбољег интереса детета", о чему је већ било речи. Другим речима, Комитет предност даје самоодређењу, наспрам патерналистичког приступа детету, што је супротна тежња наспрам тенденције која је уочљива из текста Повеље. Због тога се може очекивати одређена тензија између праксе Европског суда правде и схватања Комитета за права детета, која би наведени Суд требао узимати у обзир приликом примене принципа "најбољег интереса детета".

4. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"

На међународноправној сцени, принцип "најбољег интереса детета" се исказује и кроз Конвенције донете под окриљем Хашке Конференције за међународно приватно право. У том смислу, од највећег значаја је Хашка Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године.⁷²⁴ Наведена Конвенција предвиђа процедурална правила и механизам за решавање проблема незаконитог одвођења детета у другу државу или задржавања

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ Вид. чл. 12. ст. 1. КПД.

⁷²⁴ Наша држава је наведену Конвенцију ратификовала 1991. године. Вид. Закон о ратификацији Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/91 - *Међународни уговори* - Хашка Конвенција. На државе Европске Уније се у материји прекограничног одвођења деце примењују и Уредба позната као *Brussels IIА* од 27. новембра 2003. којом се значајно може дерогирати механизам за примену изузетака од обавезе повратка детета из Хашке Конвенције. Вид. J. Murphy, 234.

детета у иностранству. Реч је о проблему великог практичног значаја који добија на интензитету у условима све наглашеније слободе кретања људи. Због тога се у литератури истиче како незаконито прекогранично одвођење деце представља пример негативне последице глобализације као савремене друштвене, политичке и правне појаве.⁷²⁵ У пракси, дете најчешће одводи или задржава у другој држави један од родитеља, чиме се дете увлачи у вртлог беспоштедне борбе оних који би се о њему требали заједнички старати. На тај начин, родитељска отмица деце неминовно задира у концепт "најбољег интереса детета". Сходно томе, у преамбули Хашке Конвенције се наглашава посвећеност држава-уговорница "врхунском значају" ("*paramount importance*") који интересима деце припада у односима која се тичу родитељског старања.⁷²⁶

Основно полазиште Хашке Конвенције јесте како се мора неутралисати стање које настаје прекограничним одвођењем, односно задржавањем детета у иностранству. Другим речима, судови државе у коју је дете одведено, односно задржано, морају што хитније донети одлуку о повратку детета у земљу "уобичајеног боравишта" ("*habitual residence*").⁷²⁷ Намера твораца Хашке Конвенције била је да, поштујући карактер наведеног уговора, оставе националним органима државе "уобичајеног боравишта" детета примену породичноправних правила о вршењу родитељског права.

Наведено опште правило представља пример исказивања "најбољег интереса детета" путем правне претпоставке. Наиме, сматра се како ће у највећем броју случајева "најбољи интерес детета" бити управо да се дете што хитније врати у државу "уобичајеног боравишта". Поменуто становиште одговара намери твораца Хашке Конвенције да превентивно делују, односно одврате родитеља који намерава дете одвести или задржати у иностранству. Истовремено, настоји се избећи задирање у доношење коначне одлуке о судбини родитељског права, која се оставља судовима државе из које је дете одведено.

Међутим, као што је раније речено, одређивање садржине "најбољег интереса детета" кроз правне претпоставке није увек захвално. Индивидуалност сваке ситуације опире се ригидном приступу које исказивање "најбољег интереса детета" путем правних претпоставки у извесном смислу намеће. Наиме, поменути принцип

⁷²⁵ Вид. Гордана Ковачек - Станић, "Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012, 75.

⁷²⁶ Вид. други пасус преамбуле Хашке Конвенције.

⁷²⁷ Вид. чл. 1. б. Хашке Конвенције.

се не може на одговарајући начин остварити обавезом хитног повратка детета уколико би штетне последице повратка било очито горе од негативних последица отмице.⁷²⁸ Из тог разлога, у Хашкој Конвенцији се предвиђају одређени изузеци, када органи државе у коју је дете одведено могу одбити захтев за повратком детета. Реч је о основама за обарање правне претпоставке како је у "најбољем интересу детета" да се што хитније врати у државу "уобичајеног боравишта". У том смислу, као изузетке од обавезе повратка детета Хашка Конвенција наводи: прилагођавање детета новој средини,⁷²⁹ постојање озбиљног ризика да би се повратком дете изложило физичкој или психичкој трауми или на други начин довело у неподношљиву ситуацију⁷³⁰ и противљење детета.⁷³¹

Поменути изузеци представљају начине за индивидуализацију принципа "најбољег интереса детета" и прилагођавање конкретном случају. Уочава се како изузеци од обавезе хитног повратка детета из Хашке Конвенције почивају на три различита приступа "најбољем интересу детета". Најпре, патерналистички приступ, чије је основно полазиште заштита детета, исказује се кроз одлуку да се одбије повратак детета које би се на тај начин изложило физичкој или психичкој трауми или на други начин довело у неподношљиву ситуацију. Са друге стране, противљење детета представља разлог за одступање од обавезе хитног повратка у којем се препознаје жеља за одређеним уважавањем самоодређења детета. Коначно, прилагођавање детета јесте основ за обарање правне претпоставке који почива на идејама учења о "најбољем интересу детета" као "најмање штетној алтернативи".⁷³²

У време доношења Хашке Конвенције, поступак усвајања КПД је био тек у зачетку. Из тог разлога је разумљиво што принцип "најбољег интереса детета" има ограничен домашај у Хашкој Конвенцији. Наиме, како би се очувао основни механизам Конвенције, национални органи држава у које је дете одведено прилично рестриктивно тумаче изузетке од обавезе повратка детета.⁷³³ Наведени приступ може створити тензију између свеобухватног и индивидуалистичког концепта "најбољег интереса детета" из КПД и примене наведеног принципа унутар Хашке Конвенције. С обзиром да Комитет за права детета постепено уздиже право детета на мишљење у

⁷²⁸ Rhona Schuz, "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law", *International and Comparative Law Quarterly* 4/1995, 776.

⁷²⁹ Вид. чл. 12. ст. 2. Хашке Конвенције.

⁷³⁰ Чл. 13. ст. 2. тач. б. Хашке Конвенције.

⁷³¹ Чл. 13. ст. 3. Хашке Конвенције.

⁷³² У том смислу вид. J. Goldstein *et al.*, 7, 88.

⁷³³ Вид. John Caldwell, "Child welfare defences in child abduction cases - some recent developments", *Child and Family Law Quarterly* 2/2001, 124.

кључни фактор за одређивање садржине "најбољег интереса детета", нарочито је осетљив рестриктиван приступ приликом тумачења "противљења детета" као изузетка.⁷³⁴ Међутим, и остали изузеци нужно морају доћи под лупу приступа "најбољем интересу детета" заснованом на правима детета ("*the right-based approach*"), који Комитет свесрдно заговара.⁷³⁵ Истовремено, изазов основном механизму Хашке Конвенције је стигао и под плаштом легитимности ограничавања права на породични живот из ЕКЈП.⁷³⁶ Све су ово озбиљни тестови основном полазишту на којем се годинама градила примена Хашке Конвенције, према којем се о "најбољем интересу детета" суштински и свеобухватно одлучује пред националним органима државе "уобичајеног боравишта" детета. Савремени концепт "најбољег интереса детета" тражи већу еластичност и остаје да се види хоће ли се до тога доћи кроз праксу органа који одлучују о повратку детета или кроз одређене измене самог текста Хашке Конвенције.

5. "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА" КАО ПРИНЦИП КОМИСИЈЕ ЗА ЕВРОПСКО ПОРОДИЧНО ПРАВО

У свим претходно наведеним примерима, "најбољи интерес детета" се исказивао као међународноправни стандард, формулисан у одговарајућим међународним уговорима донетим под окриљем интернационалних и наднационалних организација, попут Уједињених Нација, Савета Европе, Европске Уније или Хашке Конференције за међународно приватно право. Међутим, излагање

⁷³⁴ У радној верзији Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања који је крајем јануара 2013. године објавила радна група именована од стране Министарства правде Републике Србије, посебна пажња се посвећује управо непосредном учешћу детета у поступку и његовом утицају на доношење одлуке о повратку у државу "уобичајеног боравишта". Вид. чл. 48. наведене радне верзије Закона, и у том смислу Г. Ковачек - Станић (2012), 91.

⁷³⁵ Вид. пара. 5. CRC/C/GC/14.

⁷³⁶ Тако се у познатој одлуци Европског суда за људска права у случају *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [41615/07] од 06. јула 2010. године довело у питање основно полазиште Хашке Конвенције како се о "најбољем интересу детета" на свеобухватан и индивидуалистички начин може одлучивати само пред националним органима државе "уобичајеног боравишта" који доносе одлуку о вршењу родитељског права. Без обзира што је један од приоритета Хашке Конвенције брзо деловање, Суд у Стразбуру је у контексту ограничења права на породични живот указао како је понекад ради остваривања принципа "најбољег интереса детета" нужна дубинска, односно свеобухватна анализа "целокупне породичне ситуације и читавог низа фактора, а нарочито оних чињеничне, емотивне, психолошке, материјалне и медицинске природе како би се начинила уравнотежена и разумна процена могућих интереса сваког лица, уз сталну бригу око изналагања најбољег решења за одведено дете у контексту захтева за његовим повратком у државу уобичајеног боравишта" (*para. 139.*).

о међународноправном аспекту "најбољег интереса детета" било би непотпуно без одговарајућег осврта на улогу Комисије за европско породично право (*The Commission on European Family Law*).⁷³⁷ Иза поменуте Комисије крије се чисто академска иницијатива и покушај правне науке да у циљу хармонизације породичног права на европском простору изради принципе који би захваљујући научном ауторитету својих твораца могли послужити као узор националним законодавствима. Због тога, CEFL принципи не представљају међународноправне стандарде, већ могу постати део националног права уколико би се инкорпорисали у одговарајући правни поредак. Ипак, због значаја наведених принципа и њихове оријентације ка стварању *ius commune* на европском простору у области породичноправних односа, CEFL принципи ће се размотрити у делу рада који се односи на међународноправну димензију "најбољег интереса детета". Тачније, указаће се на формулацију "најбољег интереса детета" као једног од кључних CEFL принципа.

Своју снагу и вредност CEFL принципи дугују у највећој мери устројству и методологији рада Комисије. Због тога се, пре анализе "најбољег интереса детета" као CEFL принципа, ваља осврнути на структуру и начин рада Комисије за европско породично право.

CEFL се састоји од организационог комитета и експертске групе као два ужа радна тела.⁷³⁸ Организациону групу чине професори који су непосредно учествовали у оснивању Комисије и њихов задатак је да формирају експертску групу, координирају њеним радом и прикупе националне извештаје чланова експертског тима у вези одређене области породичног права.⁷³⁹ Наведени професори уједно учествују и у раду експертске групе. Са друге стране, експертску групу чини 26 стручњака из области породичног и упоредног права из готово свих држава чланица Европске Уније, укључујући Норвешку и Швајцарску, као и посматрача из осталих европских држава и два независна саветника.⁷⁴⁰ Поменута група има задатак да, након одређивања области породичног права која ће се обрадити, припреми одговарајуће националне извештаје. Национални извештај сачињава сваки експерт за своје национално породично право на основу детаљног упитника са великим бројем

⁷³⁷ Комисија за европско породично право - CEFL основана је 01. септембра 2001. године од стране шесторо професора на састанку одржаном на Универзитету у Утрехту. Вид. W. Pintens, 29.

⁷³⁸ W. Pintens, 30.

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ Вид. *Ibid.*

питања на која се требају дати одговори.⁷⁴¹ Попуњени упитници представљају обиман материјал који пружа одличан увид у породичноправну регулативу, али и стање судске праксе одређене области породичног права у конкретној држави. На основу тако обимне грађе која пружа увид у упоредноправна решења, а узимајући у обзир постојеће норме међународног права, Комисија израђује одговарајуће принципе европског породичног права из одређене области. Вредност наведених принципа проистиче из чињенице да представљају покушај сублимирања искустава већине европских држава и њихових националних породичних законодавстава, уз уважавање постојећих међународних уговора од значаја за конкретну област породичног права.

Комисија за европско породично право је до сада представила Принципе из три области породичноправних односа: развода и издржавања између бивших супружника, родитељске одговорности, као и имовинских односа између супружника.⁷⁴² CEFL је понудила своју формулацију принципа "најбољег интереса детета" у Принципима о родитељској одговорности, који су објављени 2007. године.⁷⁴³ Према наведеној формулацији, "у свим односима који се тичу родитељске одговорности, најбољи интерес детета треба бити доминантног значаја" ("*the primary consideration*").⁷⁴⁴ CEFL даје снажнију формулацију "најбољег интереса детета" у односу на КПД, јер се у поменутом међународном уговору принципу "најбољег интереса детета" даје "првенствени значај" ("*a primary consideration*").⁷⁴⁵ Наведена разлика проистиче из употребе одређеног члана "*the*" којим се у енглеском језику наглашава значај принципа "најбољег интереса детета" као CEFL принципа. Проблем је што се у српском преводу наведена разлика између формулација "најбољег интереса детета" губи, што је изискивало слободнији превод енглеског израза којим се служи CEFL. За разлику од енглеске верзије "најбољег интереса детета" као CEFL принципа, из француске и немачке формулације је очито како се наведеном принципу даје доминантни, односно највиши значај.⁷⁴⁶ Сходно томе, CEFL у "најбољем интересу детета" види критеријум изузетне тежине, који треба

⁷⁴¹ Вид. К. Boele - Woelki *et al.*, 5.

⁷⁴² Вид. <http://ceflonline.net/principles/>, 15. 08. 2013.

⁷⁴³ Вид. К. Boele - Woelki *et al.*, 34.

⁷⁴⁴ Принцип 3:3 CEFL Принципа европског породичног права који се тичу родитељске одговорности. Вид. *Ibid.*

⁷⁴⁵ Вид. чл. 3. ст. 1. КПД.

⁷⁴⁶ У француској верзији принципа 3:3 CEFL, "најбољем интересу детета" се даје "доминантни значај" ("*à titre prépondérant*"), док се у немачкој формулацији за поменути принцип везује "највиши значај" ("*oberster Gesichtspunkt*").

превагнути у случају сукоба између интереса детета и титулара родитељског права.⁷⁴⁷ Истовремено, процена "најбољег интереса детета" се увек треба чинити из угла детета, узимајући у обзир његове садашње и будуће потребе.⁷⁴⁸

Поред домашаја, према схватањима CEFL, "најбољи интерес детета" из Принципа о родитељској одговорности има и шири опсег наспрам опште формулације поменутог принципа из КПД. Тако чланови Комисије сматрају како је израз "односи" ("*matters*") шири у односу на термин "поступци" ("*actions*") који користи КПД, те да се првим изразом обухватају и свакодневне одлуке које имаоци родитељског права доносе приликом старања о деци.⁷⁴⁹

Значај који CEFL придаје "најбољем интересу детета" приметан је и у дефиницији појма родитељске одговорности који даје Комисија. Наиме, CEFL родитељску одговорност види као "скуп права и дужности који имају за циљ промовисање и заштиту добробити детета".⁷⁵⁰ Дакле, родитељско право се успоставља и врши како би служило интересима деце. Тако је трансформација појма "најбољег интереса детета" довела до преображаја родитељског права у родитељску одговорност.

У преамбули Принципа CEFL о родитељској одговорности се наглашава како је један од основних циљева наведених Принципа "жеља да се допринесе заједничким европским вредностима које се тичу права и добробити деце".⁷⁵¹ Из наведеног дела преамбуле уочава се равноправност у третирању права деце и "најбољег интереса детета". Комитет за права детета је, као што је више пута речено, отишао и даље, сматрајући како принцип "најбољег интереса детета" и права деце представљају нераскидиву целину. Све ово указује како је за разумевање "најбољег интереса детета" нужно разумети концепт права деце. У том смислу однос између поменутог принципа и права чији је искључиви титулар дете може бити од кључног значаја, не само за правац еволуције "најбољег интереса детета", већ и читавог породичног права.

⁷⁴⁷ Вид. Принцип 3: 7 CEFL Принципа европског породичног права који се тичу родитељске одговорности. К. Boele - Woelki *et al.*, 56.

⁷⁴⁸ К. Boele - Woelki *et al.*, 38.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

⁷⁵⁰ Принцип 3:1 CEFL Принципа европског породичног права који се тичу родитељске одговорности. Вид. К. Boele - Woelki *et al.*, 25.

⁷⁵¹ Трећи пасус преамбуле Принципа европског породичног права који се тичу родитељске одговорности. Вид. *Ibid.*, 281.

ГЛАВА ЧЕТВРТА

ПРИНЦИП "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА И ПРАВА ДЕЦЕ

1. ПОЈАМ И ВРСТЕ ПРАВА ДЕЦЕ

Концепт права деце који се постепено развијао током XX века да би кулминирао доношењем КПД, из темеља је изменио представу о породичноправним односима и правном статусу детета уопште. Дете је из сенке, најпре очинске власти, а затим и са периферије борбе мајки за родну равноправност, постало централни субјект породичноправних односа. Ова "тиха револуција" последица је у првом реду процеса индивидуализације породичног права, која се, нарочито у годинама након Другог светског рата одвијала под утицајем идеје о људским правима. Признавање посебних права детету унутар окружења протканог узајамним правима и обавезама, односима поверења, блискости и међузависности несумњиво представља радикалан захват у интимност породичне сфере. Детињство је релативно кратко и непостојано, изложено сталним променама које узрокује развој сазнајних и интелектуалних способности детета. Због тога права детета имају тежак задатак да омеђе и уобличи нешто што се непрекидно мења и трансформише. Из тог разлога, класичне правне конструкције, попут пословне способности, која се везује за одређени узраст детета, све више губе на значају. Истовремено, други фундаментални правни принципи, као што је "најбољи интерес детета", мењају своју садржину и домашај.

Предуслов за признавање права деце било је препознавање посебног и легитимног интереса детета као засебног субјекта коме је потребно пружити правну заштиту. Другим речима, права детета подразумевају посебно издвајање одређених личних добара детета као објеката права који представљају друштвено признат интерес.⁷⁵² Због тога се права детета заснивају на теорији о правима као правно заштићеном интересу.⁷⁵³ У том смислу, "интерес" може постојати независно од правно релевантне воље титулара права, односно могућности да се чини одговарајући избор и доносе одлуке. Ипак, за тектонске промене које су у правним односима изазвала права деце, од кључног значаја било је управо правно препознавање вредности и значаја воље детета. Сходно томе, може се рећи како су аутономија детета и права која служе наведеном циљу истински покретачи темељних промена које су права деце изазвала.

Могућност постојања самосталних и посебних права детета, нарочито оних које дете може непосредно вршити, није могла проћи без отпора. Замерке на рачун концепта права деце крећу се од тога да се давањем самосталних права детету подрива родитељско право и целовитост породице, до нефункционалности и одсуства потребе за наведеном врстом права. О појединим учењима која су изразито ненаклоњена правима деце, већ је било речи. Тако, творци теорије о "најмање штетној алтернативи" признају детету једино право на "аутономне родитеље".⁷⁵⁴ На тај начин се јасно ставља до знања како је за дете најбоље да се родитељско право врши неометано и слободно. Реч је о либералистичком приступу вршењу родитељског права и право детета је у контексту поменуте теорије апсолутно подређено родитељским овлашћењима све док се ради о функционалној породици. Сличних погледа на права деце је и амерички правник Гугенхајм. Према наведеном аутору, статус деце је у готово сваком друштву одређен, обликован и надзиран од стране одраслих лица, јер деци недостаје политичка воља, а начин према којем се са њима поступа почива претежно на вољи одраслих.⁷⁵⁵ Сходно томе, позив на "права" која припадају деци зависи од воље и посвећености одраслих да поменута права обезбеде.⁷⁵⁶

⁷⁵² М. Јањић - Комар и М. Обретковић, *Права детета - права човека*, ИП Досије и Удружења правника Србије за социјално право, 1996, 14.

⁷⁵³ Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 495.

⁷⁵⁴ J. Goldstein *et al.*, 90.

⁷⁵⁵ M. Guggenheim, 44.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, 68.

Занимљива критика оправданости постојања права деце стиже од британске правнице Оноре О' Нил (*Onora O' Neill*). Према поменутој ауторки, конструкција права деце није потребна за етичко ослобађање и осамостаљивање деце јер не представља никакву теоријску, нити политичку корист.⁷⁵⁷ Деца се могу заштитити преко фундаменталних обавеза одраслих, а пре свих њихових родитеља да се о деци старају. Дакле права деце се могу исказати преко обавеза одраслих лица, а реторика о правима детета је тек посредан начин да се други подсети на своје обавезе.⁷⁵⁸ Због тога О' Нилова лаконски закључују како је за дете "једини лек да одрасте".⁷⁵⁹

Ипак, пут којим су се кретала права деце био је незауостављив, што се и потврдило готово свеопштим прихватањем КПД. Један од најгласнијих заговорника права деце, енглески правник Фримен, посебно је истицао идеолошку снагу и симболику права детета. Према Фримену, признати детету право значи поштовати његово достојанство, јер се кроз права испољава поштовање према њиховим титуларима.⁷⁶⁰ Кључни заокрет који су донела права деце било је напуштање концепта детета као пасивног посматрача породичних односа и објекта родитељског старања. У том смислу, Фримен је повезао концепт права деце са Кантовом максимом како људи морају бити циљеви за себе, а не средства за циљеве других.⁷⁶¹

Постоје бројне класификације права деце, од којих многе датирају из периода пре доношења КПД, као међународног уговора који је на најпотпунији начин кодификовао права чији су титулари деца. Као критеријуми за деобу права деце узимају се најчешће односи између права деце и права одраслих лица, нарочито родитеља, затим лична добра деце која се правима штите, као и циљеви који се поменути правима желе постићи.

Најпре, за права деце су неминовна поређења са правима чији су титулари одрасла лица, а пре свих родитељи детета. Односом између права одраслих и права деце посебно се бавио амерички правни философ Џоел Фајнберг (*Joel Feinberg*). Фајнберг је предложио трипартитну поделу права деце на права која су заједничка деци и одраслима, права која припадају само одраслима и на крају, права чији су

⁷⁵⁷ Onora O' Neill, "Children's Rights and Children's Lives", *Children, Rights and the Law* (eds. P. Alston, S. Parker, J. Seymour), Oxford University Press, Oxford - New York 1995, 25.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, 39.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ Michael Freeman, "Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously", *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays from the International Journal of Children's Rights* (ed. M. Freeman), Kluwer Law International, The Hague 1997, 8.

⁷⁶¹ *Ibid.*

имаоци у првом реду деца.⁷⁶² Међу правима која припадају превасходно деци Фајнберг разликује најпре права која проистичу из односа зависности детета према другима, у смислу потреба да се детету обезбеди храна, дом и смештај.⁷⁶³ Ипак, Фајнбергова класификација је препознатљивија по другој подгрупи права која припадају искључиво деци. Реч је о правима деце које Фајнберг назива "антиципаторним аутономним правима" ("*anticipatory autonomy rights*") или правом детета на "отворену будућност" ("*right to an open future*").⁷⁶⁴ Иза наведених израза крије се заправо ауторова одбојност према могућности да дете самостално и аутономно врши одговарајуће изборе и истовремено тежња за очувањем личних добара детета које ће омогућити самостално доношење одлука у будућности. Према наведеној концепцији, права деце су суштински заштитног карактера, а аутономија се мора сачувати како би је дете на непосредан начин уживало онда када се формира и оспособи у потпуности. Дакле, ради се о псеудо-аутономији детета, која заправо представља подршку онима који за истинско самоодређење детета требају обезбедити услове, односно родитеље детета.

Свеобухватнију класификацију права деце даје правни теоретичар Мајкл Валд (*Michael Wald*), посматрајући поменута права, не само у контексту права одраслих, него и друштва и друштвене заједнице у целини. У подели Валда могу се уочити три нивоа, односно равни посматрања права деце, од целокупног друштва, преко свих одраслих лица до родитеља детета. Тако, поменути правник дели права деце у четири категорије: права деце наспрам света, права на заштиту од злостављања, занемаривања или експлоатисања од стране одраслих, право да се према деци поступа једнако као и са одраслим лицима и коначно, право детета на деловање независно од родитељске контроле и усмеравања.⁷⁶⁵ У наведеној класификацији, посебну пажњу привлачи последња група права деце, која

⁷⁶² Вид. Joel Feinberg, *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*, Princeton University Press, Chichester 1992, 76.

⁷⁶³ Поменута права могу припадати и одраслима у ванредним ситуацијама, када се ради хендикепираним лицима. *Ibid.*

⁷⁶⁴ На пример, према Фајнбергу право на вероисповест припада одраслим лицима, али се може признати и детету управо као "право на отворену будућност". *Ibid.*, 77. Из наведеног би се могло закључити како право детета на "отворену будућност" требају омогућити родитељи који ће васпитавати дете у духу верске толеранције како би му омогућили да касније, када одрасте, самостално врши наведено право.

⁷⁶⁵ Michael Wald, "Children's Rights: A Framework for Analysis", *University of California Davis Law Review* 2/1979, 260. Права деце у односу на свет у којем живе одсликавају више моралне захтеве, односно идеале којима се тежи у смислу права деце на слободу од сиромаштва или највећи степен здравствене заштите. Са друге стране, права деце на заштиту од злостављања или занемаривања имају за циљ детету пружити заштиту од неодговарајућег старања. *Ibid.*, 261.

обухватају значајна питања, попут прекида трудноће, одређивања школе коју ће дете похађати или места где ће дете живети.⁷⁶⁶ У том контексту, Валд примећује како се свака аутономија детета може остварити једино на рачун родитељске дискреције, при чему се доношење одлука може изместити или на дете или на друга одрасла лица.⁷⁶⁷ Међутим, поменути правни писац се одлучно изјашњава против самоодређења детета, чак и ако је способно доносити одговарајуће одлуке. Валд сматра како нарушавање родитељског ауторитета генерише породични конфликт, наноси штету свим члановима породице и утиче на спремност родитеља да преузимају одговорност за дете.⁷⁶⁸

Може се приметити како кроз обе поделе права деце провејава патерналистички приступ, при чему се дете првенствено доживљава као објект заштите, односно родитељског старања. Међутим, за преображај представе о деци кључну улогу имало је препознавање аутономних права детета. Покрет либерациониста, који се залагао седамдесетих година прошлог века за потпуно брисање граница између права одраслих и деце, отворио је врата једном умеренијем приступу, означеном као "либерални патернализам". Либерални патернализам представља приступ према којем се детету способном за расуђивање треба омогућити доношење одлука, али у мери у којој се неће угрозити примарна друштвена добра детета (слобода, развој и здравље).⁷⁶⁹ Једна од кључних фигура приступа правима деце сходно либералном патернализму јесте енглески професор Фримен, који је, према сопственом признању, временом све више напуштао патерналистичке оквире права детета.⁷⁷⁰ Сличан приступ одсликава и чувена Ејкеларова подела на основне, развојне и аутономне интересе детета, о којој је већ било речи у претходном делу рада. Приметно је како су се кроз концепт права деце преламале тензије између статичног посматрања детета, као објекта заштите и динамичног схватања детета као субјекта одлучивања и активног учесника у породичноправним односима. Поменути тензију између заштите и партиципације детета наследила је и КПД, као кључни међународноправни документ из области права деце.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, 270.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, 271.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, 276 - 277.

⁷⁶⁹ Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 495.

⁷⁷⁰ Вид. M. Freeman, Introduction, *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays from the International Journal of Children's Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011, 18.

КПД је на исцрпан начин кодификовала права деце обједињујући на једном месту права прве и друге генерације, односно како грађанска и политичка, тако и социјална, културна и економска права деце.⁷⁷¹ У правној теорији се усталила подела права из КПД на права заштите, обезбеђења и партиципације.⁷⁷² Права заштите имају за циљ заштиту деце од одређених врста понашања, којима би се деца као посебно рањива бића могла изложити и захтевају предузимање одговарајућих заштитних мера од стране државе.⁷⁷³ Као пример наведених права из КПД могу се навести право детета на заштиту од злостављања или занемаривања, као и право на заштиту од свих облика експлоатације.⁷⁷⁴ Са друге стране, правима на обезбеђење штите се најзначајнија лична добра детета, попут живота и здравља, али се поменутих правима истовремено настоје створити предуслови за интелектуални, емотовни и психички развој детета.⁷⁷⁵ Примере права на обезбеђење из КПД представљају право детета на живот и развој, право на образовање, као и право детета на социјалну заштиту.⁷⁷⁶ Треба рећи како су нека од права на обезбеђење у суштини више морални идеали или прокламације него права, попут права детета на највиши могући степен здравствене заштите.⁷⁷⁷ За поменута права се користи и израз "права добробити" ("*welfare rights*"), о чему је раније већ било речи.⁷⁷⁸ Као и у случају права заштите, одрасла лица, а пре свих родитељи детета и држава, имају позитивну обавезу омогућити остваривање права детета на обезбеђење.⁷⁷⁹

Код обе претходно наведене групе права, обавеза родитеља, односно лица која се непосредно старају о детету и државе подразумева одговарајуће чињење, односно позитивну дужност, активност и напор како би се деци омогућило вршење права на заштиту и права на обезбеђење. Насупрот томе, права детета на партиципацију су специфична управо по томе што захтевају активно учешће детета и самостално доношење одлука о сопственој судбини. Од родитеља и лица која се непосредно старају о детету се очекује да поменута права не нарушавају, односно да се уздрже од радњи којима ће ометати партиципацију детета.

⁷⁷¹ Вид. J. Fortin (2009), 39.

⁷⁷² E. Verhellen (1993), 366; M. Драшкић (2006), 12.

⁷⁷³ Вид. M. Freeman (2000), 277.

⁷⁷⁴ Вид. чл. 19 и чл. 32. КПД.

⁷⁷⁵ Вид. M. Драшкић (2000), 12 - 13.

⁷⁷⁶ Вид. чл. 6, чл. 28. и чл. 26. КПД.

⁷⁷⁷ Вид. чл. 24. ст. 1. КПД.

⁷⁷⁸ Вид. M. Freeman (2000), 278.

⁷⁷⁹ У том смислу вид. Eva Brems, "Children's Rights and Universality", *Developmental and Autonomy Rights of Children* (ed. J. Willems), Intersentia, Antwerpen - Oxford 2007, 18.

Срж партиципације детета представља право детета на мишљење, које је Комитет за права детета уздигао у један од четири основна принципа КПД. Поменуто право је сложено и подразумева да се детету способном формирати мишљење омогући слободно изражавање мишљења, да се исказаном мишљењу детета поклони дужна пажња, као и да се дете саслуша у судском или управном поступку који га се тиче.⁷⁸⁰ При томе, Комитет за права детета наглашава како се остваривање права на мишљење не сме везивати за одређени узраст детета, већ за способност формирања мишљења која се индивидуално разликује од детета до детета.⁷⁸¹ На тај начин, традиционални грађанскоправни појмови, попут пословне способности губе значај јер се право окреће ка сваком детету засебно, при чему се дете више не прилагођава праву, већ право детету. Посебан проблем је што се на право надовезује и одговорност, која би у случају права детета на мишљење требала почивати на детету као титулару права. Међутим, услед специфичног окружења у коме се поменуто право врши и тесне испреплетаности права детета на мишљење са родитељским правима и обавезама, део одговорности за изборе детета неминовно носе и родитељи.⁷⁸² Ова противуречност неминовно указује како се тешко може говорити о правима деце изван контекста права родитеља.⁷⁸³

Право детета на мишљење представља први и основни степен концепта партиципације детета на који се надовезују и остала аутономна права детета из КПД, попут права на слободу вероисповести или права на слободу удруживања и мирољубивог окупљања.⁷⁸⁴ Између наведених партиципативних права и права детета на заштиту постоји одређена тензија која се одсликава пре свега кроз различит доживљај детета као правног субјекта. Ипак, у правној науци се све више настоји показати како је наведена дихотомија лажна, односно како суштински не постоји сукоб између права детета на заштиту и права на партиципацију.⁷⁸⁵ У наведеном правцу креће се и активност Комитета за права детета који заговара "холистички" приступ правима деце, где су сва лична добра детета нераскидиво уткана у

⁷⁸⁰ Вид. чл. 12. КПД

⁷⁸¹ Para. 21. CRC/C/GC/12.

⁷⁸² Вид. Lothar Krappmann, "The weight of the child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child)", *International Journal of Children's Rights* 4/2010, 508.

⁷⁸³ Barbara Benneth Woodhouse and Kathryn Johnson, "The United Nations Convention on the Rights of the Child: Empowering Parents to Protect Their Children's Rights", *What is Right for Children* (M. Fineman, K. Worthington, eds.), Ashgate, Burlington 2009, 10.

⁷⁸⁴ Вид. чл. 14. ст. 1. и чл. 15. ст. 1. КПД.

⁷⁸⁵ У том смислу, Фримен истиче како без заштите, деца неће моћи остваривати самоодређење, док са друге стране непоштовање личности деце ће вероватно имати за исход подривање њихове заштите, при чему ће се деца свести на објекте интервенције. М. Freeman (2007), 356.

достојанство детета.⁷⁸⁶ При томе, тежиште се помера са заштите детета на заштиту права детета.⁷⁸⁷ Истовремено, принцип "најбољег интереса детета" се, илустративно речено, преображава из господара у слугу права деце. Кључну улогу у трансформацији поменутог принципа имају управо партиципативна права детета која са сазревањем детета све јаче потискују патерналистичке елементе из појма "најбољег интереса детета". У том смислу, "најбољи интерес детета" све мање представља критеријум за процену права деце, већ се одиграва обрнут процес у коме права деце постају мерило за одређивање садржине "најбољег интереса детета".⁷⁸⁸ Ипак, упркос свесрдној тежњи Комитета за права детета да наведени принцип конституционализује, патерналистички карактер "најбољег интереса детета" унутар реалности породичне сфере није лако потиснути. Метафорично речено, "најбољи интерес детета" се може замислити као новчић чија једна страна представља патерналистичке, а друга аутономне циљеве детета.

Како би се потпуно сагледао однос између принципа "најбољег интереса детета" и права деце, потребно је анализирати примену поменутог принципа у контексту сваког појединачног права детета из КПД. Међутим, такав приступ био би једнако нецелисходан, колико и непрактичан. Наиме, права детета исказују одређене заједничке карактеристике у зависности од тога да ли припадају правима на обезбеђење, партиципацију или заштиту. Комитет за права детета је унутар наведених група права препознао одређена основна права која представљају извориште осталих права деце и уздигао их је у ранг правних принципа. Као што је речено, у питању су право детета на живот, опстанак и развој, право детета на мишљење и право детета на заштиту од било ког облика дискриминације.⁷⁸⁹ Поменута права су носећи стубови КПД, чији је "најбољи интерес детета" темељ. Из тог разлога ће однос између принципа "најбољег интереса детета" и права деце сагледати кроз узајамну везу између наведеног принципа и три горе поменута основна права детета. При томе, посебно ће се указати на примену принципа "најбољег интереса детета" у контексту одређених права детета која исходе из права детета на живот, опстанак и развој, као и права детета на мишљење, односно заштите од било ког облика дискриминације. У том смислу, нарочита пажња ће се посветити праву детета на сазнање биолошког порекла, као изузетно важном сегменту права на

⁷⁸⁶ Вид. пара. 5. CRC/C/GC/14.

⁷⁸⁷ E. Verhellen (1993), 365 - 366.

⁷⁸⁸ Вид. пара. 5. CRC/C/GC/14.

⁷⁸⁹ Вид. пара. 12. CRC/GC/2003/5.

развој, праву детета на слободу вероисповести, као карактеристичном облику партиципације и слободе мишљења детета, као и праву детета на заштиту од телесног кажњавања као изразу принципа забране дискриминације деце.

2. "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА" КАО КРИТЕРИЈУМ ЗА ПРОЦЕНУ ПРАВА ДЕЦЕ

2.1. "Најбољи интерес детета" и право детета на живот, опстанак и развој

Право детета на живот, опстанак и развој представља основно и најзначајније право из групе права деце на обезбеђење. Штавише, поменутом праву се према схватању Комитета за права детета даје значај једног од четири основна правна принципа из КПД.⁷⁹⁰ Због тога се у правној литератури истиче холистички карактер права детета на живот, опстанак и развој, будући да од вршења наведеног права зависи и остваривање свих осталих права детета из КПД.⁷⁹¹

Правом детета на живот, опстанак и развој штите се три различита, али тесно испреплетана лична добра детета која се надовезују једно на друго. Зато се може рећи како право детета на живот, опстанак и развој представља својеврсну правну симбиозу три различита права која служе истом циљу, односно стварању предуслова за вршење свих осталих права деце. Треба нагласити како овде није реч о некаквим ужим правима или овлашћењима унутар јединственог права детета на живот, опстанак и развој, већ о специфичној заједници три посебна права детета која у својој свеукупности и узајамној вези чине темеље детињства. У том смислу, "живот", "опстанак" и "развој" представљају елементе који су нераскидиво уткани у појам "најбољег интереса детета". Због тога је, сликовито речено, однос између принципа "најбољег интереса детета" и права детета на живот, опстанак и развој једнак односу између лика и његовог одраза у огледалу.

⁷⁹⁰ Вид. *Ibid.*

⁷⁹¹ Вид. Зоран Поњавић, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2011, 233; М. Драшкић (2007), 268.

Унутар права детета на живот, опстанак и развој, живот представља несумњиво највредније лично добро детета. Према КПД, државе-уговорнице признају сваком детету неодвојиво право на живот.⁷⁹² Израз "неодвојиво" ("*inherent*") указује како је право на живот у нераскидивој вези са личношћу и постојањем детета као људског бића. Сходно томе, "право на живот је најосновније, најфундаменталније, примарно и врхунско право које се признаје свим људским бићима и без којег би заштита свих осталих људских права била бесмислена или мање ефикасна".⁷⁹³ Право на живот се као добро неодвојиво од личности титулара штити кроз бројне опште међународноправне акте, попут Универзалне декларације о људским правима, Међународног пакта о грађанским и политичким правима и ЕКЉП.⁷⁹⁴

У правној теорији постоји извесна дилема око правне природе људског права на живот. У том смислу, може се разликовати уска или негативна и широка, односно позитивна концепција наведеног права.⁷⁹⁵ Према првом схватању, право на живот рађа једино негативну обавезу државе и свих осталих лица да се уздрже од радњи којима би се могао угрозити живот једног лица. Међутим, према позитивном или ширем схватању поменуто право подразумева, поред негативних, и позитивне обавезе државе и осталих лица које служе очувању индивидуалног права на живот. Наведену концепцију права на живот усвојио је и Комитет Уједињених Нација за људска права ("*The United Nations Human Rights Committee*"), као надзорни орган за примену Међународног пакта о грађанским и политичким правима. У том смислу, "Комитет је запазио како се право на живот често уско тумачи. Израз "неодвојиво право на живот", ("*inherent right to life*") не може се на одговарајући начин разумети у рестриктивном смислу, а заштита овог права подразумева да државе усвоје

⁷⁹² Чл. 6. ст. 1. КПД.

⁷⁹³ Fisseha-Tsion Menghistu, "The Satisfaction of Survival Requirements", *The Right to Life in International Law* (B. Ramcharan, ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1985, 63.

⁷⁹⁴ Према чл. 3. Универзалне декларације о људским правима, "свако има право на живот, слободу и безбедност личности". У Међународном пакту о грађанским и политичким правима стоји како "свако људско биће има неодвојиво право на живот". Вид. чл. 6. ст. 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Поменути међународни уговор је усвојен заједно са Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима, Резолуцијом Генералне Скупштине Уједињених Нација бр. 2200 А (XXI) од 16. децембра 1966. године. Наша држава је ратификовала оба мултилатерална уговора о људским правима Законом о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима и Законом о ратификацији пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 7/71. Право на живот штити се и у чл. 2. ст. 1. ЕКЉП, као и кроз чл. 1. Протокола бр. 6. уз ЕКЉП из 1983. године, којим се укида смртна казна.

⁷⁹⁵ Детаљније вид. Douglas Hodgson, "The child's right to life, survival and development", *The International Journal of Children's Rights* 4/1994, 380 - 383.

позитивне мере. С тим у вези, Комитет сматра како би било пожељно да државе-уговорнице предузму све могуће мере како би се смањила смртност одојчади и увећао животни век, нарочито усвајањем мера против неодговарајуће исхране и епидемија".⁷⁹⁶

Из наведеног става Комитета за људска права, постаје јасно зашто се право детета на живот преплиће са правом на опстанак и развој. Право на живот губи значај ако дете нема приступ основним добрима и услугама неопходним за одржавање живота.⁷⁹⁷ У том смислу, право детета на живот не обухвата само живот као људско добро, већ живот вредан људског достојанства.⁷⁹⁸ Због тога се поменуто право не може тумачити тако да је обавеза државе и друштва према детету искључиво негативна.

Међутим, упркос неспорном значају права детета на живот, наведено право је унето у текст Нацрта КПД на самом крају процеса израде текста Конвенције. Разлог поменутог одлагања није био у томе што се право детета на живот подразумевало, односно што се сматрало како се поменуто право већ довољно штити кроз друге међународне уговоре о људским правима. Увођење права на живот у предвечерје доношења КПД последица је немогућности твораца Нацрта да пронађу одговор на нерешиву енигму правне науке и дају одговор на питање када у правном смислу почиње људски живот. Другим речима, може ли се као титулар права на живот јавити и нерођено дете? Од одговора на наведено питање не зависи само домашај права детета на живот, већ и опсег примене принципа "најбољег интереса детета".

Укључивању права детета на живот у текст Нацрта КПД претходила су бројна неслагања унутар радне групе. На крају, формирана је ужа радна група коју су сачињавали представници шест држава и UNICEF-а са задатком да коначно правно уобличи наведено право.⁷⁹⁹ Требало је остварити компромис између две тешко помирљиве струје, где су једни тражили да се право детету на живот признаје од

⁷⁹⁶ Para. 5. CCPR General Comment No. 6: Article 6 (Right to Life), adopted at the Sixteenth Session of the Human Rights Committee, on 30 April 1982.

⁷⁹⁷ D. Hodgson, 384.

⁷⁹⁸ Thoko Kaime, *The Convention on the Rights of the Child: A Cultural Legitimacy Critique*, Europa Law Publishing, Amsterdam 2011, 113.

⁷⁹⁹ Радна група је чак била близу становишта да се више не отвара дискусија поводом укључивања права детета на живот у текст Нацрта, али је на предлог пољског професора Лопатке (*Lopatka*) као председавајућег радне групе, ипак формирано уже радно тело са циљем да формулише наведено право детета. Вид. Jozef Dorscheidt, "The unborn child and the UN Convention on Children's Rights: the Dutch perspective as a guideline", *The International Journal of Children's Rights* 4/ 1999, 310. Поменуто ужа радна група је, поред представника UNICEF-а, обухватала представнике Аргентине, Бугарске, Индије, Италије, Норвешке и Уједињеног Краљевства). Para. 21. E/CN.4/1988/28. Вид. S. Detrick, J. Doek, N. Cantwell, 121.

момента зачећа, док су против тога били представници држава које су признавале могућност прекида трудноће под одређеним условима.⁸⁰⁰ На крају се усвојило солмонско решење, које питање правног статуса нерођеног детета оставља отвореним.⁸⁰¹ Детету се признаје неодвојиво право на живот, без назнака када живот у правном смислу почиње.

Ипак, извесне недоумице у смислу права нерођеног детета на живот унела је преамбула КПД. Наиме, у преамбули наведеног међународног уговора стоји како је детету "услед физичке и психичке незрелости потребна посебна заштита и брига, укључујући правну заштиту, како пре, тако и након рођења".⁸⁰² Реч је заправо о формулацији из преамбуле ДПД, која је у интегралном облику унета у КПД на инсистирање Свете Столице.⁸⁰³ Преамбула, за разлику од правила међународног уговора нема правно обавезујућу снагу, али представља важан основ за тумачење КПД.⁸⁰⁴ Из тог разлога, текст преамбуле КПД је послужио као аргумент у прилог признавања права нерођеног детета на живот. На тај начин систематско тумачење КПД се и извесном смислу сукобило са историјским методом тумачења наведеног међународног уговора. Поводом тога, сама радна група је у свом извештају изнела став како се поменути делом преамбуле не намерава прејудуцирати тумачење било које одредбе Конвенције.⁸⁰⁵

С обзиром да значајна већина држава признаје мајци право на прекид трудноће, у правној теорији је преовладало становиште како је КПД неутрална у смислу правног статуса нерођеног детета.⁸⁰⁶ Због тога се оставља државама-уговорницама да индивидуално одреде хоће ли предност дати праву нерођеног детета на живот или праву мајке на прекид трудноће.⁸⁰⁷ КПД тако изричито одређује када једно лице престаје имати положај детета, али не и када се поменути статус

⁸⁰⁰ На пример, за заштиту права детета на живот од момента зачећа залагале су се делегације Малте и Сенегала. Вид. J. Dorscheidt, 309. Наведено становиште нарочито је бранио представник Свете Столице, према којем дете и његов живот постоје од зачећа, при чему је за Свету Столицу нужно да се зачеће детета одиграло у браку. Вид. para. 25. E/CN.4/1988/28. Вид. S. Detrick, J. Doek, N. Cantwell, 121 - 122.

⁸⁰¹ Вид. чл. 6. ст. 1. КПД.

⁸⁰² Вид. пасус 9. преамбуле КПД.

⁸⁰³ Вид. пасус 3. преамбуле ДПД. О томе вид. Philip Alston, "The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child", *Human Rights Quarterly* 1/1990, 166.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, 169.

⁸⁰⁵ Вид. D. Hodgson, 377.

⁸⁰⁶ Вид. P. Alston (1990), 177 - 178; D. Hodgson, 377; J. Dorscheidt, 311.

⁸⁰⁷ Вид. P. Alston (1990), 177.

стиче.⁸⁰⁸ На тај начин, дискрецији држава-уговорница се оставља да одреде да ли се и у којој мери принцип "најбољег интереса детета" примењује и на период након зачећа, а пре рођења детета.

Међутим, премда се у државама које допуштају прекид трудноће не може говорити о принципу "најбољег интереса" нерођеног детета, то не значи са не препознају и не штите одређени интереси детета које није рођено. Наиме, у националним правним системима најчешће се нерођеном детету признаје условно ограничени правни субјективитет. Ограничени, јер му се, по правилу, признају одређена права из домена наследноправних односа, као и право на накнаду пренаталне штете у одговарајућим случајевима.⁸⁰⁹ Међутим, правни субјективитет детета је услован, не само због тога што је потребно да се оно живо роди, већ и из разлога што почива на вољи мајке у случајевима када је прекид трудноће слободан. Због тога се може рећи како се у домену слободног прекида трудноће не може говорити о праву детета на живот, чиме дискусија о "најбољем интересу детета" постаје беспредметна. Наведена констатација важи за све правне поретке који познају установу слободног прекида трудноће, укључујући и наше право.⁸¹⁰ Дакле, у случајевима слободног прекида трудноће преовладава концепција према којој фетус представља део телесног интегритета жене и предмет њеног аутономног одлучивања.⁸¹¹ Са друге стране, у литератури постоји становиште како право детета на живот настаје оног момента када прекид трудноће више није могућ.⁸¹² Нажалост, према нашем законодавству не постоји горња граница за апсолутну забрану прекида

⁸⁰⁸ Према КПД, дете је свако људско биће испод 18 година, осим уколико се по одговарајућем праву које се примењује на дете пунолетство не стиче раније. Вид. чл. 1. КПД.

⁸⁰⁹ У смислу способности за наслеђивање нерођеног детета, познато је правило према којем може наследити и зачето, а нерођено дете, под условом да се роди живо. Вид. чл. 3. ст. 2. Закона о наслеђивању Србије - ЗОН, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 и 101/2003 - одлука УСРС. Много су интересантније ситуације које се тичу права детета на накнаду пренаталне штете. Наведена штета може бити последица како радњи трећих лица, тако и саме мајке. У енглеској судској пракси поставило се питање могућности да се интереси нерођеног детета заштите у случајевима када жена која носи дете злоупотребљава алкохол и наркотице. Међутим, енглески судови одбијају могућност да се у таквим случајевима нерођеном детету постави привремени старатељ јер се то оцењује повредом права мајке на самоодређење. Тек након рођења детета, оно може потраживати накнаду штете од мајке која му је нанела штету злоупотребом дрога, алкохола и других штетних супстанци. Ипак, енглеско право не признаје накнаду штете од стране мајке у ситуацијама када је штета настала као последица саобраћајног удеса, скривљеног њеном непажњом. Вид. Marc Cornock, Heather Montgomery, "Children's rights in and out of the womb", *International Journal of Children's Rights* 1/2011, 9.

⁸¹⁰ Вид. чл. 2. ст. 1. и чл. 6. ст. 1. Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Службени гласник РС*, бр. 16/95 и 101/2005.

⁸¹¹ М. Cornock, Н. Montgomery, 8.

⁸¹² Вид. Зоран Поњавић, "Правни статус зачетог детета у нашем праву", *Правни живот* 7-8/1995, 90.

трудноће.⁸¹³ Само у таквим ситуацијама могло би се говорити о праву детета на живот јер наведено људско право не може бити ограничено. Због тога се у случајевима дозвољеног прекида трудноће услед медицинских или кривичноправних разлога, превасходно ради о ограничавању аутономије воље мајке, уместо афирмацији права детета на живот.

Као што је речено, на право детета на живот надовезују се и сва остала права из КПД, а пре свих права детета на опстанак и развој, која са поменутиим правом чине једну целину. У Конвенцији се наводи како ће државе-уговорнице "обезбедити опстанак и развој детета у највећем могућем степену".⁸¹⁴ Дефиницију појма "опстанак детета" дао је посматрач Светске здравствене организације на самом крају процеса израде Нацрта КПД. Према наведеној организацији, "опстанак" детета нарочито обухвата "надзор над одрастањем, оралну рехидратацију и контролу болести, дојење, имунизацију, давање простора детету, нутриционистички одговарајућу исхрану и описмењавање женске деце".⁸¹⁵ Може се приметити како Светска здравствена организација дефинише "опстанак" детета указујући на карактеристичне болне тачке које прате детињство и децу у одређеним деловима света. На основу наведене формулације, право детета на опстанак се може разумети као минимални ниво потреба које се морају задовољити како би се људски живот могао очувати, односно избећи смрт детета услед разлога који се могу спречити.⁸¹⁶

Право детета на опстанак се ближе одређује низом мера из КПД. Тако се поменутиим међународним уговором налаже државама-уговорницама да предузму одговарајуће мере како би се умањила смртност одојчади и деце, обезбедило пружање медицинске помоћи и здравствене заштите свој деци са тежиштем на развој примарне здравствене заштите, сузбила болест и неухрањеност деце, обезбедила одговарајућу пренатална и постнатална здравствена заштита мајкама, имао приступ образовању, развијала превентивна здравствена заштита, помогли и усмеравали родитељи по питањима планирања породице, образовања и осталих услуга.⁸¹⁷ Може се приметити како остваривање права детета на опстанак захтева посебно ангажовање државе, која са својим расположивим људским и материјалним ресурсима треба да помогне родитељима у остваривању наведеног права детета.

⁸¹³ На пример, према Закону о условима и поступку за прекид трудноће Црне Горе из 2009. године, прекид трудноће не може се извршити након 32. седмице од дана зачећа. Вид. чл. 4. наведеног Закона.

⁸¹⁴ Чл. 6. ст. 2. КПД.

⁸¹⁵ Para. 88. E/CN.4/1989/48.

⁸¹⁶ D. Hodgson, 383.

⁸¹⁷ Вид. чл. 24 ст. 2. тач. а - f. КПД.

Право детета на живот, опстанак и развој представља својеврсни приказ целокупног детињства, односно фаза кроз које дете пролази. Након рађања и опстанка, дете треба развити своје интелектуалне, емотивне и сазнајне способности. Због тога развој детета представља последњи од три степеника којим се заокружује целина наведеног права из КПД. За разлику од права детета на живот и опстанак, право детета на развој се изричито предвиђа нашим породичним законодавством. Тако се у ПЗ наводи како "дете има право на обезбеђење најбољих могућих животних и здравствених услова за свој правилан и потпун развој."⁸¹⁸ Наш законодавац је општу формулацију права детета на развој из КПД проширио и прилагодио у духу Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима.⁸¹⁹

Међутим, КПД говори о развоју детета као обавези држава-уговорница, док се у нашем породичном законодавству развој детета изричито уобличава као право детета.⁸²⁰ Формулација из ПЗ више одговара приступу Комитета за права детета, према којем се интереси детета штите преко права чији је титулар дете ("*right-based approach*"). У том смислу, формулација нашег законодавца уважава и уплив партиципативних елемената у концепт "развоја" детета, до које долази у све већој мери како дете сазрева. Са друге стране, исказивање потребе за развојем детета кроз обавезу родитеља и државе одговора изворној концепцији КПД према којој се питање развоја детета надовезује на живот и опстанак као лична добра детета.

Општа формулација права детета на развој подсећа више на морални идеал, него на право. Утопијски карактер остваривања "највећег могућег степена развоја детета" се додатно наглашава када се наведени израз искаже као право детета. Због тога о "највећем могућем степену развоја", треба говорити у смислу "највећег расположивог степена развоја" детета. Нажалост, у значајном броју држава, ресурси за остваривање права детета на развој су веома оскудни. Комитет за права детета је био свестан таквих околности, те у таквим ситуацијама сугерише државама-чланицама да настоје задовољити најнужније сегменте развоја детета. На пример, у Закључним препорукама упућеним Етиопији 1997. године, Комитет сматра како у ситуацији оскудности ресурса предност треба дати економским, социјалним и

⁸¹⁸ Чл. 62. ст. 1. ПЗ.

⁸¹⁹ У наведеном међународном уговору стоји како свако има право на уживање највишег могућег стандарда физичког и психичког здравља. Вид. чл. 12. ст. 1. Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима.

⁸²⁰ Упор. чл. 6. ст. 2. КПД са чл. 62. ст. 1. ПЗ.

културним правима детета, укључујући право на здравље, образовање и рехабилитацију, те да у том смислу највећу пажњу треба посветити систему примарне здравствене заштите.⁸²¹ Очито је како се у одређеним државама, право детета на развој заправо преклапа са правом детета на опстанак. Међутим, чак и у државама са највећим степеном социјалне и здравствене заштите не могу се сваком појединачном детету омогућити идентични предуслови развоја у конкретном случају. Због тога се може рећи како снажне идеалистичке примесе унутар појма "развоја" у доброј мери отежавају дефинисање, али и разграничење у пракси права детета на развој од сличних права из КПД.⁸²²

Ипак, иза апстрактне фасаде "развоја детета" крије се низ ужих и конкретнијих права детета којима се наведени концепт ближе одређује и конкретизује, попут права детета на образовање, права на здравствену заштиту или права детета да зна своје порекло. Тек кроз наведена права из КПД која служе принципу развоја детета може се уочити како концепт "развоја" садржи и значајне елементе партиципације и аутономије детета. Другим речима, преко ужих и конкретнијих права која представљају израз права детета на развој долази до продора принципа партиципације детета унутар свеобухватног концепта развоја детета.⁸²³ Принцип "најбољег интереса" у томе игра веома важну улогу. Наиме, наведено начело, постепеним преображајем свог патерналистичког карактера, постаје својеврсни мост за продор партиципативних елемената унутар општег права детета на развој. На тај начин граница између поменутог права и аутономних права детета постаје све флуиднија како дете одраста и сазрева, да би се на крају у потпуности изгубила. Све ово указује на несавршеност и у доброј мери артифицијелност подела права деце.

Општи карактер, али и неодређеност права детета на живот, опстанак и развој, нарочито у контексту развоја детета, упућује на закључак да се у случају наведеног права ради о моралном принципу који је добио свој правни израз. Потреба да се штити и омогући развој детета постоји на међународноправној сцени још од

⁸²¹ Вид. para. 28. CRC/C/15/add. 67. Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Ethiopia.

⁸²² Вид. D. Hodgson, 385.

⁸²³ На пример, према нашем породичном законодавству, дете које је навршило 15 година живота и које је способно за расуђивање може одлучити коју ће средњу школу похађати. Чл. 63. ст. 2. ПЗ. Такође, дете истог узраста које је способно за расуђивање може дати пристанак за предузимање медицинског захвата. Вид. 62. ст. 2. ПЗ.

1924. године и принципа Декларације Лиге Нација о правима детета.⁸²⁴ У односу на наведену Декларацију, појам развоја детета је данас вишеструко проширен и подразумева физички, душевни, духовни, морални, психолошки и друштвени развој детета.⁸²⁵ Као што се може видети, појам "развоја" детета је добио на својој ширини, али не и одређености. Из тог разлога, право детета на развој суштински представља правни принцип, који се може ближе одредити једино кроз одговарајућа правна правила, односно конкретнија права детета. Као што је речено, у питању су права из домена образовања, социјалне и здравствене заштите, али и о права детета везана за родитељско старање. Последња група права је од посебног значаја, те ће се посебно обрадити у раду, премда суштински припада праву детета на развој. У том смислу, право детета да зна ко су му родитељи, право да живи са својим родитељима и право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи издвајају се и у нашем породичном законодавству.⁸²⁶ Без обзира што се поменута права остварују као израз знатно ширег права детета на развој, однос између родитеља и деце није могуће посматрати искључиво из угла права детета. Реч је о узајамним и тесно испреплетаним односима који чине јединствено окружење за одрастање и развој детета. У поменутом контексту, принцип "најбољег интереса детета" треба схватити као везивно ткиво између односа у породици, а не оруђе за доминацију права деце над родитељским правима. Сходно томе, право детета да живи са својим родитељима, као и право да са њима одржава личне односе, чини уједно и важан сегмент вршења родитељског права. Са друге стране, право детета на сазнање порекла представља предуслов за успостављање, али и функционисање правног односа између родитеља и деце. Из тог разлога, право детета да зна своје порекло ће се на овом месту размотрити као посебна целина, док ће о праву детета да живи са својим родитељима, односно праву да са родитељима одржава личне односе, бити више речи у делу који се односи на вршење родитељског права.

⁸²⁴ У Принципу I поменуте Декларације наводи се како се детету морају дати средства неопходна за његов нормални развој, како физички, тако и духовни.

⁸²⁵ Вид. чл. 27. ст. 1. КПД и пара. 12. CRC/GC/2003/5.

⁸²⁶ Вид. чл. 59., чл. 60. и чл. 61. ПЗ.

2.2. "Најбољи интерес детета" и право детета да зна своје порекло као израз права детета на развој

2.2.1. Опште напомене о праву детета да зна своје порекло

Право детета да зна своје порекло представља део ширег права на идентитет, као важан сегмент психичког, духовног и друштвеног развоја детета.⁸²⁷ Поменуто право није неограничено, попут права на живот или опстанак детета, већ се остварује као израз деликатне равнотеже између интереса детета и његових родитеља, односно трећих лица. Основну полугу наведене равнотеже представља принцип "најбољег интереса детета" који се примењује у односима који обухватају дете и његове родитеље. Међутим, појам родитеља у контексту права детета да зна своје порекло није ни изблиза тако једноставан. Наиме, развитком медицине и технологија биомедицински потпомогнутог оплођења, долази до фрагментације појма родитељства, те се може говорити о генетском, биолошком, социолошком или правном аспекту очинства и материнства. Ако се у обзир узме и традиционална установа усвојења, постаје очито колико је простор за примену права детета да зна ко су му родитељи прожет интересима различитих учесника породичноправних односа. У том смислу, садржина принципа "најбољег интереса детета" се одређује унутар сложеног сплета права и интереса више различитих лица и укључује како патерналистичке, тако и партиципативне елементе. При томе, "најбољи интерес детета" се у контексту права детета да зна своје порекло неминовно исказује кроз давање предности једном виду родитељства наспрам другог у конкретном случају. На пример, у случајевима када се забрањује утврђивање очинства детета зачетог уз биомедицинску помоћ, предност се даје социолошко-правном у односу на генетско родитељство. Тачније, "најбољи интерес детета" у светлу права детета да зна своје порекло преставља конкретан избор између различитих вредности, попут очувања јединства породице, приватности донора, тајности поступка усвојења, мишљења детета, заштите психичког интегритета детета, као и односа између различитих аспеката родитељства у конкретном случају. Из наведених разлога, примена и

⁸²⁷ Вид. Марија Драшкић, "Право детета на сазнање порекла", *Правни капацитет Србије за европске интеграције* (ур. С. Лилић), 2009, 41.

домашај права детета на сазнање порекла један од сложенијих проблема у породичноправној науци и судској пракси.

Право детета да зна своје порекло препознају како КПД, тако и ЕКЈП и национална законодавства. Тако, КПД предвиђа како се дете мора регистровати одмах након рођења и имати право на име, право на стицање држављанства и кад год је то могуће, права да зна ко су му родитељи и да се они старају о њему.⁸²⁸ Приметно је како су у првом плану наведеног правила КПД поједини други елементи идентитета детета, попут имена или држављанства. Разлог за поменути приступ лежи у околности што су творци КПД приликом формулисања права на идентитет детета били инспирисани конкретним проблемом са којима су се суочила деца и породице у Аргентини у периоду између 1975. и 1983. године и режима војне хунте.⁸²⁹ Тада је знатан број деце одузиман од мајки одмах по рођењу, те се касније губио траг њиховом пореклу.⁸³⁰ Ипак, Комитет за права детета нема дилему како се поменути правилу КПД штити и право детета на сазнање порекла.⁸³¹

Из формулације КПД се види како је право детета да зна своје порекло ограничено, али у осетно мањој мери него што то сугерише званични превод Конвенције на српски језик. Наиме, према нашем преводу дете има право да зна "ако је то могуће ко су му родитељи".⁸³² У нашој правној литератури се с правом указује како поменута формулација представља неодговарајући превод енглеског израза "*as far as possible*", којим се у тексту КПД означавају границе остваривања права детета на сазнање порекла. У том смислу, више би одговарао превод како дете има право знати ко су му родитељи "кад год је то могуће" или, како наводи проф. Драшкић, "увек када је то могуће".⁸³³ Практичне последице недоследности нашег превода нису безначајне. Наиме, из формулације нашег Закона о ратификацији КПД може се

⁸²⁸ Чл. 7. ст. 1. КПД.

⁸²⁹ Вид. М. Драшкић (2009), 40.

⁸³⁰ Вид. Jane Fortin, "Children's Rights to know their origins - too far, too fast?", *Child and Family Law Quarterly* 3/2009, 345.

⁸³¹ Тако, "у светлу чл. 3. и 7. Конвенције, Комитет препоручује да држава-уговорница предузме све неопходне мере како би омогућила свој деци, независно од околности њиховог рођења, као и усвојеној деци, да добију информације о идентитету својих родитеља, у обиму у коме је то могуће". Закључна запажања Комитета за права детета поводом другог периодичног извештаја Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске од 09. октобра 2002. године - CRC/C/15/Add. 188, para. 32. Такође, "Комитет препоручује да држава-уговорница предузме све неопходне мере како би обезбедила да се чл. 7., нарочито право детета да зна, колико год је то могуће, ко су му родитељи, буде у целости примењено у светлу принципа недискриминације (чл. 2.) и и принципа најбољег интереса детета (чл. 3.)..." Закључна запажања Комитета за права детета поводом другог периодичног извештаја Француске од 30 јуна 2004. године - CRC/C/15/Add. 240, para. 24.

⁸³² Вид. чл. 7. ст. 1. Закона о ратификацији Конвенције Уједињених Нација о правима детета из 1990. године.

⁸³³ Вид. М. Драшкић (2009), 41.

закључити како право детета на сазнање порекла стоји на равноправним основама са одговарајућим правима родитеља и других лица, чиме се у значајној мери умањује вредност принципа "најбољег интереса детета".

Ипак, за одређивање садржине и домашаја права детета да зна своје порекло, а самим тим и примене принципа "најбољег интереса детета" у наведеном контексту, од знатно већег значаја је пракса Европског суда за људска права. У пракси поменутог суда право детета на сазнање порекла се остварује у светлу права на приватни живот неког од учесника породичноправних односа, а најчешће родитеља детета.⁸³⁴ Суд у Стразбуру има богату праксу по питању права детета да зна ко су му родитељи, о чему ће посебно бити речи касније.

Коначно, у многим националним законодавствима, укључујући и наше, право детета на сазнање порекла је добило значај уставног права. Тако, према УС "свако дете има право на лично име, упис у матичну књигу рођених, право да сазна своје порекло и право да очува свој идентитет".⁸³⁵ Немачки правни систем познаје право детета на сазнање порекла од 1989. године преко доктрине о праву личности, коју је развио немачки Савезни уставни суд на основу одговарајућих уставних одредби и правила Немачког грађанског законика.⁸³⁶ У том смислу, немачко право представља пионира развоја идеје о праву детета да зна своје порекло међу националним законодавствима на европском правном простору. Тако, према немачком Уставу "свако лице имаће право на слободан развој своје личности све док не повређује права других и крши уставни поредак и морално право".⁸³⁷ Право на слободни развој личности је према тумачењу немачког Уставног суда тесно повезано са достојанством личности.⁸³⁸ Основ права на сазнање порекла се према немачкој правној теорији изводи из права на информативно самоодређење које представља сегмент права личности.⁸³⁹ Информативно самоодређење претпоставља право на информације које одређују индивидуалност детета, у шта се могу подвести и информације о његовом пореклу.⁸⁴⁰

⁸³⁴ Вид. Richard Blauwhoff, "Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins - Has 'to know or not to know' ever been legal question?", *Utrecht Law Review* 2/2008, 99.

⁸³⁵ Чл. 64. ст. 2. УС.

⁸³⁶ Вид. R. Blauwhoff (2008), 112 - 113.

⁸³⁷ Чл. 2. ст. 1. Устава Савезне Републике Немачке.

⁸³⁸ Вид. Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997, 298. Према чл. 1. ст. 1. немачког Устава, људско достојанство је неповредиво.

⁸³⁹ Вид. R. Blauwhoff (2008), фн. 5.

⁸⁴⁰ Вид. Гордана Ковачек - Станић, *Право детета да зна своје порекло*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 1997, 135,

Питање права детета да зна своје порекло, а самим тим и примене принципа "најбољег интереса детета" у контексту наведеног права, може се јавити у различитим ситуацијама. Тако се може говорити о остваривању права детета на сазнање порекла у случајевима природног зачећа и рођења детета, усвојења, рођења уз помоћ биомедицински потпомогнутог оплођења, анонимног порођаја и сурогације.⁸⁴¹ Нарочит импулс вршењу и домашају наведеног права даје узлет репродуктивне медицине и могућност прецизног утврђивања генетског порекла путем ДНК анализе. Међутим, развој хумане генетике и медицинских техника асистираних репродукције често доводе до различитих последица у домену породичних односа. Тако, док могућност ДНК вештачења може утицати на подривање породичне стабилности и кохезије, зачеће уз помоћ репродуктивне медицине често служи управо очувању нуклеарне породице.⁸⁴²

Ипак, право детета на сазнање порекла се данас остварује у крајње сложеној клими фрагментираног појма родитељства и потребе да се задовоље принципи "најбољег интереса детета" и забране дискриминације. Из тог разлога, донети наведеног права, нарочито у контексту "најбољег интереса детета" и остваривања равнотеже са правима родитеља и других лица, представљају предмет сталног преиспитивања. У том смислу, границе домашаја права детета да зна своје порекло могу се одредити само уз осврт на примену поменутог права у различитим породичним ситуацијама. Први корак нужно представља разматрање остваривања поменутог права и примене принципа "најбољег интереса детета" у случајевима зачећа и рађања детета природним путем.

2.2.2. "Најбољи интерес детета" у светлу права на сазнање порекла детета зачетог и рођеног природним путем

2.2.2.1. "Најбољи интерес детета" као мера правне вредности

биолошког порекла детета

Право детета да зна своје порекло подразумева утврђивање биолошке истине око материнства и очинства детета као сегмената породичног статуса детета. Ипак,

⁸⁴¹ Вид. *Ibid.*, 14; М. Драшкић (2009); вид. М. Драшкић (2009), 42 - 50; R. Blauwhoff, 100.

⁸⁴² J. Fortin (2009 b), 343 - 344.

биолошко порекло детета не мора увек одговарати правно признатом родитељскоправном односу у конкретном случају. Разлози са неподударност биолошког и правног родитељства могу бити различити, од објективних немогућности утврђивања биолошког порекла детета, субјективних препрека да се утврди биолошка истина, до законских ограничења и забрана које стоје на путу да се утврди порекло детета у одређеним ситуацијама.⁸⁴³ При томе, принцип "најбољег интереса детета" има двоструку улогу. Најпре, поменути принцип може служити као аргумент у прилог утврђивања истине о биолошком пореклу детета. У наведеним случајевима принцип "најбољег интереса детета" се исказује и афирмише управо кроз право детета да зна своје порекло. Међутим, наведени принцип може послужити и као средство за ограничавање или чак, ускраћивање права детету да зна ко су му биолошки родитељи. У том смислу, "најбољи интерес детета" представља основни критеријум за доношење одлуке о усклађивању или раздвајању биолошког и правног појма родитељства у конкретним ситуацијама. Наиме, у одређеним случајевима може се проценити како се приликом заснивања родитељскоправног односа предност треба дати психолошком или социолошком концепту родитељства насупротив његовом биолошком изразу.

Обе улоге принципа "најбољег интереса детета" у контексту права детета на сазнање порекла одређује, по правилу, законодавац. Због тога је важно нагласити како се у области утврђивања порекла детета, садржина принципа "најбољег интереса" најчешће уобличава путем формулисања одговарајућих правних претпоставки. Значај утврђивања порекла детета и утицај који истина о биолошком пореклу детета може имати на породичноправни статус родитеља и деце намеће одсуство дискреције доносилаца одлука о "најбољем интересу детета". Сходно томе, преваходно је на законодавцу је да правно уреди однос између биолошког, социолошког и психолошког концепта родитељства приликом прописивања правила о заснивању, односно оспоравању правног појма родитељства. Тако, правни појам родитељства може у већој или мањој мери почивати на материјалној, односно биолошкој истини, што ће првенствено зависити од тумачења "најбољег интереса детета" од стране конкретног законодавства. При томе, "најбољи интерес детета" не може деловати као изолован правни принцип, већ се мора посматрати и примењивати и у контексту легитимних права и интереса осталих чланова породице,

⁸⁴³ Детаљније вид. М. Драшкић (2009), 42.

односно одговарајућих лица. Такође, садржина "најбољег интереса детета" се мења у зависности од узраста и зрелости детета, што значи како се и однос између биолошког, психолошког и социолошког аспекта родитељства мења током одрастања детета. Као што ће се показати, што је дете старије и интегрисаније у своје породично окружење, право детета на сазнање порекла у све већој мери може долазити у сукоб са социолошким вредностима, попут стабилности и континуитета породичних односа у којима дете учествује. Илустративно речено, на законодавцу је да обезбеди рецепт за вредновање права детета на сазнање биолошког порекла у контексту "најбољег интереса детета". Кључ за поменути рецепт лежи у одређивању најпримеренијег односа између психолошких, социолошких и биолошких сегмената родитељства унутар правног појма родитеља. Како законодавац може одређивати садржину принципа "најбољег интереса детета" једино путем правних претпоставки, јер пред собом нема индивидуално дете, реално је како законска решења из домена утврђивања порекла детета неће одговарати наведеном принципу у сваком конкретном случају.

2.2.2.2. "Најбољи интерес детета" у контексту правила о утврђивању и оспоравању материнства

Без обзира на формалноправну изједначеност правних аспеката очинства и материнства, биолошко порекло детета према мајци и оцу нема исти значај. Тако се, још од чувене одлуке у случају *Marckx v. Belgium*, утврђивање материнства престало везивати за брачни статус мајке детета на европском правном простору, сходно максими *mater semper certa est*.⁸⁴⁴ Из наведене праксе Суда у Стразбуру произилази како чињеница рађања детета обједињује биолошки и правни појам материнства. Ретки су случајеви када се материнство детета не може правно засновати, а да је претходно познато биолошко порекло детета према мајци. Чувени изузетак од

⁸⁴⁴ Вид. *Marckx v. Belgium* [6833/74] од 13. јуна 1979. године. Према схватању Суда за људска права у једној од својих најугицајнијих одлука, право на породични живот не разликује брачну од ванбрачне породице, те природна веза која се успоставља између мајке и детета рађањем представља основ за успостављање породичног живота, без обзира да ли је мајка у време рађања била у браку или не (*para. 31.*). Један од изузетака представља породично законодавство Црне Горе, према којем се за утврђивање материнства аналогно примењују правила о утврђивању очинства. То практично значи како начин утврђивања материнства зависи од брачног статуса мајке, што је у неслагласности са наведеном праксом Европског суда за људска права. Вид. чл. 111. Породичног закона Црне Горе из 2007. године.

наведеног правила представља установа "анонимног порођаја" ("*accouchement sous X*"), која у Француској има традицију још од времена Револуције из 1789. године.⁸⁴⁵

Право на анонимни порођај подразумева могућност да мајка након рођења детета захтева од здравствене установе да њен идентитет остане сачуван.⁸⁴⁶ Тако дете и поред живе и познате мајке остаје без утврђеног материнства и могућности да у каснијем судском поступку утврди порекло према оба родитеља.⁸⁴⁷ С обзиром да могућност анонимног порођаја значи ускраћивање права детету на сазнање порекла у правној науци постоје бројне полемике колико је наведено право мајке у сагласности са "најбољим интересом детета". Са једне стране, у прилог права на анонимни порођај наводи се спречавање могућег прекида трудноће и чедоморства.⁸⁴⁸ Поједини феминистички писци такође бране поменути установу тврдећи како заправо представља продужетак права жене на прекид трудноће.⁸⁴⁹ Ако се остави по страни наведена феминистичка фикција која у потпуности негира личност детета, може се поставити питање да ли се о усаглашености права мајке на анонимни порођај са "најбољим интересом детета" може говорити искључиво на основу чињенице како је детету омогућено да се роди? Одређивање садржине "најбољег интереса детета" на основу приступа заснованог на правима деце ("*the right-based approach*"), за који се залаже Комитет за права детета, даје негативан одговор на постављено питање.

Наиме, неспорно је како је право детета на живот фундаментално право из КПД, које представља предуслов за остваривање свих осталих права деце. Такође, ако би се поменутом праву супротставило право детета на сазнање порекла, право детета на живот би однело превагу. Међутим, тако груба и поједностављена анализа није могућа. Право детета на живот не подразумева само пуко рађање детета, већ и живот који ће уважавати достојанство његове личности. Примена принципа "најбољег интереса детета" захтева холистички приступ како би се уважио физички, психички, морални и духовни интегритет детета и промовисало његово људско достојанство.⁸⁵⁰ У том смислу, право детета на живот чини, не без разлога, својеврсну правну заједницу и целину са правима детета на опстанак и развој. Зато

⁸⁴⁵ За детаљан приказ историјског развоја права на анонимни порођај у Француској вид. Nadine Lefaucheur, "The French 'Tradition' of Anonymous Birth: The Lines of Argument", *International Journal of Law, Policy and Family* 3/2004, 320.

⁸⁴⁶ Чл. 326. Француског грађанског законика.

⁸⁴⁷ Вид. М. Драшкић (2009), 48.

⁸⁴⁸ Вид. N. Lefaucheur, 332.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, 333.

⁸⁵⁰ Para. 5. CRC/C/GC/14.

се право детета на живот мора тумачити широко, уместо уско и негативно, о чему је већ било речи. Сходно томе, Комитет за права детета изражава своју забринутост како француска правила "у погледу права детета да зна своје порекло, укључујући случајеве где мајка захтева да њен идентитет остане у тајности током порођаја и уписа материнства можда у потпуности не одсликавају правила Конвенције, а посебно њене опште принципе".⁸⁵¹ Право на анонимни порођај подсећа на својеврсну "бланко сурогацију", где се дете носи и рађа да би се о њему старало непознато лице које ће држава одредити. Парадоксално, француско право изричито забрањује сурогацију, али предвиђа наведени организовани облик напуштања детета под покровитељством државе.⁸⁵² Због тога се тешко може прихватити како је установа анонимног порођаја у сагласности са "најбољим интересом детета", без обзира на индивидуалистички карактер поменутог принципа.

Упркос свему, Европски суд за људска права је заузео другачији став у случају *Odièvre v. France*, чиме се оглушио о сугестије Комитета за права детета као надзорног органа за примену КПД.⁸⁵³ У поменутом случају, Суд је истакао како француско законодавство о праву на анонимни порођај има за циљ остварити равнотежу између супротстављених интереса мајке и детета, те да француске власти нису прекорачиле поље слободне процене, које у овом случају мора постојати због сложених и осетљивих питања приступа информацијама о нечијем пореклу, као проблему који се тиче права на познавање личне историје, избора који чине биолошки родитељи и постојећих породичних веза и интереса усвојитеља.⁸⁵⁴ Поменута одлука је изазвала велике полемике и унутар самог Великог већа. У том смислу, седморо судија су у заједничком издвојеном мишљењу истакли како право на анонимни порођај "представља дискреционо право мајке да донесе патњу детету одмах по рођењу и осуди га на доживотно игнорисање. Из тог разлога, овде не може бити речи о мултилатералном систему који обезбеђује равнотежу између супротстављених интереса".⁸⁵⁵ Такође, поменуте судије су додале како се правом на

⁸⁵¹ Закључна запажања Комитета за права детета поводом иницијалног извештаја Француске од 25. априла 1994. године - CRC/C/15/Add. 20, para. 14.

⁸⁵² Према француском праву, "сви уговори који се односе на рађање, односно ношење детета у корист трећег лица су ништави". Чл. 16 - 7. Француског грађанског законика.

⁸⁵³ Вид. *Odièvre v. France* [42326/98] од 13. фебруара 2003. године.

⁸⁵⁴ Вид. *Odièvre v. France*, para. 49.

⁸⁵⁵ Joint Dissenting Opinion of Judges Wildbauer, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Baretto, Tulkens and Pelonpää concerning judgement in case *Odièvre v. France*, para. 7.

анонимни порођај могу на исти начин паралисати и права трећих лица, нарочито она која припадају биолошком оцу и браћи и сестрама детета.⁸⁵⁶

Право мајке на анонимни порођај представља пример ускраћивања права детету на сазнање порекла које тешко може одговарати "најбољем интересу детета", без обзира на индивидуални карактер наведеног принципа. У складу са правом на анонимни порођај, у француском праву се материнство не утврђује непосредно на основу рођења детета, већ уписом материнства у одговарајући регистар, који има конститутивни значај.⁸⁵⁷ У регистар грађанског стања се уписује жена која је дете родила, али на основу њене воље, а не чињенице рођења детета.⁸⁵⁸ Француско законодавство генерално даје већи значај социолошком аспекту родитељства у односи на истину о биолошком пореклу детета. Тако, поред права на анонимни порођај, у француском праву постоји једнако стара традиција да се материнство може утврђивати на основу очигледног породичног статуса детета (*possession d'état*).⁸⁵⁹ Према наведеној установи, материнство, али и очинство детета, могу се утврдити на основу очигледних чињеница које карактеришу однос између родитеља и детета.⁸⁶⁰ Наведене чињенице се традиционално означавају као *nomen, tractatus* и *fama*.⁸⁶¹ Другим речима, материнство и очинство ће моћи да се утврде на основу очигледног породичног статуса ако дете носи презиме одређеног мушкарца и жене, ако се наведени пар о њему стара и издржава га, као и уколико се у јавности поменути лица сматрају родитељима детета.⁸⁶²

Ипак, у већини упоредних законодавстава материнство се утврђује на основу чињенице рођења детета.⁸⁶³ Тачније, материнство се заснива уписом жене која је родила дете као мајке у одговарајући регистар у административном поступку, при

⁸⁵⁶ *Ibid.*

⁸⁵⁷ Вид. чл. 311 - 25. Француског грађанског законика.

⁸⁵⁸ Вид. Richard Blauwhoff, *Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children's rights to know their genetic origins*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Утрехту 15. маја 2009. године, *Intesentia*, Antwerpen - Oxford 2009, 177.

⁸⁵⁹ Доктрина *possession d'état* постоји у Француској још од 18. века и иницијално је служила као средство за утврђивање порекла протестантске деце, која нису свој статус могла доказивати на основу одговарајућих регистара грађанског стања. Вид. *Ibid.*, 215.

⁸⁶⁰ Caroline Forder and Kees Saarloos, *The establishment of parenthood: A story of successful convergence?*, Faculty of Law Universiteit Maastricht, Maastricht 2007, 9.

⁸⁶¹ R. Blauwhoff (2009), 215.

⁸⁶² С. Forder and K. Saarloos, 9. За детаљну листу чињеница које чине *possession d'état* вид. чл. 311 - 1. Француског грађанског законика.

⁸⁶³ Вид. чл. 42. ПЗ; чл. 1591. Немачког грађанског законика; чл. 48. ст. 1. Породичног закона Руске Федерације; Чл. 198. Холандског грађанског законика; чл. 1463. Грчког грађанског законика; Чл. 2. ст. 1. норвешког Закона о односима родитеља и деце.

чему је упис декларативног карактера.⁸⁶⁴ Значај правила према којем је мајка детета жена која је родила дете јесте у томе што држава не може наметати никакве друге услове за наведени упис, осим чињеница рођења детета.⁸⁶⁵ Сходно томе, упис жене која је дете родила као мајке у одговарајући регистар је обавезан и постоји дужност одређених лица да рођење детета пријаве.⁸⁶⁶ Ипак, могућност давања сагласности за усвојење без означавања усвојитеља, која се, на пример, предвиђа у нашем праву, у пракси може имати одређене сличности са установом анонимног порођаја, о чему ће касније бити више речи.⁸⁶⁷

Упис рођења детета у одговарајући регистар грађанског стања и жене која га је родила као његове мајке представља истовремено остваривање права детета на сазнање порекла и афирмацију принципа "најбољег интереса детета". Другим речима, наведени случај представља пример када се поменути принцип доследно исказује кроз право детета да зна своје порекло. Наиме, у ситуацијама када је социолошки сегмент родитељства још увек у повоју, биолошко порекло детета представља доминантну вредност приликом заснивања родитељскоправног односа.

Међутим, у правној литератури постоји став како упис рођења детета нема ништа заједничко са принципом "најбољег интереса детета", већ представља једино обавезу према детету корелативну његовом праву на сазнање свог порекла када год је то могуће.⁸⁶⁸ Истина је како постојање обавезе уписа рођења детета у регистре грађанског стања искључује могућност примене принципа "најбољег интереса детета" у свом индивидуалистичком смислу.⁸⁶⁹ Ипак, то не значи како приликом уписа рођења детета наведеног принципа нема јер се "најбољи интерес детета" мора поштовати, између осталог, и у поступцима које предузимају административни

⁸⁶⁴ Вид. Зоран Поњавић, "Остваривање и заштита права детета да зна своје порекло", *Правна ријеч*, 2010, 302. Према нашем праву, матичар врши упис детета у матичну књигу рођених на основу пријаве рођења коју најчешће доставља одговарајућа здравствена установа најкасније у року од 15. дана од рођења детета. Вид. чл. 47. ст. 1. и 48. ст. 1. Закона о матичним књигама - ЗМК, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009. Према се у пријави рођења подаци о родитељима не могу уписивати из здравствене легитимације, у пракси се ипак дешавало да се то чини. Вид. чл. 5. Правилника о поступку издавања пријаве рођења детета и обрасцу пријаве рођења у здравственој установи, *Службени гласник РС*, бр. 25/2011. Мајка детета може из различитих побуда отићи са туђом здравственом легитимацијом у породициште, услед чега се као мајка детета може уписати погрешна жена. Наведена грешка се може отклонити само у судском поступку за оспоравање материнства. Детаљније вид. Г. Ковачек - Станић (1997), 30.

⁸⁶⁵ Вид. Andrew Vainham, "What is the point of birth registration?", *Child and Family Quarterly* 4/2008, 469.

⁸⁶⁶ Вид. чл. 47. ЗМК.

⁸⁶⁷ Вид. чл. 95. ст. 2. ПЗ.

⁸⁶⁸ А. Vainham (2008), 472.

⁸⁶⁹ Тако, одговарајуће службено лице не може одбити упис конкретне жене која је дете родила у регистар под изговором како упис не би био у "најбољем интересу детета".

органи.⁸⁷⁰ Сходно томе, у поменутом случају садржину принципа "најбољег интереса детета" одређује законодавац у облику необориве правне претпоставке како је у "најбољем интересу детета" да се одмах по рођењу као мајка детета упише жена која је дете родила. Наведени принцип се у области утврђивања порекла детета према родитељима обично исказује кроз одговарајуће правне претпоставке, јер законодавац тешко допушта примену дискрецију приликом одлучивања о тако важним питањима.

Уколико жена која је родила дете није уписана у матичну књигу рођених као мајка детета, њено материнство се, по правилу, може утврдити само судском одлуком.⁸⁷¹ Могућност заснивања материнства признањем, која је постојала по нашем бившем породичном законодавству и још увек постоји у одређеним националним правним системима није у складу са природом материнства као базичним родитељскоправним односом.⁸⁷²

За разлику од уписа жене која је родила дете као мајке, супсидијарни облици утврђивања материнства не морају увек одговарати принципу "најбољег интереса детета". У том смислу, могу се у основним цртама разликовати два различита приступа националних законодавстава. Према првом приступу, ако се материнство не упише одмах по рођењу детета, протеклом времена биолошко порекло детета према мајци све више губи на значају и право детета на сазнање порекла се у све већој мери удаљава од принципа "најбољег интереса детета". Наиме, што је дужи период без утврђеног материнства након рођења детета, у појединим правним системима уместо биолошке везе између мајке и детета, за појам материнства постају значајније неке социолошке везе које је дете временом успоставило. Због тога одређен број европских држава не предвиђа процедуру за утврђивање материнства када се порекло детета према мајци није утврдило уписом у одговарајући регистар одмах након рођења детета. Истовремено, не регулише се ни поступак за оспоравање материнства за којим се може јавити потреба у изузетним случајевима. Типичне примере за наведени приступ утврђивању материнства детета представљају немачко и холандско право. Тако, према већинском ставу немачке

⁸⁷⁰ Вид. чл. 3. ст. 1. КПД.

⁸⁷¹ На пример, вид. чл. 44. ст. 1. ПЗ;

⁸⁷² Вид чл. 93. у вези са чл. 100. бившег Закона о браку и породичним односима Републике Србије, *Службени гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/01. Могућност признања материнства данас, примера ради, постоји у породичном законодавству Бугарске, Хрватске, Црне Горе. Вид. чл. 64. ст. 1. Породичног закона Бугарске из 2009. године; чл. 56. ст. 1. Обитељског закона Хрватске из 2003. године; чл. 104. у вези са чл. 111. Породичног закона Црне Горе из 2007. године.

правне доктрине материнство детета се не може накнадно нити утврђивати, нити оспоравати, без обзира на околности услед којих је дете остало без утврђеног биолошког, односно истинитог биолошког порекла према мајци.⁸⁷³ Слично немачком праву, према холандском законодавству не предвиђа се могућност, како признања материнства, тако ни накнадног утврђивања, односно оспоравања материнства, што је предмет сталних критика феминистичких правних писаца.⁸⁷⁴ Наведеним решењима, биолошка веза између детета и мајке вреднује се само у моменту рођења детета у контексту рокова за упис материнства у одговарајуће регистре грађанског стања, док након тога доминантна вредност постаје социолошко материнство. Материнство, не без разлога, чини стуб правила о утврђивању порекла детета. За поменуте правне поретке наведени стуб мора се изградити у што краћем моменту након рођења детета, најпре на основу чињенице биолошког порекла детета, а уколико то није могуће, на основу социолошког концепта, односно одговарајућим алтернативним облицима родитељског старања као што је усвојење детета.

Насупрот поменутом приступу, поједини правни системи изричито предвиђају могућност, како накнадног утврђивања, тако и оспоравања материнства жене која је уписана у регистар као мајка детета. Тако, одређена законодавства настоје омогућити остваривање права детета на сазнање порекла све док се дете не усвоји. Наше породично право представља изразит пример приступа према којем се снага биолошког појма материнства мора сачувати докле год је то могуће. Сходно томе, принцип "најбољег интереса детета" везује се за признавање одређеном кругу лица права да у одговарајућим роковима иницира поступке за утврђивање и оспоравање материнства.⁸⁷⁵ Решеност нашег законодавца да што доследније омогући остваривање права на сазнање порекла огледа се, пре свега, у неограниченом року за тужбу који дете има на располагању приликом покретања судског поступка за утврђивање, односно оспоравање материнства.⁸⁷⁶ Са друге стране, већина законодавстава која допуштају утврђивање и оспоравање материнства у судском поступку временски ограничавају право детета за покретање наведених парница.⁸⁷⁷

⁸⁷³ Вид. Richard Blauwhoff (2009), 178 - 179.

⁸⁷⁴ Вид. *Ibid.*, 179.

⁸⁷⁵ У том смислу, детаљније вид. чл. 249. и чл. 250. ПЗ.

⁸⁷⁶ Вид. 250 . ст. 1. и 251. ст. 1. ПЗ.

⁸⁷⁷ На пример, према хрватском праву тужбу за утврђивање, односно оспоравање материнства дете може поднети до навршене 25. године живота. Међутим, хрватско законодавство, за разлику од нашег, предвиђа како и орган старатељства може до навршене 18. године детета поднети тужбу за утврђивање материнства. Вид чл. 73. Обитељског закона. Поменути орган нема право покренути поступак за оспоравање материнства, што је разумљиво, јер би се у супротном право детета на

Разлог за ограничење права детета на сазнање порекла представљају права и интереси одговарајућих трећих лица, који се прописивањем неограничених рокова за тужбу апсолутно подређују праву детета да зна своје порекло.

Ретка су породична законодавства која дају већи значај утврђивању биолошког порекла детета према мајци у односу на право Србије у ситуацијама када се материнство није засновало уписом у одговарајући регистар. Такав је случај са португалским правом, где се детету признаје право да зна ко му је биолошка мајка готово без икаквих ограничења.⁸⁷⁸ Наведено законодавство, слично нашем, доследно везује принцип "најбољег интереса детета" за утврђивање истине о биолошком пореклу детета. Оваква доминација биолошког појма родитељства карактеристична је у нашем праву и за правила о успостављању порекла детета према оцу и не може одговорити захтевима принципа "најбољег интереса детета".

2.2.2.3. "Најбољи интерес детета" у контексту правила о утврђивању и оспоравању очинства

За разлику од материнства, порекло детета оцу према не произилази из споља видљиве чињенице као што је рађање детета. Поменути биолошка неједнакост између жене и мушкарца намеће другачији правни приступ приликом утврђивања очинства. У том смислу, очинство не може бити биолошки, већ само социолошки видљиво одмах након рођења детета. Због тога се приликом утврђивања порекла детета према оцу право традиционално везује за брак као најсигурнији социолошки оквир у коме се дете рађа. На тај начин, успоставља се једна од најпознатијих правних претпоставки унутар граница породичног права, претпоставка брачног очинства по којој се муж мајке сматра оцем детета.⁸⁷⁹ Са друге стране, најчешће се предвиђају посебна правна правила за утврђивање очинства детета рођеног изван брака.

сазнање порекла злоупотребом овлашћења једног државног органа могло окренути директно против "најбољег интереса детета" и одређене породице.

⁸⁷⁸ Португалско право, као и наше, изричито предвиђа поступке за утврђивање и оспоравање материнства у судском поступку. Право детета на покретање наведених поступака такође није временски ограничено, док материнство детета може оспоравати свако лице које докаже постојање правног интереса за тужбу, као и јавни тужилац. Вид. R. Blauwhoff (2009), 181 - 182.

⁸⁷⁹ Претпоставка према којој се муж мајке сматра оцем детета постојала је још у римском праву. "...pater vero is est, quem nuptiae demonstrant." D.2 4. 5 (Paulus libro quarto ad edictum). Вид. Bruce Frier, Thomas McGinn, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford University Press, Oxford - New York 2004, 299.

Претпоставка брачног очинства омогућава да се очинство детета утврди на једноставан начин, чиме се обезбеђује детету да већ у моменту рођења има утврђено порекло према оцу. Истовремено, наведена претпоставка делује позитивно на јединство породице и у највећем броју случајева одсликава истину о биолошком пореклу детета према оцу. У том смислу, упис мужа мајке као оца детета у одговарајући регистар у већини случајева представља "најбољи интерес детета". Такође, брак као социолошки оквир рађања детета пружа одређене гаранције да ће се оба родитеља непосредно старати о детету.

Међутим, попут сваке правне претпоставке, тако и претпоставка према којој је муж мајке отац детета има своје слабе тачке. Тако је могуће да у моменту рађања детета буде очигледно како муж мајке није биолошки отац, односно како се неће старати о детету. У поменутих случајевима постоји јасно одсуство биолошког очинства или јасан наговештај како ће социолошко очинство изостати. На пример, муж мајке због болести или одсутности није могао бити биолошки отац или је могао бити биолошки родитељ, али је напустио жену пре рођења детета. Ипак, и у таквим ситуацијама ће се због снаге претпоставке брачног очинства у одговарајући регистар као отац детета уписати муж мајке који је напустио брачну заједницу пре рођења детета или из других разлога није могао бити биолошки отац. Изузетак представља енглеско право где службеник који води одговарајући регистар може одбити да упише мужа мајке као оца када постоји велики степен сумње у биолошко очинство наведеног мушкарца.⁸⁸⁰ Међутим, у одговарајуће регистре се никада не може уписати мушкарац који није муж мајке, што говори како претпоставка брачног очинства и у енглеском праву има своју вредност.⁸⁸¹

Без обзира што у суштини представља социолошку конструкцију, претпоставка брачног очинства почива на потреби сазнања биолошког порекла детета. Наведени карактер претпоставке се може уочити из регулисања њеног дејства по престанку брака. Тако се, у значајном броју законодавастава границе домашаја претпоставке простиру и изван брака, али само ако је брак престао смрћу, а не разводом или поништењем.⁸⁸² У том смислу, занимљиво је решење из португалског права према којем претпоставка брачног очинства важи и након

⁸⁸⁰ Вид. А. Bainham (2008), 454.

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² Вид. чл. 199 (b). Холандског грађанског законика; чл. 1599. ст. 2. Немачког грађанског законика; чл. 3. ст. 4. норвешког Закона о деци и родитељима; чл. 255. ст. 2. Швајцарског грађанског законика; чл. 45. ст. 2. ПЗ.

развода брака, али се може оспорити ако у року од 180 дана по престанку брака бивши муж мајке или мајка детета изјаве пред службеником који води одговарајући регистар како наведени мушкарац није биолошки отац детета.⁸⁸³

Приликом утврђивања очинства детета рођеног у браку, правни појам очинства може се супротставити биолошком и социолошком очинству. Међутим, однос између наведених аспеката очинства је променљив, те се може десити да се биолошком очинству супротставља интерес да се сачува социолошки однос између одређеног мушкарца и детета. Социолошко очинство је једино чија се саобразност принципу "најбољег интереса детета" тешко може довести у питање, што се на прави начин може уочити код оспоравања очинства детета рођеног у браку од стране мушкарца изван породице. Породична законодавства, попут нашег, која тежиште стављају на утврђивање биолошке истине о пореклу детета према оцу, дају недовољан значај социолошком у односу на биолошки појам оца. Тако се према нашем ПЗ омогућава биолошком оцу детета да оспорава претпоставку брачног очинства, уз једини услов да истовремено захтева и утврђивање сопственог очинства.⁸⁸⁴ Насупрот нашем законодавству, немачко право поставља два додатна услова како би се биолошком оцу признало право на оспоравање брачног очинства. Први услов да наведени мушкарац под заклетвом изјави пред судом како је одржавао интимне односе са мајком детета у време зачећа.⁸⁸⁵ Други и неупоредиво значајнији услов јесте да између мушкарца који се по закону сматра оцем и детета не постоји никаква социјална или породична веза.⁸⁸⁶ Дакле, уколико се муж мајке стара и брине о детету и живи у животној заједници са дететом, не постоји могућност покретања поступка за оспоравање очинства од стране биолошког оца. На тај начин, немачко право садржи решење којим се настоји постићи равнотежа између интереса мушкарца изван породице детета и потреба детета за сигурношћу и стабилношћу породичних односа. Са друге стране, поједина законодавства, попут холандског, чак не тежи ни за остваривањем поменуте равнотеже. Према холандском праву, мушкарац изван породице детета нема право оспоравати очинство мужа мајке, све и да може доказати да је биолошки отац детета.⁸⁸⁷ Наше право је, као што је речено,

⁸⁸³ Португалски законодавац у наведеној ситуацији говори о "окончању", уместо "оспоравању" очинства. Вид. R. Blauwhoff (2009), 219.

⁸⁸⁴ Вид. чл. 56. ст. 2. ПЗ.

⁸⁸⁵ Чл. 1600. ст. 1. тач. 2. Немачког грађанског законика

⁸⁸⁶ Вид. 1600. ст. 2. Немачког грађанског законика

⁸⁸⁷ Machteld Vonk, *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, докторска дисертација,

на супротној позицији и подређује социолошко очинство тежњи за сазнањем истине о биолошком пореклу детета према оцу.

Нажалост, решење из нашег ПЗ неће увек одговарати принципу "најбољег интереса детета" јер омогућава да биолошки отац оспорава очинство и када муж мајке живи са дететом и непосредно се стара о њему. Тако се на олтар истине о биолошком пореклу приноси стабилност окружења у коме дете одраста и жртвује се муж мајке као психолошки и социолошки родитељ детета. Међутим, и холандска концепција, која представља другу крајност, може показати одређене недостатке са становишта поштовања "најбољег интереса детета". На пример, може се десити да се мајка није формално развела, а засновала је заједницу живота са другим мушкарцем у којој је дете рођено. Тада, према холандском праву, социолошки отац, који је у овом случају и биолошки родитељ детета, нема право оспоравати очинство. Због тога се може закључити како решење из немачког права једино настоји остварити равнотежу између биолошког и социолошког појма очинства. На тај начин, даје се најдоследнији оквир за поштовање "најбољег интереса детета".⁸⁸⁸ Потврду становишта како се "најбољи интерес детета", може афирмисати једино кроз уравнотежени приступ какав нуди немачко право даје пракса Европског суда за људска права.

Најпре, одлука Суда у Стразбуру у случају *Ahrens v. Germany* из 2012. године може на добар начин указати на недостатке породичних законодавстава која биолошком оцу дају готово неограничено право да оспорава очинство.⁸⁸⁹ Случај се односио на оспоравање очинства утврђеног признањем, а не претпоставком, али наведена разлика није од практичног значаја с обзиром да се за поменуте видове оспоравања очинства примењују идентична правила. Подносилац представке у је немачки држављанин, рођен 1970. године, са пребивалиштем у Берлину, који је претпостављао како је биолошки отац девојчице, рођене августа 2005. године, са чијом је мајком П. био у вези. У време зачећа, П. је живела са другим мушкарцем М,

одбрањена на Правном факултету Универзитета у Утрехту 19. децембра 2007. године, *Intersentia, Antwerpen - Oxford*, 2007, 62 - 63.

⁸⁸⁸ Наше породично право је имало, али је, нажалост, напустило решење којим се доследно штитио социолошки појам очинства и принцип "најбољег интереса детета" у контексту могућности биолошког оца да оспорава очинство мужа мајке. Тако је ЗБПО у чл. 106. прописивао како "лице које себе сматра оцем детета рођеног у браку може оспорити очинство лицу које се по овом закону сматра оцем детета, само ако је живело у заједници са мајком детета у време зачећа детета или је заједницу живота са њом засновало пре рођења детета, под условом да истом тужбом тражи да се утврди његово очинство."

⁸⁸⁹ Вид. случај *Ahrens v. Germany* [45071/09] од 22. марта 2012. године, а одлука је постала правноснажна 24. септембра 2012. године.

који је признао очинство њеног детета. Родитељи су заједнички вршили родитељско право и подизали дете. Октобра 2005. године, Аренс је поднео тужбу за оспоравање очинства мушкарца М, дајући изјаву како је имао интимне односе са г-ђом П. у време зачећа. Мушкарац М. је одговорио да је преузео родитељско право над дететом, иако није биолошки отац детета. У пресуди од априла 2007. године, Окружни суд је, након саслушања странака и разматрања налаза вештака и резултата анализе крви двојице мушкараца, установио да је Аренс дететов биолошки отац, те да му је допуштено оспоравати очинство мушкарца М. Међутим, Апелациони суд је укинуо наведену пресуду у августу 2007. године, сматрајући како биолошки отац није имао право оспоравати очинство, због друштвене и породичне везе између мушкарца М. и детета, која се наставила чак и након што је утврђено да поменути мушкарац није биолошки отац детета. Маја 2009. године, Савезни уставни суд одбио је узети у разматрање Аренсову уставну жалбу. Аренс је сматрао како му је наведеном одлуком немачких власти повређено право на породични живот, као и да је дискриминисан у односу на мајку, правног оца детета и дете, те је поднео представку Суду у Стразбуру.⁸⁹⁰

Суд је проценио како одлуке немачких судова у наведеном случају представљају мешање у право подносиоца представке на приватни, али не и породични живот, с обзиром да никада није постојала блиска лична веза између биолошког оца и детета.⁸⁹¹ Приликом процене да ли је мешање немачких власти у приватни живот наведеног мушкарца било у складу са "легитимним циљем", односно "необходно у демократском друштву", Суд је истакао како су се немачки судови водили "најбољим интересом" функционалне и јединствене породице.⁸⁹² Суд је том приликом подсетио како принцип "најбољег интереса детета" има врхунски значај у оваквим случајевима, те да, у зависности од природе и карактера односа "најбољи интерес детета" може однети превагу над интересима родитеља.⁸⁹³ Док је у интересу подносиоца представке било да се правно препозна један важан аспект његовог

⁸⁹⁰ Вид. *Ibid.*, para. 5 - 8, 14 - 21, 29, 58 - 60.

⁸⁹¹ Суд је констатовао како се емотивна веза између подносиоца представке и мајке детета окончала приближно годину дана пре него што је дете зачето, те да је, по сопственом признању подносиоца представке, након тога одржавао само повремене интимне односе са мајком детета. У том смислу, пре рођења детета нису постојали никакви знаци посвећености подносиоца представке према евентуалном заједничком животу са дететом..... Из тог разлога, Суд није склон веровати како су одлуке подносиоца представке да уради тест очинства и покрене поступак како би се утврдило његово очинство довољне да се однос између њега и детета окарактерише као "породични живот". *Ibid.*, para. 59.

⁸⁹² *Ibid.*, para. 62.

⁸⁹³ *Ibid.*, para. 63.

приватног живота, одлуке немачких судова су дале предност постојећим породичним односима између конкретног детета и његовог законског оца, који се свакодневно стара о детету.⁸⁹⁴ Суд је посредно одао признање немачком законодавцу јер је констатовао како већина држава - чланица Савета Европе допушта биолошком оцу оспоравати очинство у наведеном случају, чак и у случајевима када законски отац има са дететом развијени друштвени и породични однос.⁸⁹⁵ На крају, Суд је одбио представку биолошког оца и по основу забране дискриминације јер је проценио како је одлука немачких судова била мотивисана жељом да се заштити конкретно дете и његова социолошка породица од мешања споља, те је закључио како немачке власти ни у том смислу нису прекорачили поље слободне процене.⁸⁹⁶

За разлику од поменутог примера, одлука Европског суда за људска права у нешто ранијем случају *Chavdarov v. Bulgaria* из 2010. године посредно указује како потпуно негирање права биолошког оца на оспоравање очинства такође може довести до исхода супротних "најбољем интересу детета".⁸⁹⁷ Подносилац представке је бугарски држављанин рођен 1973. године у селу Рупчи, близу Видина у северозападном делу Бугарске, који је 1989. године отпочео је заједнички живот са женом удатом за другог мушкарца. Поменута жена је родила троје деце 1990, 1995. и 1998. године, за време њиховог заједничког живота. На основу правне претпоставке, као отац деце у матичне књиге рођених уписан је муж мајке и деца су добила његово презиме. Крајем 2002. године, мајка је напустила децу и Чавдарова како би почела живети са другим мушкарцем, а подносилац представке је остао да живи заједно са њихово троје деце и да се о њима непосредно стара. Међутим, како у бугарском, једнако као и у холандском праву, не постоји могућност да биолошки отац оспорава претпоставку брачног очинства, Чавдаров није имао правно средство за утврђивање очинства. На тај начин се социолошко и биолошко очинство подносиоца представке нису могли ускладити са правним појмом оца. Сходно томе, Чавдаров је поднео представку Суду у Стразбуру наводећи како немогућност правног утврђивања очинства у односу на троје деце представља мешање у његов породични живот.⁸⁹⁸

Суд је најпре проценио како се заједница између подносиоца представке и деце може окарактерисати као "породични живот", с обзиром на дужину њеног

⁸⁹⁴ Вид. *Ibid.*, пара. 72.

⁸⁹⁵ Вид. *Ibid.*, пара. 69.

⁸⁹⁶ Вид. *Ibid.*, пара. 75, 89.

⁸⁹⁷ Вид. случај *Chavdarov v. Bulgaria* [3465/03] од 21. децембра 2010. године, а одлука је постала правоснажна 21. марта 2011. године.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, пара. 9.

трајања и посвећеност Чавдарова деци.⁸⁹⁹ Међутим, Суд је истакао како државе имају поље слободне процене приликом прописивања правила за утврђивање порекла детета према оцу и истакао како не постоји шира сагласност на нивоу европских држава око признавања права биолошком оцу да оспорава претпоставку брачног очинства.⁹⁰⁰ Суд је такође нагласио како Чавдарову, премда није био у могућности поднети тужбу за оспоравање очинства поменути три детета, домаће законодавство није ускратило могућност заснивања очинске везе у смислу поменуте деце или превладавања практичних потешкоћа, насталих услед одсуства такве везе (нарочито, могао је поднети захтев за усвојење деце или тражити од социјалних служби да му се деца повере на старање као лицу у блиској вези са напуштеном децом).⁹⁰¹ С обзиром да се није показало како је искористио ове могућности, Суд није могао сматрати државне власти одговорним за пасивност подносиоца представке, те је проценио како није постојала повреда, односно неоправдано мешање у право на породични живот подносиоца представке.⁹⁰²

Може се закључити како Суд, за разлику од претходно наведеног примера, није уважио вредност социолошког и биолошког очинства. У контексту поштовања принципа "најбољег интереса детета", од одлучујућег значаја је заштита социолошког појма оца. Због тога се поменуто решење Суда може критиковати јер се иза плашта доктрине слободне процене сакрио правни појам очинства, који у наведеном случају представља само празну љуштуру. Међутим, Суд је нешто касније у поменутом случају *Ahrens v. Germany* заузео приступ којим се социолошком појму очинства даје значај који више одговара принципу "најбољег интереса детета".

Као што је речено, немачко законодавство је уочило и препознало како право на сазнање порекла не мора увек одговарати социолошком појму родитељства, односно "најбољем интересу детета". Због тога је немачки законодавац отишао и корак даље у настојању да нађе решење којим ће се истовремено задовољити право детета да зна своје биолошко порекло и заштитити социолошки аспект очинства у случајевима када су наведена два концепта у раскораку. Тако је 2008. године измењен Немачки грађански законик и признато право мајци, мушкарцу који се по закону сматра оцем и детету да утврде своје биолошко порекло без утицаја на њихов

⁸⁹⁹ *Ibid.*, para. 39.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, para. 23.

⁹⁰¹ *Ibid.*, para. 54.

⁹⁰² Вид. *Ibid.*, para. 56.

правни статус.⁹⁰³ Према наведеној законској измени, сваки члан породице је добио право да захтева узимање генетског узорка од преосталих чланова породице како би се утврдила истина о његовом биолошком пореклу, при чему се одсуство сагласности било ког члана породице може заменити судском одлуком.⁹⁰⁴ При томе, суд може одбити наведену процедуру као би утврђивање биолошког очинства имало значајно штетне последице по "најбољи интерес малолетног детета".⁹⁰⁵ Реч је, дакле, о искључиво информативном поступку за утврђивање биолошког очинства којим се формално не дотиче правни статус одређеног мушкарца као оца.

Ипак, увођење "трећег родитеља" у породично окружење детета предмет је различитих критика. Без обзира на привлачност поменутог решења у правном смислу, информативна процедура ради утврђивања биолошког порекла детета према оцу може у пракси изазвати врло негативне последице. Најпре, уколико се утврди како мушкарац који се по закону сматра оцем није биолошки родитељ детета, наведено лице може изгубити сваки интерес да се стара о детету и покренути поступак за оспоравање очинства.⁹⁰⁶ Са друге стране, фигура "другог оца" може штетити интегритету детета у правно-социолошкој породици.⁹⁰⁷ На тај начин се могу појачати тензије и конфликти унутар породице у којој је дете одрасло и развијало се. Истовремено, овако утврђено очинство детета има и правно дејство јер покреће субјективне рокове за оспоравање правног очинства.⁹⁰⁸ Из тог разлога, може се закључити како је тешко истовремено остварити два правна циља који могу бити супротстављени, попут сазнања истине о биолошком очинству и очувања социолошког и правног концепта очинства. У таквом односу снага, губитник ће, по правилу, бити социолошки отац детета.

Право детета да зна своје порекло је најчвршће повезано са "најбољим интересом детета" одмах по његовом рођењу. Сходно томе, пожељно је да се очинство детета утврди у што краћем року након рођења детета. Међутим, за разлику од брачног очинства, порекло детета рођеног изван брака према оцу се не утврђује на основу правне претпоставке. Тако, претпоставке ванбрачног очинства

⁹⁰³ Изменама Немачког грађанског законика претходила је одлука немачког Савезног уставног суда (*Bundesverfassungsgericht, BVerfGE*) од 13. фебруара 2007. године, у којој је поменути Суд изнео схватање како отац има уставно право да зна материјалну, односно биолошку истину о свом потомству. Вид. R. Blauwhoff (2008), 114.

⁹⁰⁴ Вид. чл. 1598a (1). и 1598a (2). Немачког грађанског законика.

⁹⁰⁵ Вид. чл. 1598a (3). Немачког грађанског законика.

⁹⁰⁶ Вид. R. Blauwhoff (2008), 115.

⁹⁰⁷ Вид. *Ibid.*, 114.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, 115.

нема ни када је мајка детета живела у дуготрајној и стабилној ванбрачној заједници са одређеним мушкарцем у време рођења детета. Непостојање претпоставке ванбрачног очинства у поменутој ситуацији последица је превасходно тешкоће доказивања да ванбрачна заједница постоји. Због тога се може рећи како утврђивање очинства детета рођеног у браку представља један од последњих бастиона институционалности брака.

У упоредном праву ванбрачно очинство се може утврдити: уписом одговарајућег мушкарца као оца у регистар грађанског стања, признањем и судском одлуком.⁹⁰⁹ Први начин заснивања очинства детета рођеног изван брака није уобичајен и предвиђа га мањи број законодавстава, попут енглеског или руског.⁹¹⁰ Поменути начин утврђивања очинства се предвиђа како би се порекло детета према оцу и мајци могло истовремено утврдити. Међутим, утврђивање очинства суштински почива на вољи мајке јер од њене иницијативе или пристанка зависи упис одређеног мушкарца као оца у одговарајући регистар.⁹¹¹

Чешћа алтернатива поменутом начину утврђивања ванбрачног очинства детета у европским породичним законодавствима јесте признање мушкарца. Признање се уобичајено посматра као добровољни начин утврђивања очинства детета рођеног изван брака, односно детета чије се порекло према оцу не може утврдити претпоставком брачног очинства.⁹¹² Реч је о једноставном и економичном начину утврђивања очинства који углавном не захтева значајнију државну интервенцију.⁹¹³ У том смислу, признање се заснива на изјави воље мушкарца који прихвата одређено дете за своје пред одговарајућим органом и на основу које се у административном поступку поменути мушкарац уписује у регистар грађанског стања као отац детета. Међутим, изјава о признању је најчешће недовољна за

⁹⁰⁹ Као и у случају утврђивања материнства, очинство се у француском праву може засновати на основу очигледног породичног статуса мушкарца који се непосредно стара о детету, као социолошког оца детета (*possession d'état*). Вид. М. Драшкић (2007), 203.

⁹¹⁰ Очинство се у енглеском праву може засновати уписом одређеног мушкарца у регистар грађанског стања као оца детета на заједнички захтев наведеног мушкарца и мајке детета, на захтев мајке уз пристанак мушкарца који се сматра оцем и на захтев мушкарца који се сматра оцем уз сагласност мајке детета. Вид. А. Vainham (2008), 456; Г. Ковачек - Станић (2002), 199. Према руском породичном законодавству, очинство детета рођеног изван брака се може засновати уписом мушкарца који се сматра оцем у регистар грађанског стања по заједничком захтеву наведеног мушкарца и мајке детета. Наведени захтев се може поднети и за време трудноће жене под условом да постоје околности које дају основа да се претпостави како ће се очинство детета тешко или немогуће засновати уписом у регистар грађанског стања по основу заједничког захтева након рођења детета. Вид. чл. 48. ст. 3. Породичног закона Руске Федерације.

⁹¹¹ Вид. А. Vainham (2008), 456.

⁹¹² Вид. Г. Ковачек - Станић (1997), 50; R. Blauwhoff (2009), 222.

⁹¹³ Вид. З. Поњавић (2010), 306; R. Blauwhoff (2009), 222.

заснивање ванбрачног очинства, већ законодавства траже и различите додатне услове. Постојање поменутих услова зависи превасходно од мере у којој је законодавцу стало да признање одговара биолошком пореклу детета. Тако се у француском праву, које традиционално поклања мање значаја биолошком родитељству, не тражи сагласност мајке, нити било ког другог лица са изјавом мушкарца о признању очинства.⁹¹⁴ Међутим, у већини правних система које познају наведени начин утврђивања очинства, са изјавом о признању се морају сагласити мајка детета и (или) у извесним случајевима дете.⁹¹⁵ Поменути материјални услови пуноважности изјаве о признању не гарантују изостанак признања која не би одговарала биолошком пореклу детета, али пружају већу сигурност да ће психолошки и правни појам очинства обухватити и биолошко очинство.⁹¹⁶ Коначно, у скандинавским државама, заснивање очинства признањем подразумева истину о биолошком пореклу детета према оцу, те на тај начин и активну улогу државних органа у процесу провере истинитости признања.⁹¹⁷

Могућност утврђивања очинства признањем представља правни одговор на изостанак претпоставке ванбрачног очинства и настојање да се и детету рођеном изван брака омогући што брже и једноставније утврђивање порекла према оцу. У том смислу, утврђивање брачног очинства на основу претпоставке како је муж мајке

⁹¹⁴ Ипак, у наведеним случајевима се правно дејство признања ограничава само на утврђивање очинства детета. R. Blauwhoff (2009), 222 - 223. Вид. чл. 316. Француског грађанског законика. Сагласност мајке са признањем очинства се неће тражити ни у португалском праву. Вид. R. Blauwhoff (2009), 228.

⁹¹⁵ Према немачком праву, сагласност са признањем очинства ће се, по правилу, тражити само од мајке детета, док ће сагласност детета бити услов пуноважности признања једино ако мајци недостаје родитељско право. Вид. чл. 1595. ст. 1. и 2. Немачког грађанског законика. Холандско законодавство захтева да се са признањем очинства претходно писмено сагласи и дете старије од 12 година, а уколико се признаје дете млађе од 16 година биће потребна и дозвола мајке како би мушкарац могао дати изјаву о признању. Вид. чл. 204. ст. 1. (с - d). Холандског грађанског законика. Са друге стране, грчко право тражи само сагласност мајке са признањем, а уколико мајка због правне или фактичке немогућности не може дати сагласност, за утврђивање очинства биће довољна само изјава о признању коју даје мушкарац. Вид. чл. 1475. ст. 1. Грчког грађанског законика.

⁹¹⁶ Услов сагласности на признање које треба дати мајка и (или) дете предвиђен је управо да би се спречиле злоупотребе од стране мушкарца који даје изјаву о признању. Гордана Ковачек - Станић. "Аутономија *versus* материјална истина у компаративном праву о породичном статусу детета", *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 204.

⁹¹⁷ У скандинавским правима нужан услов пуноважности изјаве о признању очинства јесте одобрење одговарајућих социјалних комисија, које ће своју накнадну сагласност са признањем дати једино ако стекну уверење како је мушкарац који признаје дете заиста његов биолошки отац. Вид. С. Forder and К. Saarloos, 30. Сходно томе, када жена роди дете ван брака, очинство се мора што пре утврдити. О рођењу ванбрачног детета се обавештава одговарајућа социјална комисија која има дужност прикупити све расположиве информације о биолошком оцу детета. Како би сазнала биолошко порекло детета према оцу, Комисија има право изводити све доказе, а мајка детета се не може противити узимању крви ради утврђивања истине о биолошком пореклу детета. Поменута процедура траје најдуже док дете не наврши годину дана. Детаљније вид. Marie-Therese Meulders-Klein, "The Position of the Father in European Legislation", *International Journal of Law and Family* 2/1990, 141.

отац детета не пружа суштински јаче гаранције како је поменуто лице биолошки отац у односу на изјаву о признању очинства са којом се сагласила мајка детета. Основни недостатак утврђивања очинства признањем је што се порекло детета према оцу у поменутом случају не утврђује *ex lege*, већ, по правилу, зависи од воље мајке детета. С обзиром да се мајка не може присилити да одмах по рођењу детета именује ванбрачног оца, поставља се питање колико је у целини институт признања очинства у складу са принципом "најбољег интереса детета".

Одговор на поменуто питање зависи превасходно од услова који се траже за пуноважност признања, а нарочито од правила о давању сагласности са изјавом о признању очинства. За "најбољи интерес детета" од посебног значаја је ближе размотрити могућност самоодређења детета поводом поступка признања очинства. Другим речима, какав допринос заснивању родитељскоправног односа између одређеног мушкарца и детета може пружити предвиђање сагласности детета са изјавом о признању очинства?

Према породичном законодавству Србије са признањем очинства мора се сагласити дете ако је навршило 16. годину живота и ако је способно за расуђивање.⁹¹⁸ Поменути услов за признање очинства предвиђа се независно од сагласности мајке, односно нема супсидијаран карактер у односу на изјаву о сагласности коју даје мајка детета. Дакле, сагласност детета се под наведеним условима ставља у потпуно исту раван са изјавом о сагласности мајке са признањем очинства, премда дете истину о свом биолошком пореклу може једино од ње сазнати. Ово упућује на закључак како сагласност детета са признањем очинства у нашем праву није нужно биолошки детерминисана, већ се може тумачити и као прихватање једног мушкарца за оца од стране детета у социолошком смислу. Ако је тако, онда се тешко може наћи оправдање за временски раскорак између доње старосне границе за самоодређење детета према заснивању усвојења наспрам минималне животне доби у којој ће мишљење детета способног за расуђивање имати одлучујући значај за заснивање очинства признањем.⁹¹⁹

Премда заснивање очинства признањем у нашем праву оставља могућност успостављања родитељскоправног односа између мушкараца који није биолошки отац и детета, то није циљ коме тежи наведена установа. Због тога изјава о

⁹¹⁸ Чл. 49. ст. 1. ПЗ.

⁹¹⁹ Нашим породичним законодавством прописује се како се са усвојењем мора сагласити и дете које је навршило 10. годину живота и које је способно за расуђивање. Чл. 98. ПЗ.

сагласности детета са признањем представља пуки одраз информација о биолошком пореклу према оцу које детету прослеђује мајка. На пример, наведено полазиште има немачки законодавац, који полази од претпоставке како дете једино од мајке може сазнати истину о биолошком пореклу према оцу, те се једино њој треба омогућити да даје сагласност са изјавом о признању, док ће се од детета старијег од 14 година само изузетно тражити наведена сагласност уколико мајка наведену сагласност не може дати.⁹²⁰ Дакле, сагласност детета са признањем очинства предвиђа се као изузетак, онда када изјаву о сагласности мајке није могуће добити. На тај начин не дира се у карактер установе признања очинства која треба одражавати истинску слику о биолошком пореклу детета. У том смислу, решење из породичног законодавства Србије не само да не одговара циљу који следи установа признања, већ је и неконзистентно у смислу правила о давању сагласности детета са усвојењем. Као што је речено, ако је већ сагласност детета са признањем очинства правно независна од сагласности мајке, чиме губи своју биолошку детерминисаност, онда се и самоодређење детета по питању заснивања усвојења требало везати за исту доњу старосну границу која се тражи за сагласност детета са изјавом о признању очинства или обрнуто. С обзиром да успостављање правног концепта очинства у свом пуном обиму путем признања има своје оправдање једино ако тежи биолошкој истини, решење немачког законодавца делује примереније у односу на принцип "најбољег интереса детета".

Уколико се ванбрачно очинство не може утврдити добровољно, односно вољом мајке (и) или детета, онда се изјава о признању очинства или изјава о сагласности са признањем, по правилу, може заменити судском одлуком која се заснива на истини о биолошком пореклу детета према оцу. У том смислу, могу се разликовати две ситуације. Најпре, могуће је како мушкарац кога је мајка означила као биолошког оца не жели признати очинство. Тада преостаје једино могућност да се очинство наведеног мушкараца утврди против његове воље, односно принудно у судском поступку где ће се доказивати истина о биолошком пореклу детета. Са друге стране, могуће је да одређени мушкарац жели признати очинство, али његова изјава воље у том смислу не испуњава законске услове јер се мајка детета и (или) дете противе заснивању очинства. У таквим случајевима мушкарцу преостаје једино да своје очинство утврђује у судском поступку.

⁹²⁰ Вид. пар. 1595. ст. 1 - 2. у вези са пар. 1596. ст. 2. Немачког грађанског законика.

Најчешће се очинство не може утврдити признањем јер мушкарац кога је мајка детета именовала као ванбрачног оца одбије признати очинство. Полазећи од претпоставке како је у "најбољем интересу детета" да зна ко му је биолошки отац, у већини законодавстава се допушта одређеном кругу лица утврђивање очинства правноснажном судском одлуком.⁹²¹ Дакле, процењује се како је аутономија воље мушкарца који је одбио прихватити дете за своје мања вредност у односу на истину о биолошком пореклу детета према оцу. У том смислу, треба рећи како у правној литератури има и другачијих ставова, где се истиче како је принудно утврђивање очинства спорно са аспекта "најбољег интереса детета", јер тако засновано правно очинство обухвата само биолошко, а не и психолошко и социолошко родитељство.⁹²²

Са наступањем пунолетства детета, право на сазнање порекла постаје вредност независна од принципа "најбољег интереса детета". Због тога поједина законодавства тада дају првенство неким другим вредностима, попут правне сигурности, наспрам истине о биолошком пореклу детета према оцу. Типичан пример је грчко право, где објективни рок у коме дете може утврђивати очинство истиче годину дана након стицања пунолетства.⁹²³

Ипак, значајан број држава предвиђа широке оквире за утврђивање очинства судском одлуком, како у смислу лица која могу захтевати утврђивање очинства, тако у контексту рокова за подношење тужбе.⁹²⁴ Поједина права, попут немачког, временски не ограничавају како право детета, тако ни право мајке на утврђивање очинства судском одлуком.⁹²⁵ Са друге стране, према холандском, као и нашем законодавству, једино дете може без обзира на рок покренути поступак утврђивања очинства у судском поступку.⁹²⁶ Тако се у наведеним правима успоставља необорива правна претпоставка како је утврђивање очинства судском одлуком у "најбољем

⁹²¹ Вид. М. Vonk, 60.

⁹²² У том смислу вид. R. Blaauwhoff (2009), 229.

⁹²³ Вид. чл. 1483. ст. 1. Грчког грађанског законика.

⁹²⁴ Нека права, попут француског, признају једино детету право на утврђивање очинства судском одлуком, премда мајка детета у својству законског заступника фактички може до пунолетства детета покренути наведени судски поступак. Вид. чл. 327. Француског грађанског законика. Детаљније вид. R. Blaauwhoff (2009), 229 - 230. Са друге стране, највећи број европских законодавстава, укључујући и наше, признаје право на утврђивање очинства судском одлуком како детету, тако и мајци. Вид. чл. 207. ст. 1. (а) и (б). Холандског грађанског законика; чл. 54. ст. 1. чешког Закона о породици; чл. 49. Породичног закона Руске Федерације; чл. 1600е ст. 1. Немачког грађанског законика; чл. 55. ст. 2. ПЗ. Енглеско право садржи специфично решење према којем право на утврђивање очинства припада свим лицима која имају "довољан лични интерес" ("*sufficient personal interest*"). Вид. одсек 55А (3) Family Law Act 1986; чл. Коначно, нордијска права предвиђају обавезу државних органа да покрену поступак за утврђивање очинства судским путем уколико се одговарајући мушкарац не може приволети на признање очинства. На пример, вид. одсек 5. норвешког Закона о деци и родитељима.

⁹²⁵ Вид. R. Blaauwhoff (2009), 231.

⁹²⁶ Вид. М. Vonk, 57; чл. 252. ст. 1. ПЗ.

интересу детета". У том смислу, биолошко порекло детета према оцу представља доминантни фактор за одређивање садржине "најбољег интереса детета". Колики значај поменута права дају утврђивању биолошког порекла детета у наведеном контексту види се из чињенице како право детета на сазнање биолошког порекла надживљава принцип "најбољег интереса детета" јер се у неограниченом року може остваривати и након пунолетства детета.

За разлику од већине законодавстава која регулишу утврђивање очинства правноснажном судском одлуком, енглеско право има неуобичајено решење које завређује да му се посвети посебна пажња. Најпре, према енглеском праву утврђивање очинства судском одлуком могу тражити сва лица која имају "довољан лични интерес" (*sufficient personal interest*), при чему њихово право није ограничено роком.⁹²⁷ При томе, мајка детета и дете не морају доказивати како припадају поменутој групи лица.⁹²⁸ Међутим, енглеско право предвиђа како се било ком од лица која имају "довољан лични интерес" може ускратити право да утврђују очинство уколико би то било противно "најбољем интересу детета".⁹²⁹ Поменуто право би се по истом основу могло ускратити и самом детету ако заснивање очинства судском одлуком не би било у "најбољем интересу детета". Као пример би се могла навести ситуација где дете зачето силовањем подноси захтев за утврђивање очинства, иако се мајка детета томе противи.⁹³⁰ На тај начин, судовима у Енглеској се омогућава индивидуализација "најбољег интереса детета" и дискрециони простор да избегну наметање очинства мушкарцу које би могло бити потенцијално штетно по дете или однос између детета и мајке, као социолошког родитеља. Тако, у енглеском праву постоји оборива правна претпоставка како је принудно утврђивање очинства у "најбољем интересу детета".

Ипак, проблем одређивања "најбољег интереса детета" може бити још израженији ако биолошки отац настоји принудно утврдити очинство, насупрот вољи мајке и (или) детета. Наше право и у наведеном случају остаје верно концепту утврђивања биолошке истине и признаје мушкарцу који није могао засновати очинство признањем да своје очинство утврди правноснажном судском одлуком сходно одговарајућим законским роковима.⁹³¹ За разлику од случајева када дете и

⁹²⁷ Вид. одсек 55А (3) Family Law Act 1986.

⁹²⁸ Одсек 55А (4) Family Law Act 1986. Вид. М. Vonk, 49.

⁹²⁹ Одсек 55А (5) Family Law Act 1986.

⁹³⁰ Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 539, фн. 135.

⁹³¹ Вид. 251. ст. 3. ПЗ.

мајка намећу утврђивање очинства, у ситуацијама када се очинство намеће њима, расте вероватноћа како судска одлука неће бити у "најбољем интересу детета". Због тога, за разлику од нашег права, холандско законодавство заузима еластичнији приступ према могућности да се биолошком оцу ограничи право на утврђивање очинства правноснажном судском одлуком. Тако, према холандском праву, мушкарцу који тврди како је биолошки отац детета допустиће се судско утврђивање очинства једино ако поменути поступак неће пореметити однос између мајке и детета или неће бити у супротности са интересом детета.⁹³² Врховни суд Холандије је 2001. године изнео став како ће утврђивање очинства судском одлуком бити у супротности са интересом детета ако ствара реалан ризик да се дете неће развијати на уравнотежен начин.⁹³³ Поменуто решење има своје оправдање ако је, на пример, дете зачето силовањем или ако је биолошки отац починио тешке облике кривичног дела насиља у породици против мајке детета. Због тога би и у нашем праву требало предвидети како се право мушкарца да утврђује биолошко очинство може ограничити "најбољим интересом детета". Тачније, правило о примени "најбољег интереса детета" би се требало предвидети као изузетак од општег правила како мушкарац који тврди да је отац детета има право утврђивати очинство судском одлуком. Наведени изузетак би се требао рестриктивно тумачити и примењивати само онда када би се истовремено са нарушавањем интереса мајке наносила озбиљна и непоправљива штета детету. Дакле, принцип "најбољег интереса детета" би у поменутом случају имао изразито патерналистички карактер, где би се општем праву детета на развој у изузетним случајевима давала предност у односу на сазнање истине о биолошком пореклу детета. Колико се поменути изузетак уско тумачи најбоље говори одлука Врховног суда Холандије из 2006. године где се биолошком оцу који је правноснажно осуђен због злостављања мајке дозволило да утврђује своје очинство судском одлуком.⁹³⁴

2.2.2.4. "Најбољи интерес детета" у контексту правила о поништењу изјаве о признању, односно изјаве о сагласности са признањем очинства

Очинство утврђено правноснажном судском одлуком се не може оспоравати и доводити у питање у правном смислу. Насупрот томе, очинство засновано

⁹³² Вид. чл. 204. ст. 3. Холандског грађанског законика.

⁹³³ Hoge Raad 16 February 2001, NJ2001/571. Вид. М. Vonk, 60.

⁹³⁴ Hoge Raad 16 June 2006, NJ2006/339. Вид. М. Vonk, 57.

признањем може се оспоравати једнако као и очинство детета рођеног у браку које почива на правној претпоставци. Такође, очинство засновано на наведени начин се може и поништити уколико изјава о признању очинства, као и изјаве о сагласности са признањем не испуњавају одређене материјалне и формалне услове.⁹³⁵ На тај начин дете остаје без утврђеног порекла према оцу и укида се правна веза између детета и мушкарца који је дете признао за своје. Стриктна примена правила о поништењу признатог очинства, односно одговарајућих изјава воља може имати негативне последице по "најбољи интерес детета", што ваља посебно размотрити.

Према нашем праву, изјава о признању, односно сагласности са признањем очинства може бити ништава или рушљива у зависности од карактера и значаја недостатака поменутих изјава воља. Тако, ПЗ предвиђа како се наведене изјаве воље могу поништити уколико постоје одређени недостаци који се тичу способности давања изјаве о признању, односно изјаве о сагласности са признањем, постојања сагласности одређених лица као одложног услова и форме у којој се даје изјава о признању.⁹³⁶ У наведеним случајевима постоји ништавост очинства утврђеног признањем, те се право на поништење не везује за рок и припада широком кругу правних субјеката, од лица која су дала изјаву о признању, односно о сагласности са признањем очинства, до свих правно заинтересованих лица и јавног тужиоца.⁹³⁷ Са друге стране, ПЗ изричито прописује како се очинство утврђено на поменути начин може поништити и из разлога рушљивости уколико се изјава о признању, односно сагласности са признањем очинства дала под принудом или у заблуди.⁹³⁸

Поништење очинства утврђеног признањем може представљати врло проблематичну установу са становишта остваривања принципа "најбољег интереса детета". Најчешће се ради о ситуацијама када се захтев за поништењем очинства утврђеног на наведени начин подноси након дужег временског периода у којима се правни отац детета непосредно старао и бринуо о детету. У таквим околностима долази до сукоба између биолошког, правног и социолошког сегмента очинства, при чему принцип "најбољег интереса детета" треба послужити као основни критеријум за рангирање различитих аспеката очинства у конкретном случају.

Правила о утврђивању очинства признањем генерално имају за циљ обезбедити да овако засновано очинство одговара биолошком пореклу детета у мери

⁹³⁵ Вид. 253. ст. 1. ПЗ.

⁹³⁶ Вид. чл. 46 - 51. ПЗ.

⁹³⁷ Чл. 253. ст. 1. ПЗ.

⁹³⁸ Вид чл. 253. ст. 2. ПЗ.

у којој је то могуће. Међутим, приликом поништења изјаве о признању, односно сагласности са признањем очинства, биолошки сегмент очинства, макар у нашем праву, игра најмању улогу.⁹³⁹ У фокусу судске одлуке налази се правни квалитет изјаве воље и њена саобразност законским правилима, а не биолошко очинство. Из тог разлога је за процену оправданости поништења признатог очинства са становишта "најбољег интереса детета" кључно сагледати однос између психолошког и социолошког очинства.

Најпре, могуће је да се поступак за поништење изјаве о признању, односно сагласности са признањем очинства покреће упркос томе што постоји како психолошки, тако и социолошки аспект очинства. Реч је о случајевима где тужбу ради поништења признања очинства подноси правно заинтересовано лице или јавни тужилац из разлога ништавости признања. Другим речима, поменута лица захтевају поништење овако утврђеног очинства позивајући се на одређени материјални или формални недостатак упркос томе што се правни отац у дужем временском периоду непосредно старао о детету и исказује намеру да то чини и у будућности. У наведеном случају, поништење изјаве о признању, односно о сагласности са признањем очинства не може бити у "најбољем интересу детета". На тај начин, ригидна примена правних правила о поништењу очинства би могла узроковати прекид односа између детета и фигуре психолошког и социолошког оца, што би могло имати врло негативне последице на дете, у зависности од његовог узраста и зрелости. Поступком за поништење признања очинства се непосредно не утврђује биолошком порекло детета, већ само материјална и формална исправност одговарајућих изјава воља. Ипак, како су наведена правила прописана у циљу обезбеђивања опште правне сигурности и веће извесности о биолошком пореклу детета, у поступку поништења очинства утврђеног признањем постоји скривена тежња за заштитом истине о биолошком пореклу детета према оцу. На пример, одређени мушкарац је послао матичару потписано писмо у коме тврди како је отац одређеног детета, старог две године. На основу поменутог писма, матичар је позвао мајку детета која се изјаснила у прилог очинства наведеног мушкараца. Десет година након тога јавни тужилац покреће поступак очинства због недостатка одговарајуће форме изјаве о признању очинства. На овај начин јавни тужилац штити општи

⁹³⁹ У појединим правима, попут холандског, тужба ради поништења признања очинства подноси се из разлога што мушкарац који је признао очинство није биолошки отац детета. У том смислу поменути тужбу може поднети и јавни тужилац. Вид. чл. 205. ст. 1 и ст. 2. Холандског грађанског законика.

интерес, у смислу спречавања могућих изигравања законских прописа, али и интерес другог мушкарца који је можда истински биолошки отац детета. Међутим, поништење изјаве о признању очинства у овој ситуацији лишава дете психолошког и социолошког оца и разбија континуитет породичних односа између поменутог мушкарца и детета. При томе се истовремено не утврђује очинство другог мушкарца, већ се кроз санкцију ништавости фактички кажњава дете.

Претходни пример представља драстичну потврду колико поступак поништења изјаве о признању очинства може бити у супротности са "најбољим интересом детета". Поменути проблем се може законски решити на три основна начина. Први је да се предвиди рок у којем се из разлога ништавости може поништавати изјава о признању, односно о сагласности са признањем очинства.⁹⁴⁰ Наведено ограничење би заправо представљало претпоставку о минималном временском периоду довољном да се заснује социолошко очинство.⁹⁴¹ Прописивање одговарајућег рока за поништење ништаве изјаве о признању би имало добру страну у заштити интереса правне сигурности и једноставном начину примене који искључује судску дискрецију. Међутим, недостатак поменутог решења била би крутост и нефлексибилност која онемогућава да се принцип "најбољег интереса детета" прилагоди сваком конкретном случају. Наиме, период успостављања социолошког очинства и психолошког везивања детета за одређеног мушкарца као оца, зависи од бројних фактора, попут узраста детета, времена које наведени мушкарац проводи са дететом, зрелости детета. Из тог разлога, законом би се могло предвидети како се изјава о признању, односно о сагласности са признањем очинства из узрока наведених у закону може поништити, осим ако би то било у супротности са "најбољим интересом детета" у конкретном случају. Поменуто решење би омогућило знатан степен дискреције судовима у материји где се "најбољи интерес детета" традиционално исказује кроз правне претпоставке, али би истовремено омогућило еластичну примену наведеног принципа. При томе, посебну

⁹⁴⁰ На пример, у немачком праву наведени рок износи пет година од заснивања очинства признањем. Вид. чл. 1598. ст. 2. Немачког грађанског законика.

⁹⁴¹ У француском праву, које је изградило посебну доктрину *possession d'état*, социолошком родитељству се даје посебан значај. Тако се правно очинство утврђено уписом у одговарајући регистар или утврђено признањем не може поништавати након пет година постојања очигледног родитељског односа између одређеног мушкарца и детета. Уколико је социолошко очинство престало, рок износи пет година од момента престанка очигледног статуса очинства, а уколико социолошка веза између оца и детета никада није ни успостављена рок за поништење износи 10 година од заснивања правног очинства. Вид. чл. 344. Француског грађанског законика. Детаљније вид. С. Forder and К. Saarloos, 39.

пажњу би судови требали посветити праву детета на мишљење као кључном елементу за одређивање садржине принципа "најбољег интереса детета".⁹⁴²

Коначно, трећи начин да се реши проблем неусклађености између принципа "најбољег интереса детета" и последица које може изазвати поништење признања очинства из разлога ништавости јесте да се поменути поступак изостави из закона, о чему ће нешто касније бити више речи. У таквим случајевима, правно би се регулисао само поступак поништења изјаве о признању, односно сагласности са признањем очинства из разлога рушљивости.

Наше право о поништењу изјаве о признању, односно сагласности са признањем очинства тренутно не омогућава ниједно од понуђених решења. Међутим, постоји одређен простор да се креативном улогом судске праксе унутар постојећих правних оквира ипак дође до решења којима би се ублажиле негативне последице стриктне примене правила о поништењу наведених изјава воља. У том смислу, "најбољи интерес детета" би се у одређеним случајевима могао заштитити аналогном применом правила о конвалидацији неважећих правних послова из грађанског права. На пример, утврђено је очинство на основу признања, а при томе се није тражила сагласност са наведеном изјавом од детета старог 16 година, већ се са изјавом о признању очинства сагласила само мајка. У наведеном примеру, изјава о признању очинства је ништава јер јој недостаје одобрење детета као одложни услов. Суд би у поступку поништења могао позвати дете да одобри изјаву о признању очинства, чиме би поменути једностранни правни посао конвалидирао.⁹⁴³

Принцип "најбољег интереса детета" се супротставља поништењу изјаве о признању, односно сагласности са признањем очинства у ситуацијама када правно очинство обједињава психолошки и социолошки сегмент у конкретном случају. Међутим, могуће је да правни отац као лице које је дало изјаву о признању очинства покрене поступак ради поништења изјаве о признању. У наведеном случају је јасно како психолошко очинство више не постоји, а самим тим ни основни предуслов за одржавање социолошке везе између оца и детета. Из тог разлога, принцип "најбољег интереса детета" више не може имати исти домашај као када тужбу ради поништења

⁹⁴² Вид. параг. 43. CRC/C/GC/14.

⁹⁴³ ЗОО говори о конвалидацији правних послова које су без одобрења закључила пословно неспособна лица, али се њихов законски заступник накнадно сагласио, односно одобрио поменуте правне послове. Вид. чл. 56. ст. 3. ЗОО. Разуме се, дете нема својство законског заступника мушкарца који даје изјаву о признању, али сагласност детета са признањем очинства има карактер одобрења, те се чини како је аналогија могућа, посебно ако би служила одбрани "најбољег интереса детета" у конкретном случају. Накнадна сагласност или одобрење се у нашој правној теорији третира као одложни услов, при чему давање одобрења има ретроактивно дејство. Вид. О. Антић, 342.

признатог очинства подносе јавни тужилац или правно заинтересована лица. Због тога, мушкарцу који је дао изјаву о признању очинства не би имало смисла ускратити право на поништење изјаве о признању очинства под изговором заштите "најбољег интереса детета". Међутим, овде се може поставити и једно друго питање. Као што јер речено, сам чин подношења тужбе за поништење изјаве о признању очинства указује како више нема психолошког сегмента очинства из угла мушкарца који је признао очинство. Другим речима, наведени мушкарац подноси тужбу ради поништења признања очинства јер се више не осећа оцем детета или боље рећи не сматра биолошким оцем. Практично је незамисливо да поменути мушкарац подноси захтев за поништењем изјаве о признању очинства мотивисан одређеним материјалним или формалним недостацима своје изјаве воље. Истински мотив може бити једино његово сазнање како није биолошки отац, јер се заиста тешко може поверовати како мушкарац који је признао очинство жели раскинути правну и социолошку везу са дететом зато што је његова изјава о признању ништава. На тај начин, правила о поништењу изјаве о признању очинства из разлога ништавости практично служе изигравању прописа о поништењу поменуте изјаве дате у заблуди. Наиме, када је изјава о признању очинства дата у заблуди, може се поништити само у одређеном року, што код поништења изјаве о признању из разлога ништавости није случај. Претходно наведено указује како је сама установа поништења изјаве о признању, односно сагласности са признањем очинства из разлога ништавости врло спорна, те како не служи свом основном циљу, већ се у пракси може окренути против "најбољег интереса детета". Због тога, изостављање могућности поништења ништаве изјаве о признању, односно сагласности са признањем очинства, има своје оправдање.

Са друге стране, правила о поништењу изјаве о признању, односно сагласности са признањем очинства из разлога рушљивости имају знатно већи значај у нашем праву у контексту истине о биолошком пореклу детета. Тако, мушкарац који је дао изјаву о признању очинства у заблуди, као и лица која су се сагласила са признањем очинства погрешно верујући како је именовани мушкарац отац детета, немају по нашем ПЗ могућност утврђивања истине о биолошком пореклу детета кроз поступак оспоравања очинства.⁹⁴⁴ Због тога се у наведеним случајевима поступак поништења очинства утврђеног признањем јавља као једини правни пут до истине о

⁹⁴⁴ Вид. чл. 56. ст. 2. у вези са чл. 56. ст. 4. ПЗ.

биолошком пореклу детета према оцу. Такође, треба имати у виду како је заблуда погрешна представа о одређеној чињеници од значаја за истину о биолошком пореклу детета. Из тог разлога, није могуће поступак за поништење изјаве о признању очинства дате у заблуди строго раздвојити од патернитетских парница у којима се утврђује истина о биолошком пореклу детета према оцу.

Уколико се изјава о признању очинства дала у заблуди, психолошки и социолошки сегменти очинства су најчешће заснивају на погрешној претпоставци о биолошком пореклу детета према оцу. Из тог разлога, "најбољи интерес детета" не може бити сметња поништењу наведене изјаве о признању очинства, нарочито ако се зна како се изјава дата у заблуди може поништити само у одређеном року.⁹⁴⁵

На крају, на основу анализе правила о утврђивању порекла детета према мајци и оцу, може се закључити како нашем праву недостаје одговарајуће вредновање социолошког родитељства. Уколико би се желело извршити одређено рангирање различитих сегмената родитељства, могло би се рећи како се у нашем праву највећи значај поклања биолошком пореклу детета, затим психолошким аспектима родитељства, док се социолошка веза између деце и родитеља налази на последњем месту. Поменуто вредновање може у појединачним случајевима имати врло негативне последице по остваривање "најбољег интереса детета". Наше право као да се повело за напретком који је савремена медицина и генетика учинила на пољу утврђивања истине о биолошком пореклу детета. Међутим, принцип "најбољег интереса детета" не значи како се у сваком конкретном случају мора следити пут материјалне, односно биолошке истине о пореклу детета. У том смислу, илустративне су речи енглеског правника Бајнама који каже: "Велика иронија нашег доба јесте што у тренутку када је постало могуће на уверљив начин утврдити биолошко родитељство, то се чини мање важним, јер се сада у већој мери прихвата социолошко родитељство у својим многобројним изразима".⁹⁴⁶

⁹⁴⁵ Нажалост, наше право предвиђа само субјективан рок за поништење признања очинства, што наилази на критике у нашој правној литератури. Детаљније вид. Зоран Поњавић, "Признање очинства", *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе* (пр. С. Бејатовић), 2010, 268.

⁹⁴⁶ Andrew Bainham, "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions", *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis* (eds. A. Bainham, S. Day Sclater and M. Richards), Hart Publishing, Oxford - Portland 1999, 44.

2.2.3. "Најбољи интерес детета" у светлу права на сазнање порекла усвојеног детета

Од суштинског значаја за дете је да има социолошке родитеље, односно лица која ће се о њему непосредно старати и бринути. Из тог разлога се принцип "најбољег интереса детета" превасходно остварује кроз социолошку везу између родитеља и детета. Идеално је да се са заснивањем социолошког родитељства отпочне одмах по рођењу детета, међутим то није увек могуће. Поменути аспект родитељства може изостати зато што се биолошко порекло детета према родитељима не може утврдити или је биолошко порекло детета познато, али не може добити свој социолошки израз из објективних или субјективних разлога. Због тога је са становишта "најбољег интереса детета" неопходно детету обезбедити одговарајућу алтернативу за социолошко родитељство које проистиче из биолошке везе између детета и родитеља. У "најбољем интересу детета" је да поменута алтернатива буде дугорочно решење, које ће у што већој мери створити окружење које би подсећало на биолошку породицу. Сходно томе, установа усвојења се намеће као облик збрињавања деце који највише одговара садржини наведеног принципа.

У контексту права на сазнање порекла, кључно питање је да ли и у ком обиму омогућити усвојеном детету да сазна чињенице од значаја за истину о свом биолошком пореклу? Решења у упоредном праву се крећу у два основна, али супротстављена смера. Према једном приступу, који се заснива на принципу истинитости, детету треба омогућити да под одређеним условима сазна податке о свом биолошком пореклу.⁹⁴⁷ Насупрот томе, принцип тајности налаже да се детету не допусти, па чак и онемогући сазнање истине о биолошком пореклу.⁹⁴⁸ Поред тога што су супротстављени, оба поменута принципа се могу правдати са аспекта "најбољег интереса детета", што ситуацију око остваривања права усвојеног детета на сазнање порекла чини изузетно сложеном.

Већина европских законодавстава се приклонила принципу истинитости, у смислу допуштања детету да под одређеним условим сазна чињенице од значаја за истину о свом биолошком пореклу. Ипак, услови под којима се детету омогућава сазнати податке о својим биолошким родитељима су различити, у зависности од

⁹⁴⁷ Вид. М. Драшкић (2009), 45.

⁹⁴⁸ Вид. *Ibid.*, 46.

степенa ограничавања права детета да сазна за чињенице од значаја за своје биолошко порекло. Нека права у том смислу покушавају остварити равнотежу између интереса усвојитеља и права детета да зна ко су му биолошки родитељи. Тако, немачко право омогућава детету сазнати одређене податке о свом биолошком пореклу само уз сагласност усвојитеља.⁹⁴⁹ Са друге стране, поједина права, попут нашег, право на сазнање одређених чињеница о биолошком пореклу усвојеног детета везују само за услове на страни детета, као што су узраст и способност за расуђивање наведеног детета. Највећу флексибилност по питању права детета на сазнање података о свом биолошком пореклу показују правни системи који признају могућност "отвореног" усвојења. "Отворено" усвојење се у теорији дефинише као облик усвојења где биолошки родитељи детета задржавају право на одржавање личних односа са дететом и након усвојења.⁹⁵⁰ На тај начин право на одржавање личних односа преостаје као једино право из корпуса родитељског права које биолошки родитељи још увек могу вршити.⁹⁵¹ На пример, наведену могућност предвиђа холандско право, али уз испуњење одговарајућих услова. Тако се према холандском законодавству "отворено" усвојење може засновати: ако је дете пре усвојења већ успоставило личне односе са својим биолошким родитељима, ако контакт са биолошким родитељима не би озбиљно нарушио психички или физички развој детета, ако се биолошки родитељ показао или се мора сматрати неподобним за одржавање личних односа са дететом, ако се дете које је навршило 12 година противи контакту или ако је одржавање личних односа у супротности са "најбољим интересом детета".⁹⁵² Из наведене формулације, може се закључити како холандско право наводи *exempli causa* елементе за процену "најбољег интереса детета" приликом доношења одлуке о заснивању "отвореног усвојења". Због тога је јасно како је "најбољи интерес детета" општи и кључни критеријум за успостављање поменутог облика усвојења.

За разлику од принципа истинитости, нека, истина малобројнија законодавства се залажу за ускраћивање права усвојеном детету да сазна чињенице од значаја за своје биолошко порекло. Поменути приступ је карактеристичан за Русију и друге бивше совјетске републике.⁹⁵³ На пример, према решењу руског

⁹⁴⁹ Вид. чл. 1758. Немачког грађанског законика.

⁹⁵⁰ Вид. Г. Ковачек - Станић (1997), 176.

⁹⁵¹ М. Драшкић (2009), 46.

⁹⁵² Чл. 229. ст. 4. у вези са чл. 377а. ст. 2. и ст. 3. Холандског грађанског законика.

⁹⁵³ Вид. М. Драшкић (2009), 46.

права, допушта се чак и упис лажних података у матичну књигу рођених како би се фингирало да су усвојитељи биолошки родитељи детета.⁹⁵⁴

Као што је раније напоменуто, оба приступа праву детета на сазнање података о свом биолошком пореклу могу се правдати "најбољим интересом детета". Међутим, једино принцип истинитости пружа простор и за аутономију детета и није стриктно ограничен патерналистичким оквирима. Поменути приступ подразумева способност и зрелост детета да прихвати чињеницу усвојења и истину о свом биолошком пореклу. Уколико дете заиста поседује наведене карактеристике, социолошка веза између детета и усвојитеља би требала остати стабилна. Са друге стране, принцип тајности у потпуности подређује "најбољи интерес детета" циљу очувања и заштите социолошког родитељства између усвојитеља и детета. При томе, дете се посматра више као објекат правне заштите, односно рањиво биће, чија крхка природа ће се боље сачувати ако се буде држало у заблуди. Из тог разлога, принцип тајности одсликава конзервативно тумачење "најбољег интереса детета", које у ери права деце тешко може одговорити до краја изазову остваривања наведеног принципа. Међутим, то не значи како принцип истинитости нема своје недостатке у контексту "најбољег интереса детета". Наиме, установа "отвореног усвојења" се може критиковати са становишта примене "најбољег интереса детета". Тако, поменути облик усвојења често може изазвати одређену конфузију код детета и присуство већег броја родитељских фигура у животу детета. Због тога, холандско право оправдано условљава заснивање "отвореног усвојења" принципом "најбољег интереса детета". У супротном би се дете свело на предмет уговора о "отвореном" усвојењу између биолошких родитеља и усвојитеља детета.

2.2.4. "Најбољи интерес детета" у светлу права на сазнање порекла детета зачетог поступком биомедицински потпомогнутог оплођења

Развој репродуктивне медицине, односно технологија биомедицински потпомогнутог оплођења изменио је традиционалну представу о правним односима између родитеља и деце. Тачније, могућност зачећа артифицијелним путем, уз помоћ различитих биомедицинских услуга, морала је добити и свој правни одраз у виду

⁹⁵⁴ Вид. чл. 135. и чл. 139. Породичног закона Руске Федерације.

одговарајућих правила о утврђивању материнства и очинства детета. Правни појам родитељства почива на социолошком и психолошком аспекту материнства и очинства, при чему дете може имати генетску везу са оба, једним или, као у случају генетске сурогације, нити једним родитељем.⁹⁵⁵ Као и код зачећа природним путем, правно материнство се, са изузетком сурогације, заснива на гестационом критеријуму. Са друге стране, правни појам очинства исходи из психолошког сегмента родитељства, односно воље брачног или ванбрачног партнера мајке као социолошког родитеља, односно мушкарца који се намерава старати о детету.⁹⁵⁶ При томе, психолошки отац може, али и не мора бити биолошки родитељ, у зависности од тога да ли је реч о хомологној или хетерологној инсеминацији.

Када је дете зачето дарованом јајном ћелијом или артифицијелном инсеминацијом, материнство и очинство мушкарца који се по закону сматра оцем детета се, по правилу, не могу оспоравати.⁹⁵⁷ На овом месту треба истаћи како су у нашем праву, без икакве потребе, правна правила о материнству и очинству детета зачетог уз биомедицинску помоћ нашла своје место, поред ПЗ, и у Закону о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења.⁹⁵⁸ Тиме се створила могућност за сукоб два закона у односу на питања која припадају породичноправним односима. До поменутог сукоба нарочито може довести решење из ЗБМПО према којем се изоставља правило о забрани оспоравања очинства детета зачетог семеним ћелијама донора. Наведени пропуст твораца ЗБМПО може имати изразито негативне последице по "најбољи интерес детета" јер би се стриктном применом правила наведеног Закона могло омогућити супружнику или ванбрачном партнеру мајке да се предомисли и оспорава очинство детета зачетог хетероложном инсеминацијом.⁹⁵⁹ На тај начин би дете остало без утврђеног очинства, уз немогућност утврђивања очинства, с обзиром да је зачето семеним ћелијама

⁹⁵⁵ Вид. Rebecca Probert, "Families, assisted reproduction and the law", *Child and Family Quarterly* 3/2004, 274.

⁹⁵⁶ Поједини аутори социолошко родитељство називају још и постнаталним. Детаљније вид. Martin Johnson, "A Biomedical Perspective on Parenthood", *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis* (eds. A. Vainham, S. Day Sclater and M. Richards), Hart Publishing, Oxford - Portland 1999, 57.

⁹⁵⁷ Вид. чл. 57. ст. 2. и чл. 58. ст. 3. ПЗ. Према нашем породичном законодавству очинство детета зачетог наведеним поступком може оспоравати једино мушкарац који је дао писмени пристанак на биомедицински потпомогнуто оплођење уколико дете није зачето на поменути начин. Вид. чл. 58. ст. 4. ПЗ.

⁹⁵⁸ Вид. чл. 57 - 58. ПЗ и чл. 65 - 66. Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења - ЗБМПО, "Службени гласник РС", бр. 72/2009.

⁹⁵⁹ У нашој правној теорији се поменути пропуст из ЗБМПО оштро критикује и објашњава некритичком рецепцијом одговарајућих правила словеначког права. Детаљније вид. Гордана Ковачек - Станић, "Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима", *Зборник Матице српске за друштвене науке* 2010, 423.

донора.⁹⁶⁰ Правна несигурност у коју би се дете оваквим пропустом довело елементарно нарушава "најбољи интерес детета". Због тога би се суд у случају евентуалног захтева за оспоравањем очинства од стране мужа или ванбрачног партнера мајке морао позвати на правила ПЗ којим се забрањује могућност оспоравања очинства детета зачетог уз биомедицинску помоћ, без обзира да ли се ради о хомологној или хетерологној артифицијелној инсеминацији.⁹⁶¹

Разлози за немогућност оспоравања очинства су различити, али се углавном свODE на одсуство неизвесности око истине о биолошком пореклу детета. Наиме, у случајевима када је дете зачето хомоложном артифицијелном инсеминацијом, процедура наведене биомедицинске услуге је гарант једнакости између биолошког и правног појма очинства. Насупрот томе, уколико је дете зачето семеним ћелијама другог мушкарца, јасно је како правни, психолошки и социолошки отац не може бити биолошки родитељ детета. Ситуација је нешто другачија код детета зачетог дариваним јајним ћелијама, јер се правни појам материнства заснива на чињеници рађања детета. У том смислу, није од правног значаја која жена је генетска, већ гестациона мајка детета. Због тога се код даривања јајне ћелије питање утврђивања материнства не може ни поставити.

Сходно томе, право детета зачетог уз биомедицинску помоћ на сазнање порекла обухвата превасходно два проблема, који имају значај у случајевима зачећа дариваном јајном ћелијом или артифицијелном хетероложном инсеминацијом. Прво питање тиче се првенствено моралне обавезе родитеља да детету одговарајућег узраста и зрелости саопште истину о његовом зачећу, односно генетском пореклу. Други проблем се односи на правну могућност да дете сазна идентитет или одређене информације везане за личност донора.⁹⁶² У том смислу, јавља се дилема око права

⁹⁶⁰ Вид. чл. 66. ст. 2. ЗБМПО.

⁹⁶¹ На основу колизионог правила дерогационог права *lex posterior derogat legi priori*, предност би се морала дати правилима ЗБМПО о очинству детета зачетом уз биомедицинску помоћ. Међутим, питање утврђивања порекла детета према оцу, односно заснивања и укидања правне везе између оца и детета, је чисто породичноправно питање. Из тог разлога, би се правила ЗБМПО могла третирати као општија у односу на ПЗ. У наведеним околностима, од тумачења суда би зависило која законска правила ће се применити поводом евентуалног оспоравања очинства детета зачетог хетероложном артифицијелном инсеминацијом од стране мужа или ванбрачног партнера мајке. "Најбољи интерес детета" би морао бити језичак на ваги који ће превагнути у корист правила ПЗ. О правилима колизионог дерогационог права и њиховој примени детаљно вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право: уводне теме*, ИП Номос, Београд 1991, 89 - 90.

⁹⁶² Право детета да зна своје порекло може имати значаја и у контексту сурогације. У том смислу, пандан хетероложној артифицијелној инсеминацији може бити делимична или генетска сурогација где је правни отац уједно и биолошки отац детета, али правна мајка није жена која је генетска и гестациона мајка, већ жена на чијој страни је психолошки сегмент материнства, односно која се намерава старати о детету. У првом случају, правни родитељ са којим дете има генетску везу је мајка,

детета на сазнање идентитета донора или одговарајућих података од значаја за биолошко порекло детета.

Питање разоткривања начина зачећа заправо представља предуслов како би се уопште могло говорити о праву детета на сазнање порекла у случајевима даривања јајне ћелије, односно артифицијелне инсеминације. Одређена истраживања показују контрадикторне тенденције када је у питању склоност мајке да саопшти детету информације о зачећу. Наиме са једне стране, одређене мајке су склоније него очеви саопштити детету информације о начину зачећа детета.⁹⁶³ То се објашњава чињеницом како се наведене жене, због чињенице да су носиле и родиле дете, осећају истинским мајкама детета и имају успостављену јаку психолошку везу са дететом од момента његовог рођења.⁹⁶⁴ Са друге стране, поједине мајке уопште не налазе са сходно обавестити дете како је зачето даривањем јајне ћелије, јер себе због чињенице да су дете родиле, истински доживљавају као мајке.⁹⁶⁵ У наведеном примеру, изостављање информације о начину зачећа свакако може имати највише оправдања. Било како било, обавеза родитеља да саопште детету зачетом уз биомедицинску помоћ информације о начину зачећа представља моралну дужност родитеља и не може им се законом наметати. Из тог разлога, родитељи су у наведеним случајевима једини позвани да тумаче принцип "најбољег интереса детета".

По питању могућности сазнања идентитета или одговарајућих информација о донору јајних, односно семених ћелија у упоредним правима постоје три основна приступа, која се неизбежно морају сагледати и у контексту "најбољег интереса детета". Поменути приступи се крећу од апсолутне забране, права на сазнање одређених информација о донору, до права на сазнање идентитета даваоца јајних или семених ћелија.⁹⁶⁶

док је у случају генетске сурогације правни родитељ са којим дете има генетску везу отац. За разлику од зачећа даривањем јајне ћелије, код генетске сурогације правни концепт материнства не почива ни на генетском, нити на гестационом критеријуму. О сурогацији детаљно вид. Гордана Ковачек - Станић, "Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнства у упоредном европском праву и Србији", *Становништво* 1/2013, 1 - 23.

⁹⁶³ Вид. John Appleby, Lucy Blake and Tabitha Freeman, "Is disclosure in the best interests of children conceived by donation?", *Reproductive Donation: Practice, Politics and Bioethics* (eds. M. Richards, G. Pennings, J. Appleby) 2012, 234.

⁹⁶⁴ Вид. *ibid.*

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ Вид. Kerry Petersen, "The Rights of donor-concieved children to know the identity of their donor", *Globalization and Health* (eds. B. Bennett, G. Tomossy), 2006, 159.

Најпре, у значајном броју држава детету зачетом уз биомедицинску помоћ се апсолутно ускраћује могућност сазнавања било каквих информација о донору.⁹⁶⁷ У стручној литератури се износе различити аргументи у прилог анонимности донора и ускраћивања права детета да сазна истину о свом биолошком пореклу. Тако се наводи како би сазнање о пореклу код детета узроковало огорчење и стање озбиљног психолошког и емоционалног шока, како анонимност донора није у супротности са људским достојанством детета, па чак и како вредност сазнања о генетском пореклу није нарочито велика, јер се не зна која ће својства генетског родитеља прећи на дете.⁹⁶⁸

Насупрот томе, поједина законодавства, у складу са принципом отворености и истинитости омогућавају детету да под одређеним условима сазна идентитет донора. Шведска је прва држава која је напустила правило о анонимности даваоца, те према шведском праву, дете које је довољно зрело има право сазнати информације о донору које се чувају у регистру одговарајуће здравствене установе.⁹⁶⁹ Према холандском праву, дете има право сазнати информације о донору, под условом да је навршило 16 година и ако је донор дао писмено одобрење за разоткривање свог идентитета.⁹⁷⁰ Уколико давалац не пристане на разоткривање свог идентитета или се уопште не огласи поводом захтева детета, поменута информација се ипак може дати након узимања у обзир интереса детета и донора.⁹⁷¹ У стручној јавности се као аргументи у прилог права детета на сазнање идентитета донора наводе: афирмација права детета да зна истину о свом биолошком пореклу у највећој могућој мери, заштита људског достојанства детета и права на развој његове личности, избегавање могућности да дете случајно сазна за начин зачећа, што би код детета могло изазвати конфузију и узнемиреност.⁹⁷²

Одређена законодавства допуштају да дете сазна само одређене информације о донору, али не и идентитет лица које је донирало оплодне ћелије. То могу бити подаци који се тичу физичких карактеристика, породичног порекла, образовања,

⁹⁶⁷ Апсолутна анонимност донора постоји, на пример, у данском, француском, норвешком и руском праву. Вид. *ibid.* Детаљније о законодавствима које предвиђају принцип тајности приликом зачећа детета артифицијелном хетероложном инсеминацијом вид. Г. Ковачек - Станић (1997), 145 - 154.

⁹⁶⁸ О разлозима у прилог анонимности донора детаљније вид. Марија Драшкић, "Породичноправни аспекти артифицијелне инсеминације", *Анали Правног факултета у Београду* 4/1992, 255.

⁹⁶⁹ Вид. Г. Ковачек - Станић (1997), 129; К. Petersen, 161.

⁹⁷⁰ У Холандији се питање анонимности донора регулише посебним Законом о чувању и разоткривању информација о оплодним ћелијама из 2001. године. Вид. К. Petersen, 160.

⁹⁷¹ Детаљније вид. *ibid.*

⁹⁷² Вид. М. Драшкић (1992), 256.

различитих способности, интересовања и здравствене историје донора.⁹⁷³ У грчком и нашем праву, информације о донору су ограничене на податке од медицинског значаја, са којима се дете може упознати из здравствених разлога.⁹⁷⁴ Поменути приступ представља покушај компромисног решења, односно остваривање равнотеже између интереса донора, правних родитеља и детета.

Процена усаглашености правила о сазнању идентитета донора са "најбољим интересом детета" је врло незахвална и сложена. У наведеним случајевима, принцип "најбољег интереса детета" би требао представљати равнотежу између различитих врста интереса. Прва група интереса се исказује кроз појам "медицинске добробити" ("*medical welfare*"), друга група служи "добробити породице" ("*family welfare*") и на крају, мора се водити рачуна о правима деце и интересима даваоца оплодних ћелија.⁹⁷⁵ Не постоји универзални рецепт којим би се принцип "најбољег интереса детета" применио на одговарајући начин у сваком појединачном случају. Права која се залажу за апсолутну анонимност донора дају предност "добробити породице" и анонимности донора наспрам "медицинске добробити" и права детета на сазнање порекла. Са друге стране, правни системи који омогућавају детету да сазна идентитет донора првенство дају медицинској добробити и правима деце. Коначно, права, попут нашег, настоје уважити интересе како "медицинске", тако и "породичне добробити" уз рестриктивни приступ праву детета да зна своје порекло. Са становишта "најбољег интереса детета", посебно је интересантан приступ холандског законодавца који је уложио велики напор да прилагоди правила о сазнању, односно могућности сазнања информација о донору, индивидуалистичком карактеру "најбољег интереса детета". У том смислу, холандско право омогућава сазнање медицинских, не-идентификационих, као и информација које се односе на идентитет донора, у зависности од одговарајућих услова.⁹⁷⁶

⁹⁷³ Могућност сазнања поменутих података о даваоцу оплодних ћелија превиђа енглеско право. Вид. Г. Ковачек - Станић (1997), 139.

⁹⁷⁴ Вид. Ismene Androulidakis - Dimitriadis, *Family Law in Greece*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, 97. Према нашем праву, дете зачето поступком биомедицински потпомогнутог оплођења оплодним ћелијама донора има право да из медицинских разлога тражи податке од медицинског значаја који се односе на донора, када наврши 18 година, а изузетно и са 16 година ако се еманциповало. Вид. чл. 64. ст. 1. ЗБМПО.

⁹⁷⁵ Вид. J. Appleby, L. Blake and T. Freeman, 231.

⁹⁷⁶ Тако, информације од медицинског значаја о донору има право тражити лекар детета. Са друге стране, дете зачето биомедицински потпомогнутим оплођењем може захтевати додатне не-идентификационе податке о даваоцу оплодних ћелија, под условом да је навршило 12 година. Детаљније вид. K. Petersen, 160.

Приступ холандског законодавца почива на снажној афирмацији партиципативних елемената "најбољег интереса детета", при чему се у други план стављају интереси донора, а нарочито "добробит породице", односно интереси социолошких родитеља. Наведено решење из холандског права је добар пример како права детета на партиципацију могу обликовати садржину "најбољег интереса детета". Истовремено, холандска правила о могућности детета са сазна идентитет донора потврђују колико однос између поменутог принципа и партиципативних права детета може бити деликатан.

2.3. "Најбољи интерес детета" и право детета на мишљење

Две кључне силе које данас обликују правни положај детета и представљају извориште правне регулативе о деци јесу принцип "најбољег интереса детета" и права детета на партиципацију.⁹⁷⁷ Због тога се вредност поменутог принципа може на истински начин сагледати једино кроз узајамни однос са партиципативним правима детета.

Почетна полазишта принципа "најбољег интереса детета" и аутономних, односно партиципативних права детета наизглед указују на ривалитет два концепта. Наиме, у својој дугој традицији принцип "најбољег интереса детета" је функционисао преваходно као заштитни бедем личности детета, односно као одговор на потребу да се детету помогне у својој рањивости, неравноправности и незаштићености. Са друге стране, идеја партиципације руши представу о детету као неспособном, неодговорном и непотпуном људском бићу које се тек са достизањем одређеног узраста може сматрати пуноправним чланом друштва.⁹⁷⁸ Из тог разлога, "најбољи интерес детета" је индивидуализовао дете и указао како и дете као члан породице може имати сопствене интересе. Партиципативна права су наведене интересе из руку одраслих пренела на децу као аутономне правне субјекте и на тај начин истински изменила представу о правном положају детета. Другим речима,

⁹⁷⁷ Вредност принципа "најбољег интереса детета" и партиципације деце посебно се истиче у ОП бр. 3-КПД где се наводи како ће се Комитет за права детета приликом остваривања својих функција водити принципом "најбољег интереса детета", али и да ће такође водити рачуна о правима и мишљењу детета коме ће посветити дужну пажњу у складу са узрастом и зрелошћу детета. Вид. чл. 2. ОП бр. 3-КПД. Из стилизације одредбе приметно је како се право детета на мишљење издваја од осталих права деце и уздиже у ранг основног принципа наведеног Протокола.

⁹⁷⁸ Вид. L. Krappmann, 502. У том смислу вид. para. 18. CRC/C/GC/12.

партиципација деце почива на уверењу како деци треба омогућити доношење сопствених одлука и вршење аутономних избора. Због тога се права деце на партиципацију у правној литератури понекад означавају и као "права власти" ("*empowerment rights*").⁹⁷⁹ Кроз поменути израз, који се за права одраслих подразумева, настоји се симболично приказати раскид са старим схватањем деце као правних субјеката зависних и подређених вољи других. У наведеном контексту, "најбољи интерес детета" се може доживљавати као брана неодговарајућим изборима детета или као концепт који ће пригрлити партиципацију детета као свој основни израз. Комитет за права детета се одлучио за други пут.⁹⁸⁰

Основно, опште или право-матицу када је реч о партиципативним правима деце, представља право детета на мишљење. КПД регулише наведено право на два нивоа, општем и конкретнијем, односно процедуралном нивоу. Најпре, КПД обавезује државе-уговорнице "обезбедити детету које је способно формирати своје мишљење право да наведено мишљење искаже слободно у свим односима који се тичу детета, те да се мишљењу детета посвети дужна пажња у складу са узрастом и зрелошћу детета".⁹⁸¹ Од држава-уговорница се захтева, једнако као и у случају примене "најбољег интереса детета" да се приликом тумачења свих других права из КПД руководе правом детета на мишљење.⁹⁸² Даље, КПД конкретизује у процедуралном смислу наведено право тако што наводи како ће се детету "нарочито пружити прилика да буде саслушано у било ком судском и административном поступку који се тиче детета, било непосредно, било преко заступника или одговарајуће установе, на начин сагласан процедуралним правилима националног права".⁹⁸³

У односу на принцип "најбољег интереса детета", садржина права детета на мишљење је конкретније одређена, захваљујући ужим правима, односно овлашћењима из којих се поменуто право састоји. Тако, право детета на мишљење из КПД обухвата право да дете слободно изрази своје мишљење, да се мишљењу детета посвети дужна пажња, као и дете буде саслушано у судским или административним поступцима који га се тичу. Међутим, за разлику од принципа

⁹⁷⁹ Вид. Rebecca Stern, *The Child's Right to Participation - Reality or Rhetoric?*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Упсали 22. септембра 2006. године, Uppsala, Sweden, 2006, 154.

⁹⁸⁰ Вид. para. 74. CRC/C/GC/12 и para. 43. CRC/C/GC/14.

⁹⁸¹ Чл. 12. ст. 1. КПД.

⁹⁸² Вид. para. 17. CRC/C/GC/12.

⁹⁸³ Чл. 12. ст. 2. КПД.

"најбољег интереса детета", право детета на мишљење прате одређена ограничења, исказана кроз одговарајуће правне чињенице и правне стандарде. У том смислу, творци КПД наводе како је титулар права дете "способно формирати своје мишљење", те како се мишљењу детета мора посветити "дужна пажња", у складу са "узрастом и зрелошћу детета". Први и трећи израз представљају правне чињенице, с обзиром да је реч о животним околностима које утичу на настанак конкретног правног односа.⁹⁸⁴ Изузев "узраста" детета, реч је о чињеницама о којима суд у поступку, по правилу, изводи доказе уз помоћ одређених стручњака из ванправних области. Међутим, поменуте доказе суд слободно цени и одлучује какву ће вредност дати одговарајућим налазима и мишљењима стручних лица. Израз "дужна пажња" је типични правни стандард, чији се домашај одређује на основу "узраста" и "зрелости детета" као правних чињеница, што значи како одговарајући ванправни стручњаци опет имају значајну посредну улогу при примени наведеног правног стандарда.

Најпре, према КПД, титулар права на мишљење јесте дете "способно формирати мишљење". Комитет за права детета настоји на сваки начин минимизирати ограничавајући карактер поменуте правне чињенице. Тако, према Комитету "наведени израз не треба посматрати као ограничење, већ пре као обавезу држава-чланица да у што већој мери процене способност детета да формира аутономно мишљење у највећем могућем обиму".⁹⁸⁵ Комитет се овде не задржава, већ износи схватање како постоји правна претпоставка да је дете способно формирати своје мишљење, те да је терет доказивања на лицу које тврди супротно.⁹⁸⁶ При томе, Комитет за права детета се изричито изјашњава против фиксног одређивања узраста у коме ће се претпостављати како је дете способно формирати мишљење.⁹⁸⁷ У нашем законодавству и судској пракси се препознаје како је право детета на слободно изражавање мишљења условљено искључиво способношћу детета да формира своје мишљење, те да доња старосна граница за остварење овог права није прописана.⁹⁸⁸ Ипак, сходно правилима ПЗ, констатује се како за децу преко десет година постоји законска претпоставка о достигнутој зрелости за изражавање мишљења детета у судском и управном поступку.⁹⁸⁹ Комитет за права

⁹⁸⁴ У том смислу вид. Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд 1970, 133.

⁹⁸⁵ Para. 20. CRC/C/GC/12.

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ Вид. para. 21. CRC/C/GC/12.

⁹⁸⁸ Вид. чл. 65. ст. 1. ПЗ и у том смислу Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19.04. 2007. године, "Актуелна судска пракса", 3/2008.

⁹⁸⁹ *Ibid.* Вид. чл. 65. ст. 4. ПЗ.

детета инсистира да се у ситуацијама када је одређена доња старосна граница за остваривање права на детета на мишљење у судском или административном поступку, детету омогући да буде саслушано без обзира на поменути старосну границу.⁹⁹⁰ Тако, Комитет сугерише како у поступку за развод брака суд мора индивидуално ценити способност детета да формира мишљење, без одређивања минималне старосне границе када ће се наведена способност претпостављати.⁹⁹¹ У светлу нашег права и судске праксе, то би практично значило како суд у сваком конкретном случају треба утврђивати да ли је дете млађе од 10 година способно формирати мишљење.⁹⁹² У супротном, деца млађа од наведеног узраста би била дискриминисана у односу на децу старију од десет година, која имају претпостављену способност формирања мишљења.⁹⁹³ Другим речима, судови или одговарајући административни органи могу по службеној дужности обарати правну претпоставку како дете млађе од 10 година живота није способно формирати своје мишљење и слободно га исказати у судском или административном поступку. При томе, основни критеријум приликом процене потребе да се и млађе дете саслуша, биће управо "најбољи интерес детета" у сваком појединачном случају. Ипак, значај поменуте правне претпоставке у нашем праву је што одговарајући узраст детета представља границу између обавезе и могућности да се дете саслуша.⁹⁹⁴

Циљ Комитета је да максимално прошири домашај права детета на мишљење, односно да мишљење детета учини фактором одлучивања, чак и у случајевима веома мале деце. У том смислу, поменути међународни орган истиче како чак и бебе и веома мала деца имају права на сопствену процену "најбољег интереса детета", без обзира што не могу исказати мишљење као старија деца.⁹⁹⁵ Комитет се позива на одговарајућа истраживања према којима је дете способно формирати мишљење још од најранијег детињства, премда у невербалном облику.⁹⁹⁶

⁹⁹⁰ Вид. L. Krappmann, 507.

⁹⁹¹ Вид. пара. 52. CRC/C/GC/12.

⁹⁹² Утврђивање способности за формирање мишљења би се у случајевима детета млађег од 10 година јавило као претходно питање, које би се могло решавати уз помоћ различитих стручњака или непосредним саслушањем детета од стране суда. Детаљније вид. Зоран Поњавић, "Утврђивање мишљења детета у парницама за развод брака у контексту најбољег интереса детета", *Начела и вриједности правног система - норма и пракса* (пр. Г. Марковић), Источно Сарајево, 2012, 40.

⁹⁹³ *Ibid.*, 40.

⁹⁹⁴ Вид. Урош Новаковић, "Право детета на изражавање мишљења", *Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног* (пр. Г. Марковић), Источно Сарајево, 2012, 194.

⁹⁹⁵ Вид. пара. 44. CRC/C/GC/14.

⁹⁹⁶ Вид. пара. 21. CRC/C/GC/12. Психолози су утврдили како бебе "говоре" путем изражајног језика знакова, израза лица и телесних покрета. Priscilla Anderson, Joanna Hawthorne and Margaret Killen, "The Participation Rights of Premature Babies", *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays from the*

Овако екстензивно тумачење способности детета да формира мишљење од стране Комитета за права детета има одређене недостатке. Наиме, без обзира што мало дете кроз невербални вид комуникације може исказати одређене ставове, о "мишљењу" детета се у поменутиим случајевима може сазнати искључиво преко тумачења одраслих лица. Најпре, уколико се односи у породици одвијају релативно складно и функционално, тада ће практично неприкосновени тумачи мишљења, односно емоција детета у раном детињству бити родитељи, односно лица која се непосредно старају о детету.⁹⁹⁷ Према Комитету за права детета, наведена лица ће бити кључна за процену мишљења, осећања и жеља детета док год поступају у "најбољем интересу детета".⁹⁹⁸ При томе, од суштинског значаја за проширивање обима и домашаја права детета на мишљење јесте "развој способности" ("*evolving capacities*") детета кроз процену постепеног сазревања и стицања знања и искуства који је за свако дете индивидуалан.⁹⁹⁹ Међутим, уколико су односи у породици нарушени, било који орган који би процењивао "мишљење" малог детета, зависио би у потпуности од налаза одговарајућих стручњака. Коначно, у КПД се наводи како ће се мишљењу детета посветити дужна пажња "у складу са узрастом и зрелошћу детета". При томе, сам Комитет за права детета дефинише "зрелост" као "способност да се разумеју и процене последице конкретног поступка".¹⁰⁰⁰ Из тог разлога, зрелост детета се не може везивати за најраније детињство, што указује како истински домашај мишљења малог детета тешко може одговорати тежњама Комитета.

Очито је како Комитет преко права детета на мишљење настоји у што већој мери сузбити, односно свести на најмању могућу меру патерналистичке елементе унутар "најбољег интереса детета". Ипак, свестан како се патерналистички приступ

International Journal of Children's Rights (ed. M. Freeman), 2011, 29. Поменути концепт "способности детета да формира своје мишљење" доследно примењује шведско право још од 1998. године, где се фиксно не одређује узраст у коме се претпоставља како је дете способно формирати мишљење. Вид. Закључна запажања Комитета за права детета поводом трећег периодичног извештаја Шведске од 30. 11. новембра 2002. године - CRC/C/125/Add. 1, para 224. Енглеско право такође не предвиђа узраст у коме ће се претпостављати способност детета за формирање мишљења, где је од посебног значаја одлука у чувеном случају *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* из 1985. године. Вид. Michael Freeman, "Rethinking *Gillick*", *International Journal of Children's Rights* 1/2005, 201-202.

Блиска наведеним решењима су и правила норвешког законодавства, према којима ће се "детету које је навршило 7 година или млађем детету способном формирати своје мишљење, дати информације и пружити прилика да искаже своје мишљење пре доношења било које одлуке о личном статусу детета". Одсек 6. ст. 3. норвешког Закона о добробити детета из 1992. године. Вид. David Archard and Marit Skivenes, "Deciding best interests: general principles and the cases of Norway and the UK", *Journal of Children's Services* 4/2010, 45.

⁹⁹⁷ Вид. para. 16. CRC/C/GC/7Rev. 1.

⁹⁹⁸ Вид. *ibid.*

⁹⁹⁹ Вид. para. 17. CRC/C/GC/7Rev. 1.

¹⁰⁰⁰ Para. 30. CRC/C/GC/12.

тешко може заобићи у случајевима сасвим мале деце, Комитет за права детета оправдава екстензивно тумачење "способности детета да формира мишљење" управо потребом да се дете у пуној мери заштити.¹⁰⁰¹

Даље, дете има право своје мишљење изразити слободно. За вршење наведеног овлашћења од кључног значаја је да дете благовремено добије сва обавештења потребна за формирање мишљења.¹⁰⁰² Због тога се у правној литератури истиче како одлука не може бити слободна ако не почива на информисаности детета.¹⁰⁰³ Истовремено, наводи се како право детета да добије информације представља прву фазу у процесу доношења одлуке која се тиче детета.¹⁰⁰⁴ Слободна одлука детета подразумева и да дете одбије исказати своје мишљење у одговарајућем поступку.¹⁰⁰⁵ Такође, од детета се не мора тражити да се изјасни ни када би се тиме изазвале негативне последице по дете, које је исувише емотивно везано за одређено лице, уплашено или повређено у конкретном случају.¹⁰⁰⁶

Кључно овлашћење унутар права детета на мишљење представља право детета да се мишљењу које је исказало поклони дужна пажња, у складу са узрастом и зрелошћу детета.¹⁰⁰⁷ Поменуто овлашћење намеће обавезу свим доносиоцима одлука које се тичу детета да се ставови детета озбиљно размотре и имају утицај на исход одлуке.¹⁰⁰⁸ Пуко саслушање детета није довољно, потребно је да се мишљење детета озбиљно размотри онда када га је дете способно формирати.¹⁰⁰⁹ Значај мишљења детета се постепено увећава са зрелошћу детета, при чему узраст детета нема самосталну и одлучујућу улогу. Ипак, у одговарајућим судским или административним поступцима веома је тешко одредити значај мишљења које је дете способно за расуђивање исказало. Норвешка теоретичарка Скивнес (*Skivenes*) је анализирајући одлуке норвешких судова, дошла до закључка који може бити корисно упутство и за наше судове и управне органе приликом вредновања мишљења детета. Наиме, поменута ауторка је учила како се у норвешкој судској

¹⁰⁰¹ Вид. para. 21. CRC/C/GC/12.

¹⁰⁰² Према схватању Комитета за права детета, "остваривање права детета на изражавање мишљења захтева да се дете информише од стране оних који имају обавезу саслушати дете, као и родитеља и старатеља детета, о свим питањима, опцијама и могућим одлукама и њиховим последицама." Para. 25. CRC/C/GC/12.

¹⁰⁰³ Вид. Gordana Kovaček - Stanić, "The Child in Serbian Family Law: Rights and Procedure for their Exercise", *Zbornik Pravne Fakultete Univerze v Mariboru* 1/2008, 175; R. Stern, 161.

¹⁰⁰⁴ У. Новаковић (2012), 196.

¹⁰⁰⁵ Вид. para. 134 (b). CRC/C/GC/12.

¹⁰⁰⁶ L. Krappmann, 507; детаљније вид. З. Поњавић (2012), 44.

¹⁰⁰⁷ Вид. *ibid.*, 513.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ Para. 28. CRC/C/GC/12.

пракси, као три основна елемента за одређивање домашаја мишљења детета, издвајају : истрајност и доследност детета у одређеном ставу, разлози због којих дете истрајава у одређеном мишљењу и процена детета које ће последице наступити уколико се мишљење које је исказало прихвати.¹⁰¹⁰ Поменути елементи би требали омогућити да се мишљење детета вреднује у складу са "најбољим интересом детета" у индивидуалном случају.

Ипак, национална законодавства често одређују узраст детета у коме ће се сматрати како је мишљење детета одлучујуће за исход одређеног судског или административног поступка. Реч је углавном о случајевима где се тражи сагласност детета како би се конкретан правни однос засновао. На пример, у нашем праву, дете које је навршило 15 година живота и које је способно за расуђивање може одлучити о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи.¹⁰¹¹ Поменуто правило представља пример права на самоодређење детета у судском поступку, најчешће парници за развод брака. Такође, наше породично законодавство познаје и случајеве самоодређења детета у административним поступцима. Тако ће право на мишљење детета које је навршило 10 година имати одлучујући значај приликом заснивања усвојења.¹⁰¹²

У првом наведеном примеру из нашег законодавства, успоставља се неоторива правна претпоставка како је одлука детета које је навршило 15 година и способно за расуђивање о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи у "најбољем интересу" наведеног детета. Дакле, суду се не оставља никаква дискреција да рангира различите елементе за процену "најбољег интереса детета", већ се мишљењу детета даје одлучујући значај. Поменуто решење нашег законодавца је у складу са сугестијама Комитета за права детета како се у одређеном тренутку развоја, мишљење детета изједначава са принципом "најбољег интереса детета".¹⁰¹³ Реч је о истом оном моменту када се улога родитеља трансформише у саветодавну, односно када се ставови родитеља нађу у истој равни са значајем који се додељује мишљењу детета. Међутим, проблем је што је за свако дете наведени моменат различит и зависи од индивидуалних развојних капацитета детета. Због тога решење из нашег ПЗ у поменутом контексту можда неће у сваком појединачном случају одговарати "најбољем интересу детета".

¹⁰¹⁰ Вид. D. Archard and M. Skivenes (2009), 12.

¹⁰¹¹ Чл. 61. ст. 4. ПЗ.

¹⁰¹² Вид. чл. 98. ПЗ.

¹⁰¹³ У том смислу вид. para. 44. CRC/C/GC/14.

У другом наведеном примеру, постоји такође необорива правна претпоставка како усвојење неће бити у "најбољем интересу детета" ако се са заснивањем усвојења није сагласило дете које је навршило 10 година и које је способно за расуђивање. С обзиром на врхунски значај "најбољег интереса детета" у области усвојења и могућих негативних последица превелике дискреције управних органа, поменуто решење има снажније оправдање. Последице усвојења су далекосежне, због чега национална законодавства, по правилу, одређују узраст када ће се мишљењу детета у наведеном домену дати одлучујући карактер. Наше законодавство, на пример, омогућава да се одбије усвојење и ако се дете млађе од 10 година изјаснило против заснивања усвојења. У таквим случајевима, управни орган, а не законодавац, рангира мишљење детета као елемент највишег ранга приликом одређивања садржине "најбољег интереса детета".¹⁰¹⁴

У контексту родитељског права, вредност и домашај мишљења детета је обрнуто сразмеран са простором за вршење родитељског права. Тако, према схватању Комитета, што је дете старије, зрелије и искусније, родитељи, старатељи или друга лица одговорна за дете, морају обавезу васпитања и усмеравања детета трансформисати и прилагодити у давање савета и размену мишљења са дететом на равноправним основама.¹⁰¹⁵ Наведена трансформација у вршењу родитељског права не везује се за неку фиксно одређену старосну границу детета, већ се родитељски ауторитет постепено умањује тако што се дете охрабрује и подстиче да исказује своје мишљење у све већем обиму.¹⁰¹⁶ Са преображајем родитељског права истовремено се одиграва и трансформација принципа "најбољег интереса детета", који постепено са сазревањем детета губи свој патерналистички карактер. Другим речима, намера Комитета је да аутономију детета временом учини одлучујућим фактором за одређивање садржине "најбољег интереса детета".

Поменуто настојање и тежња Комитета представља екстензивно и еволутивно тумачење правила КПД, с обзиром да се у време доношења наведеног међународног уговора тешко могло претпоставити колики ће домашај имати партиципативна права детета. У том смислу, професорка Ван Берен, која је активно учествовала у изради текста Конвенције, сматра како "слобода детета да исказе мишљење" намеће

¹⁰¹⁴ У наведеном случају, непосредно се примењује принцип "најбољег интереса детета" у виду општег услова за заснивање усвојења. Вид. чл. 89. ПЗ.

¹⁰¹⁵ Para. 84. CRC/C/GC/12.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

државама обавезу да омогуће детету учешће у процесу одлучивања.¹⁰¹⁷ Међутим, према поменутој ауторки, породични живот представља оквир за вршење партиципативних права детета, при чему дете има право на активну партиципацију, али не и самоодређење.¹⁰¹⁸ Из наведеног става произилази како се улога родитеља у контексту права детета на мишљење не може свести на саветодавну. Због тога се истиче се истиче како узимање аутономије деце за озбиљно такође значи и препознавање граница поменуте аутономије.¹⁰¹⁹

Право детета на мишљење има свој процесни израз у свим судским и административним поступцима који се тичу детета. У том смислу, право детета да буде саслушано у одговарајућем поступку треба тумачити тако да обухвата поступке које су деца покренула, као и поступке инициране од стране других лица који се тичу детета.¹⁰²⁰ Дете се неће саслушати у понижавајућем, непријатељском, неосетљивом или неодговарајућем окружењу за узраст детета.¹⁰²¹ На овом месту, Комитет је био приморан уважити реалност рањивости детета у одређеним ситуацијама, те је право детета на мишљење прилагодио патерналистичким оквирима.

На детету способном за формирање мишљења је превасходно да одлучи како ће исказати своје мишљење у конкретном судском или административном поступку.¹⁰²² У том смислу, дете може своје мишљење исказати непосредно, али и преко родитеља или старатеља као законских заступника, као и путем одговарајућих институција.¹⁰²³ Начин исказивања мишљења детета у наведеним поступцима зависи од околности конкретног случаја и тумачења "најбољег интереса детета".¹⁰²⁴ Тако ће, уколико околности случаја налажу, одговарајући орган одредити начин исказивања мишљења детета.¹⁰²⁵

Правила о начину исказивања мишљења детета у судском поступку или административном поступку, посебно у поступцима који се тичу вршења

¹⁰¹⁷ Вид. G. Van Bueren (1998), 137.

¹⁰¹⁸ Самоодређење подразумева моћ детета да одлучује, а не само да учествује у процесу одлучивања. Вид. *ibid.*, 138. Наведени став дели и енглеска правница Фортин, према којој је право детета на мишљење везано за консултовање и партиципацију детета, а не његово самоодређење. J. Fortin (2009), 236.

¹⁰¹⁹ E. Brems, 19.

¹⁰²⁰ Para. 33. CRC/C/GC/12. У том смислу вид. R. Stern, 165.

¹⁰²¹ Para. 34. CRC/C/GC/12.

¹⁰²² Комитет за права детета препоручује да дете непосредно искаже своје мишљење у судском или административном поступку кад год је то могуће. Вид. para. 35. CRC/C/GC/12.

¹⁰²³ Наведена установа може бити заштитник права, односно омбудсман за децу. Вид. R. Stern, 167.

¹⁰²⁴ *Ibid.*

¹⁰²⁵ Вид. para. 36. CRC/C/GC/12.

родитељског права, садржи и Европска Конвенција о остваривању права деце из 1996. године.¹⁰²⁶ Према наведеном међународном уговору, дете има право захтевати лично или посредством других лица, односно институција, да му се именује посебан заступник у случају сукоба интереса са својим законским заступником.¹⁰²⁷ Слично правило о постављању привременог заступника, односно колизијског старатеља садржи и наш ПЗ.¹⁰²⁸ Поменуто лице мора поступати искључиво у "најбољем интересу детета". Европска Конвенција о остваривању права деце наводи на који начин се привремени заступник мора понашати како би поступао у "најбољем интересу детета". Најпре, наведени заступник мора сазнати истинско мишљење детета.¹⁰²⁹ У том смислу, привремени заступник је дужан обезбедити све релевантне информације детету уколико је дете сходно унутрашњем праву способно за расуђивање и пружити објашњења детету око могућих последица доношења одлуке ако би се мишљење детета уважило.¹⁰³⁰ Коначно, заступник је дужан детету образложити сваку своју радњу на начин на који дете може разумети.¹⁰³¹ Наше породично законодавство је доследно преузело наведена правила Европске Конвенције о остваривању права деце, чиме се отвара простор за ојачавање процесноправног положаја детета.¹⁰³² У контексту улоге привременог заступника, занимљив је став немачког права, према којем је заступник детета дужан не само размотрити субјективну вољу детета, већ и објективну добробит за дете од сваке радње коју предузима.¹⁰³³ Дакле, привремени заступник детета није апсолутно везан мишљењем детета, већ ужива извесан степен дискреције приликом процене "најбољег интереса детета".

Може се приметити како је однос између принципа "најбољег интереса детета" и права детета на мишљење тесно испреплетан, а према схватању Комитета за права детета и узајамно условљен и комплементаран. Наведени међународни

¹⁰²⁶ Конвенција о остваривању права деце је донета под окриљем Савета Европе 25. јануара 1996. године. - Наша држава је потписала Конвенцију 18. јуна 2009. године, али је још увек није ратификовала. Вид. www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CM=8&DF=10/12/2013&CL=EN G, 09.12. 2013.

¹⁰²⁷ Вид. чл. 4. Европске Конвенције о остваривању права деце.

¹⁰²⁸ Вид. чл. 265. ПЗ.

¹⁰²⁹ Чл. 10. ст. 1 (с). Европске Конвенције о остваривању права деце.

¹⁰³⁰ Чл. 10. ст. 1 (а). Европске Конвенције о остваривању права деце.

¹⁰³¹ Вид. чл. 10. ст. 1. (б). Европске Конвенције о остваривању права деце.

¹⁰³² Вид. чл. 267. ПЗ.

¹⁰³³ Stefanie Schmahl, "The Rights of the Child in Germany: The UN Convention on the Rights of the Child and its Implementation in National Law", *German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law* (ed. M. Schmidt - Kessel), Mohr Siebeck, Tübingen 2014, 591.

орган је уложио значајан напор како би показао да је сукоб између "најбољег интереса детета" и права детета на мишљење, као општих принципа из КПД, илузоран и непостојећи. Сходно томе, не постоји тензија између два општа принципа који се узајамно допуњују. Тако, Комитет види "најбољи интерес детета" као циљ, а право детета на мишљење као начин за остваривање поменутог циља.¹⁰³⁴ У том смислу, не може се остварити "најбољи интерес детета" без поштовања права детета на мишљење, као што наведено право детета може функционисати једино кроз "најбољи интерес детета", наглашавајући суштинску улогу деце у свим односима који се тичу њихових живота.

Дакле, Комитет за права детета снажно настоји афирмисати идеју о једнакости и равноправности принципа "најбољег интереса детета" и права детета на мишљење. Наведено настојање наилази на подршку у делу правне теорије где се истиче како поменути принцип нема *a priori* првенство над правом детета на мишљење, те како "најбољи интерес детета" не може послужити као подесно оправдање за ограничавање права детета на мишљење и наметање ставова одраслих деци.¹⁰³⁵

У контексту нашег права и сугестија Комитета за права детета, може се закључити како судови имају низ обавеза у поступцима где се остварује право детета на мишљење. Тако, уколико је дете старије од 10 година, судови морају у образложењу своје одлуке посебно навести на који начин су детету пружене информације како би могло формирати мишљење. Затим, из образложења судске одлуке мора бити јасно на који начин се вредновало мишљење детета и због чега се мишљење детета уважило или одбило. Ако је дете млађе од 10 година, није довољно да суд само констатује како не испуњава законску претпоставку за формирање мишљења, већ мора образложити због чега сматра како дете није било способно формирати мишљење.¹⁰³⁶ Право детета на мишљење је општи принцип КПД, те одлука суда да у конкретном случају превагу однесу неки други елементи за процену "најбољег интереса детета" мора бити посебно образложена. У наведеном случају, право детета на мишљење се у свом процесном изразу штити по основу погрешног и

¹⁰³⁴ Вид. para. 74. CRC/C/GC/12.

¹⁰³⁵ D. Archard and M. Skivenes (2010), 45.

¹⁰³⁶ У том смислу вид. J. Fortin (2009 a), 303.

непотпуно утврђеног чињеничног стања.¹⁰³⁷ У нашој правној теорији се сугерише како би заштита права детета била још свеобухватнија ако би се дете третирано као "странка по себи" у свим поступцима који се тичу права детета.¹⁰³⁸

Упркос свему, тешко се може прихватити становиште како су принцип "најбољег интереса детета" и право детета на мишљење равноправни. Тачније, нарасли значај партиципације детета није последица некаквог издвојеног уздицања права детета на мишљење, већ унутрашњег преображаја "најбољег интереса детета". До поменуте трансформације је дошло услед продора партиципативних елемената унутар концепта "најбољег интереса детета" и истовременог потискивања патерналистичких чинилаца који су обликовали садржину наведеног принципа. Другим речима, до постепеног изједначавања принципа "најбољег интереса детета" и права детета на мишљење не долази споља, већ кроз унутрашњи преображај "најбољег интереса детета" и фаворизовање партиципативних елемената који садржински одређују поменути принцип. Када би се прихватило како су "најбољи интерес детета" и право детета на мишљења два одвојена равноправна принципа, први принцип би изгубио сврху свог постојања и био обесмишљен. Да није тако, може се уочити из одређених случајева где и сам Комитет признаје како се дете неће саслушати, односно исказати своје мишљење.¹⁰³⁹ Међутим, истина је како право детета на мишљење данас фактички представља владара међу елементима за процену "најбољег интереса детета". На тај начин, постоји снажна тежња да се, када год је то могуће, "најбољи интерес детета" тумачи у корист партиципације деце.

Иза настојања Комитета за права детета да садржину "најбољег интереса детета" уобличи по мери партиципативних права детета крије се и један шири и дугорочнији циљ. Наиме, трансформација "најбољег интереса детета" у правцу доминације права детета на мишљење представља уједно и пут ка могућој хармонизацији наведеног принципа. Наиме, патерналистички елементи унутар "најбољег интереса детета" често имају своје упориште у одговарајућим спољним факторима, попут обичајних, религијских или културолошких оквира једног друштва. У том смислу, партиципативна права детета се јављају као добар начин да се умањи вредност културног релативизма као незаобилазног елемента појма

¹⁰³⁷ Вид. Душица Палачковић, "Процесни положај детета под родитељским старањем у посебним парничним поступцима према новом Породичном закону Србије", *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе* (пр. С. Бејатовић), 2006, 369.

¹⁰³⁸ *Ibid.* Усамљени пример европске државе према чијем законодавству је дете увек странка у поступцима који га се тичу јесте Чешка. Вид. К. Voelle-Woelki *et al.*, 257.

¹⁰³⁹ Вид. para. 34. CRC/C/GC/12.

"најбољег интереса детета". Осетљив однос између партиципативних права детета и културног релативизма као елемента за процену "најбољег интереса детета" се посебно може уочити на примеру једног права у чијој је основи право детета на мишљење. Реч је о праву детета на слободу вероисповести, које из више разлога завређује да се посебно размотри у контексту принципа "најбољег интереса детета".

2.4. "Најбољи интерес детета" и право детета на слободу вероисповести као израз права детета на мишљење

Права детета на партиципацију подразумевају истицање у први план активне улоге детета у процесу одлучивања. У том смислу, Комитет за права детета настоји што више сугерисати државама-уговорницама да детету омогуће простор за исказивање сопственог мишљења. Поменути простор се налази првенствено унутар домена родитељског права, при чему овлашћења родитеља временом бледе и повлаче се пред нарастајућим развојним капацитетима детета. Међутим, право детета на слободу вероисповести представља изузетак од наведене тенденције, где се у значајној мери испољава немоћ Комитета да доследно следи политику афирмације партиципативних права детета. У контексту права детета на слободу вероисповести, "најбољи интерес детета" се тражи првенствено на размеђи друштвених и родитељских интереса, док мишљење детета остаје у другом плану. Штавише, постоји дубока подељеност око саме сврхе и улоге наведеног права, како унутар националних законодавстава, тако и у судској пракси и правној теорији. При томе, државна интервенција у питања религијске припадности детета представља врло осетљиву и често непожељну појаву, која може бити мотивисана једино недвосмисленом потребом за заштитом физичког или душевног здравља, односно потпуног развоја детета.¹⁰⁴⁰

Повлачење државе из поменуте области узрокује превласт родитељског права над аутономним правима детета, као ретко где у породичноправним односима.¹⁰⁴¹ Међутим, снага родитељских овлашћења наспрам права детета на слободу вероисповести не произилази само из одређеног дискреционог простора који

¹⁰⁴⁰ Вид. чл. 5. ст. 5. Декларације Уједињених Нација о елиминисању свих облика нетолеранције и дискриминације засноване на вероисповести и убеђењу од 25. новембра 1981. године - A/RES/36/55.

¹⁰⁴¹ Вид. Rachel Taylor, "Parental Responsibility and Religion", *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009, 140.

родитељима оставља држава у смислу права на верско васпитавање и образовање деце. Наиме, религијски идентитет детета у значајној мери произилази из верског наслеђа, што значи како наспрам права детета на слободу вероисповести стоје, не само интереси родитеља, већ и предака. Родитељи делују као настављачи својеврсне духовне вертикале, независне од постојања конкретне државе и знатно старије од идеје о правима деце. У таквим околностима право детета на слободу вероисповести тешко остварује циљеве ка којима стреме аутономна права детета. Како Комитет за права детета за сада не налази начин да приближи државама одговарајућа решења из домена поменутог права детета, на националним законодавствима остаје да тумаче "најбољи интерес детета" у контексту права детета на слободу вероисповести.¹⁰⁴²

Упркос свему, право детета на слободу вероисповести се изричито предвиђа у КПД, заједно са правима детета на слободу мишљења и савести.¹⁰⁴³ Такође, поменуто право произилази и из ЕКЉП где се наводи како свако има право на слободу мишљења, савести и вероисповести, при чему наведено право обухвата "слободу да се промени вероисповест или убеђење, као и слободу да се, било самостално или у заједници са другима, јавно или приватно, испољава вера или убеђење молитвом, проповеди, обичајима и обредом".¹⁰⁴⁴ Међутим, у оба случаја праву детета на слободу вероисповести се намећу значајна ограничења, сходно одговарајућим правима родитеља.

Тако, КПД предвиђа како ће "државе-уговорнице поштовати права и дужности родитеља, те ако је такав случај, законских старатеља, да усмеравају дете у остваривању сопственог права на начин сагласан са развојним способностима детета".¹⁰⁴⁵ Даље се истиче како се "слобода вероисповести или убеђења може потчинити једино таквим ограничењима која су прописана законом и нужна ради заштите јавне безбедности, поретка, здравља или морала, као и основних права и слобода других."¹⁰⁴⁶ Премда је последње правило формулисано као изузетак од остваривања права детета на слободу вероисповести, суштински је реч о основу за оправдање првенства родитељских права и интереса одређених друштвених

¹⁰⁴² Вид. Ursula Kilkelly, "The Child's Right to Religious Freedom in International Law: The Search for Meaning", *What is Right for Children* (eds. M. Fineman, K. Worthington), Ashgate, Burlington 2009, 251 - 252.

¹⁰⁴³ Државе-уговорнице ће поштовати право детета на слободу мишљења, савести и вероисповести. Чл. 14. ст. 1. КПД.

¹⁰⁴⁴ Чл. 9. ст. 1. ЕКЉП. У том смислу вид. пара. 52. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* [5095/71; 5920/72; 5926/72] од 07. децембра 1976. године.

¹⁰⁴⁵ Чл. 14. ст. 2. КПД.

¹⁰⁴⁶ Чл. 14. ст. 2. КПД.

заједница. При томе, за разлику од ЕКЉП или Међународног пакта о грађанским и политичким правима, КПД не предвиђа елементе из којих се састоји право детета на слободу вероисповести.¹⁰⁴⁷ КПД само у једном уском домену који се тиче деце која припадају етничкој, верској или језичкој мањини, односно аутохтоном народу, забрањује ускраћивање права поменутој деци да у заједници са другима исповедају своју веру и врше верске обреде.¹⁰⁴⁸ Тако је Комитет у својим Закључним запажањима изразио забринутост што Грчка излаже административном и социјалном притиску децу која не припадају већинској православно-хришћанској религији, нарочито захтевом да се у школској дипломи назначи како наведена деца не исповедају православно хришћанство.¹⁰⁴⁹ Међутим, наведено решење из КПД не доприноси конкретизацији права детета на слободу вероисповести. Наиме, поменуто правило из КПД нема општу примену на сву децу и не омогућава индивидуално, већ само колективно вршење права на слободу вероисповести, због чега је превасходно реч о обавези државе из сфере поштовања мањинских права.¹⁰⁵⁰ Сходно томе, право индивидуалног детета на слободу вероисповести остаје у извесном смислу лебдети у ваздуху и Комитет препушта националним законодавствима да одреде домашај и садржину наведеног права.

Унутрашњи правни системи приступају врло различито праву детета на слободу вероисповести у зависности од процене "најбољег интереса детета". У том смислу, могу се разликовати три основна приступа, патерналистички, догматски и партиципативни приступ наведеном праву детета. Прва два приступа ограничавају или укидају право детета на слободу вероисповести сходно доминацији родитељског права, као и одговарајућих спољних елемената за одређивање садржине "најбољег интереса детета", попут традиције, обичаја или опште прихваћене религије. При

¹⁰⁴⁷ Према Међународном пакту о грађанским и политичким правима, право на слободу вероисповести укључује два елемента, слободу поседовања или прихватања вероисповести по свом избору и слободу испољавања вере, било самостално, било у заједници са другима, у приватној или јавној сфери путем молитве, обреда, обичаја и проповеди. Вид. чл. 18. ст. 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима. У том смислу упор. чл. 14. ст. 1. КПД са чл. 9. ст. 1. ЕКЉП и чл. 18. Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Вид. U. Kil Kelly (2009), 247. Слобода испољавања вероисповести представља спољну или екстерну компоненту (*forum externum*) наведеног права. Спољни елемент слободе вероисповести је предуслов како би се поменуто право могло нормирати. Међутим, екстерна компонента слободе вероисповести зависи од гаранције унутрашње слободе, односно човековог уверења како је сваки облик исповедања вере слободан. Вид. Ненад Ђурђевић, *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Србији*, Заштитник грађана - ЈП Службени гласник, Београд 2009, 156.

¹⁰⁴⁸ Вид. чл. 30. КПД.

¹⁰⁴⁹ Вид. Закључна запажања Комитета за права детета поводом иницијалног извештаја Грчке од 02. априла 2002. године - CRC/C/15/Add. 170, para. 44.

¹⁰⁵⁰ Вид. U. Kil Kelly (2009), 248.

томе, патерналистички приступ оправдава ограничавање права детета на слободу вероисповести поштовањем родитељског права да васпитава и образује дете, док догматски приступ ограничава или укида слободу вероисповести детета због превласти конфесионалног права у наведеној области. Патерналистички приступ ограничава право детета на слободу вероисповести наглашавајући доминантну улогу родитеља, као ималаца дискреционих овлашћења унутар права на верско васпитавање и образовање деце. У том смислу, родитељи могу одлучити и да детету уопште није потребно верско васпитање и образовање. Са друге стране, догматски приступ подразумева постојање владајуће религије, где родитељи могу васпитавати децу једино у духу правила конфесионалног права и доминантне вере. У наведеним системима, улога родитеља своди се на заступнике интереса одређене верске заједнице. Коначно, партиципативни приступ почива на настојањима појединих држава да детету омогуће право на слободу вероисповести у складу са развојним капацитетима детета. Коначни циљ је омогућити детету које је способно формирати своје мишљење право да промени своју вероисповест или убеђења, што не значи како се мишљењу детета увек мора дати одлучујући значај.¹⁰⁵¹

У контексту примене принципа "најбољег интереса детета", патерналистички приступ полази од тога како су по питању вероисповести детета, родитељи најпозванији одредити садржину наведеног принципа. Другим речима, родитељи имају широку дискрецију, унутар општих правних оквира и принципа "најбољег интереса детета", да одлучују о питањима верског васпитања и образовања детета.¹⁰⁵² Као пример патерналистичког приступа праву детета на слободу вероисповести може се навести решење енглеског права, где родитељи имају право ускратити детету верско образовање, чак и ако је део обавезног школовања и упркос жељама детета да такву наставу похађа.¹⁰⁵³ У појединим правним системима, патерналистички приступ не почива на тако широкој дискрецији родитеља, већ садржину "најбољег интереса детета" у домену вероисповести детета обликују и одређени спољни фактори, попут обичаја и традиције конкретног друштва. Типичан пример је Пољска која је приликом ратификације КПД дала интерпретативну изјаву како ће се права детета на партиципацију, укључујући и право детета на слободу

¹⁰⁵¹ Вид. R. Taylor, 139.

¹⁰⁵² *Ibid.*, 128.

¹⁰⁵³ Вид. *ibid.*, 129.

вероисповести, остваривати уз поштовање родитељског права, у складу са пољским обичајима и традицијом о месту детета унутар и изван породице.¹⁰⁵⁴

За разлику од патерналистичког приступа, један број држава не допушта дискрецију родитељима, већ питање вероисповести детета апсолутно подређује правилима конфесионалног права. Сходно томе, догматски приступ праву детета на слободу вероисповести значи најчешће негирање поменутог права детета. Типични представници наведеног приступа су одређене исламске државе, попут Саудијске Арабије, Ирана, Алжира, Јордана.¹⁰⁵⁵ Неке о наведених држава су, попут Саудијске Арабије, изјавиле крајње уопштене резерве на КПД, што доводи до несигурности режима Бечке конвенције о уговорном праву у односу на резерве.¹⁰⁵⁶

Коначно, према значајном броју европских држава, право детета на слободу вероисповести је вредно заштите једнако као и истоимено право одраслих лица. Примере партиципативног приступа праву детета на слободу вероисповести представљају Белгија и Холандија. "Најбољи интерес детета" се у законодавствима наведених држава препознаје унутар афирмације слободе детета да изабере своју вероисповест или убеђење, чим буде способно формирати своје мишљење. У том смислу, Белгија је кроз интерпретативну изјаву појаснила како ће право детета на слободу вероисповести из КПД тумачити у складу са формулацијом наведеног права из ЕКЉП и Међународног пакта о грађанским и политичким правима.¹⁰⁵⁷ Такође, у интерпретативној изјави Холандије се изричито наводи како ће поменута држава тумачити право детета на слободу вероисповести из КПД тако да дете поседује или прихвати вероисповест, односно убеђење по сопственом избору, чим буде способно начинити такав избор, сходно свом узрасту и зрелости.¹⁰⁵⁸ Остале европске државе

¹⁰⁵⁴ Вид. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec, 10. новембар. 2013.

¹⁰⁵⁵ На пример, према чл. 2. Устава Алжира из 1989. године, ислам је државна религија. У том смислу, Алжир је дао интерпретативну изјаву како ће се право детета на слободу вероисповести тумачити у складу са основама алжирског правног система, а посебно Устава и породичног законодавства према којем се верско образовање детета остварује у сагласности са очевом вероисповести. Вид. *ibid*.

¹⁰⁵⁶ Саудијска Арабија је изјавила резерву на све одредбе КПД које су у супротности са правилима исламског права. Резерве и интерпретативне изјаве представљају болну тачку међународних уговора о људским правима. Нарочит проблем је разликовање резерви од интерпретативних изјава које по природи требају бити објашњавајуће у смислу тога како држава разуме своју уговорну обавезу. Детаљније вид. Маја Лукић, "Резерве и интерпретативне изјаве - појам и могућност њихове примене на споразум о стабилизацији и придруживању", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 219, 222. Бечка конвенција о уговорном праву донета је 22. маја 1969. године, а наша тадашња држава ју је ратификовала 27. августа 1970 године, *Службени лист СФРЈ, Међународни уговори и други споразуми*, бр. 30/72.

¹⁰⁵⁷ Вид. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec, 14. новембар. 2013.

¹⁰⁵⁸ Вид. *ibid*.

које следе партиципативни приступ углавном везују право детета да изабере своју вероисповест за одређени узраст детета. Тако, Аустрија и Исланд предвиђају како дете стиче право на избор сопствене вероисповести са навршених 14, односно 16 година.¹⁰⁵⁹ Са друге стране, у немачком праву се захтева да се дете које је навршило 10 година живота мора саслушати пре промене верског одређења, док се дете старије од 12 година не може присилити да прима верска упутства противно својој вољи.¹⁰⁶⁰

Партиципативан приступ праву детета на слободу вероисповести доследно прати концепцију права детета на мишљење, као општег правног принципа из КПД. При томе, присутна је тензија између права родитеља на верско васпитавање и образовање своје деце и права детета на слободу вероисповести. Међутим, како јачају развојни капацитети детета, право родитеља губи своју снагу и домашај у корист права детета да задржи, промени и испољава своју вероисповест, односно верско убеђење.¹⁰⁶¹ У том смислу, принцип "најбољег интереса детета" представља основни критеријум за решавање могућег сукоба између наведених права родитеља и детета.

Што се тиче нашег права, УС прихвата патерналистички приступ слободи вероисповести детета прописујући како "родитељи и законски стараоци имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са својим уверењима".¹⁰⁶² Наведена одредба нашег највишег правног акта је преузета из Међународног пакта о грађанским и политичким правима.¹⁰⁶³ Темеље патерналистичког приступа слободи вероисповести деце поставила је још Универзална декларација о људским правима где се истиче како "родитељи имају првенствено право да изаберу вид образовања који ће се пружити њиховој деци".¹⁰⁶⁴ Без обзира што се наведеном формулацијом изричито не обухвата верско образовање, сматра се како право родитеља укључује и поменути облик образовања.¹⁰⁶⁵ У том смислу, значајно је правило нашег породичног законодавства којим се детету које је навршило 15 година и способном за расуђивање признаје

¹⁰⁵⁹ Вид. U. Kilkelly (2009), 251.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ Вид. Anat Scolnicov, "The Child's Right to Religious Freedom and Formation of Identity", *International Journal of Children's Rights* 2/2007, 263.

¹⁰⁶² Чл. 43. ст. 5. УС.

¹⁰⁶³ Према поменутом међународном уговору "државе-уговорнице се обавезују поштовати слободу родитеља, а у датом случају законских старатеља, да обезбеде својој деци верско и морално образовање у складу са њиховим сопственим убеђењем". чл. 18. ст. 4.

¹⁰⁶⁴ Чл. 26. ст. 3. Универзалне декларације о људским правима.

¹⁰⁶⁵ Вид. A. Scolnicov, 262.

право да одлучи коју ће средњу школу похађати.¹⁰⁶⁶ Сходно томе, дете се самостално одређује за један од два изборна предмета верске наставе или грађанског васпитања.¹⁰⁶⁷ Родитељи који се не слажу са уверењима традиционалних цркава и верских заједница, а не деле ни уверења која се исказују кроз грађанско васпитање, не могу вршити право на образовање детета.¹⁰⁶⁸ Међутим, исто важи и за дете, коме се кроз могућност слободног избора између два наведена предмета признаје право на слободу вероисповести у једном ограниченом и суженом домену.

Партиципативни приступ слободи вероисповести детета нема своје упориште у историјском тумачењу КПД. Скандинавске државе и Канада су настојале у текст нацрта наведеног међународног уговора унети право детета да се аутономно одреди по питању вероисповести, по узору на права одраслих лица из Међународног пакта о грађанским и политичким правима, али су исламске државе томе пружиле жесток отпор.¹⁰⁶⁹ Такође, ни ЕКЉП, као ни пракса Европског суда за људска права нису наклонени идеји да се право детета на слободу вероисповести посматра изван контекста односа родитеља и државе.¹⁰⁷⁰ У том контексту, Суд се најчешће бавио верским образовањем деце, при чему се партиципативним елементима "најбољег интереса детета" давао мали значај, већ се питање верског образовања детета посматрало са аспекта родитељског права и одговарајућих јавних интереса. Предност се даје праву родитеља да одлучују о верском образовању своје деце, што не значи "како ће државе имати обавезу да обезбеде поштовање свих њихових жеља у образовним и сродним питањима".¹⁰⁷¹

Ипак, простор за узимање у обзир партиципативних права детета указао се на нивоу права на заштиту од дискриминације у вези са правом на слободу вероисповести из ЕКЉП. Као пример, може се навести одлука Суда у случају

¹⁰⁶⁶ Чл. 63. ст. 2. ПЗ. Детаљније вид. Зоран Поњавић, "Право на верско образовање деце", *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе* (пр. С. Бејатовић), 2008, 211 - 212.

¹⁰⁶⁷ Вид. чл. 72. ст. 5. Закона о основама система образовања и васпитања, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 52/2011, 55/2013.

¹⁰⁶⁸ Н. Ђурђевић, 178.

¹⁰⁶⁹ Вид. У. Kilkelly (2009), 248.

¹⁰⁷⁰ Према Протоколу бр. 1. уз ЕКЉП од 20. марта 1952. године, "приликом остваривања било какве функције која произилази из односа образовања и наставе, државе ће поштовати права родитеља да обезбеде такво образовање и наставу које је у складу са њиховим сопственим верским и философским уверењима". У поменутом правилу, чак се не користи ни израз "дете", премда је јасно да се ради о овлашћењима из домена родитељског права. При томе, Суд се определио за екстензивно тумачење термина "образовање" или "настава", где се под првим изразом подразумева "целокупан процес којим, у било којем друштву, одрасли настоје пренети своја уверења, културу и друге вредности на младе", док се "настава" доживљава као преношење знања и односи се на интелектуални развој. Вид. пара. 33. *Campbell and Cosans v. The United Kingdom* [7511/76; 7743/76] од 25. фебруара 1982. године.

¹⁰⁷¹ Para. 24. *Valsamis v. Greece* [21787/93] од 18. децембра 1996. године.

Grzelak v. Poland из 2010. године. У поменутом случају, представку су поднели брачни пар Гржелак и њихов син рођен 1991. године, наводећи како су школске власти у Пољској пропустиле организовати часове из етике, као алтернативног предмета верском образовању, те како дечак није добио оцену из поменутог предмета у рубрици "вероисповест/етика", односно како је био узнемираван од стране остале деце, с обзиром да је био једини ученик чији су се родитељи определили за наставу из етике.¹⁰⁷² Малолетни Матеуш Гржелак (*Mateusz Grzelak*) је, између осталог, у представци навео како му је ускраћено право на слободу мишљења, савести и вероисповести, јер је био принуђен сачинити изјаву како неће похађати верску наставу, те како је услед понижавања и психо-физичког злостављања, које су наставници толерисали, био принуђен променити школу.¹⁰⁷³ Пољска је одговорила како оцена из предмета верско образовање/етика ионако не улази у збир просечне оцене ученика, те није конкретно дете довела у неравноправан положај у смислу наставка школовања.¹⁰⁷⁴ Такође, заступник поменуте државе је навео како су школске власти предузеле све мере да минимизирају негативне последице нетолеранције према детету које, сходно вољи родитеља, није похађало верску наставу. Истовремено, Пољска је истакла како нема само држава позитивну обавезу да омогући детету слободу мишљења, савести и вероисповести, већ преваходно родитељи детета, који су се требали потрудити да детету објасне све последице избора између верске наставе и етике.¹⁰⁷⁵ Суд је подсетио како слобода мишљења, савести и вероисповести представља један од основа демократског друштва и једну од кључних компоненти идентитета, како верника, тако и агностика и скептика, односно њиховог погледа на живот.¹⁰⁷⁶ При томе, право на слободу вероисповести рађа и негативну обавезу државе, односно право једног лица да не открије своју вероисповест или убеђења, као и да се не доведе у ситуацију да заузме став из кога ће се посредно извести закључак о нечијој вероисповести, односно убеђењима.¹⁰⁷⁷ Из тог разлога, Суд није убеђен како одсуство оцене из предмета верско образовање/етика означава неутралан став државе, односно одсликава пуко

¹⁰⁷² Вид. *Ibid.*, para. 1 - 2, 49.

¹⁰⁷³ Вид. *Ibid.*, para. 65.

¹⁰⁷⁴ Вид. *Ibid.*, para. 72.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, para. 75.

¹⁰⁷⁶ Због тога слобода вероисповести подразумева људско право да се прихвати или не прихвати одређена вера, као и да се вера исповеда или не исказује. Вид. *Ibid.*, para. 85.

¹⁰⁷⁷ Вид. *Ibid.*, para. 87.

похађање или непохађање часова верског образовања или етике.¹⁰⁷⁸ Сходно томе, Суд не сматра како је разлика у поступању према деци која похађају верску наставу и оној која желе похађати часове етике објективно и разумно оправдана и како не постоји сразмера између употребљених средстава и циља који се настоји остварити.¹⁰⁷⁹ Због тога је Суд установио повреду права на заштиту од дискриминације малолетног Матеуша Гржелака, као трећег подносиоца представке, у вези са правом на слободу мишљења, савести и вероисповести.

У поменутом случају, право детета да одлучује о својој вероисповести је признато посредно, преко права на заштиту од дискриминације. Суд је посматрао дете више као објекат заштите од дискриминације, него што је тежиште било на истинској вољи детета, јер у фокусу није способност детета да формира своје мишљење. За разлику од права детета, Суд је одбио захтев родитеља, напомињући како држава ужива поље "слободне процене" приликом одлучивања о томе хоће ли увести верску наставу у школе и на који начин.¹⁰⁸⁰ Једино ограничење које се држави поставља је да наведени облик наставе не сме представљати индоктринацију, односно наметање одређених верских ставова и убеђења.¹⁰⁸¹ Поменута одлука представља пример постепеног заокрета Суда од потребе да се заштите права родитеља на верско образовање деце до настојања да се заштити дете од наметања одговарајућих верских ставова и убеђења.¹⁰⁸² Међутим, суштински је реч о патерналистичком приступу јер се дете посматра као објекат заштите, било од стране државе или одређених одраслих лица. Као што је речено, "најбољи интерес детета" се тражи више кроз решавање тензије између родитељског права и јавних интереса, док партиципација детета остаје у другом плану. У том смислу, партиципативни приступ налази своје место углавном у националним

¹⁰⁷⁸ Суд је у прилог своје тврдње навео како је у дипломи основне школе, реч "етика" била прецртана. Вид. *Ibid.*, пара. 97.

¹⁰⁷⁹ Вид. *Ibid.*, пара. 100.

¹⁰⁸⁰ Вид. *Ibid.*, пара. 104.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² Потврда наведеног становишта се може наћи и у случају *Çiftçi v Turkey* [71860/01] где је Суд прогласио очигледно неприхватљивом представку турског држављанина који је сматрао како му се турским прописима према којима дете не може похађати верску наставу пре навршене 12 године нарушава право на верско васпитање и образовање детета. Међутим, према схватању Суда, поменуто законско ограничење је имало за циљ да дете које жели стећи одговарајуће верско образовање претходно стекне довољну "зрелост", кроз образовање које пружа основна школа. То није покушај индоктринације усмерен на онемогућавање верског образовања детета, нити утиче на право родитеља да личним саветима усмери дете по питањима вере. Заправо реч је о супротном, односно о настојању законодавца да ограничи могућу индоктринацију деце у добу када још увек имају дилеме о многим питањима и када се на њих може лако утицати. Детаљније вид. Sylvie Langlaude, "Indoctrination, Secularism, Religious Liberty and the ECHR", *International and Comparative Law Quarterly* 4/2006, 935.

законодавствима која тумаче "најбољи интерес детета" у домену слободе вероисповести уважавајући развојне капацитете детета. Дакле, носиоци наведеног процеса су, на првом месту, одговарајући национални правни системи. Ипак, спрега родитељских интереса и елемената културног релативизма још увек значајно обликује "најбољи интерес детета" и ограничава право детета на слободу вероисповести, нарочито у ваневропским правним оквирима.

У претходном делу, било је речи о односу принципа "најбољег интереса детета" са правом детета на живот, опстанак и развој и правом детета на мишљење као основним правима из групе права на обезбеђење, односно права на партиципацију из КПД. Како би се, у извесном смислу, заокружила анализа о утицају принципа "најбољег интереса детета" на преостале основне принципе КПД, потребно је сагледати поменути принцип и у контексту принципа забране дискриминације детета, односно права детета на заштиту од било ког облика дискриминације. У том смислу, посебна пажња ће се посветити праву детета на заштиту од телесног кажњавања као праву детета, које, попут права детета на слободу вероисповести, у значајној мери задире у домен родитељског права.

2.5. "Најбољи интерес детета" и право детета на заштиту од дискриминације

За разлику од принципа "најбољег интереса детета", који се у великој мери развијао независно од концепта права деце, принцип недискриминације представља својеврсно језгро и покретачку снагу идеје о деци као титуларима посебних људских права. Забрана дискриминације је због тога принцип који је нераскидиво уткан у било који међународни документ о људским правима, као и велики број устава и закона који се баве материјом људских права унутар националних правних поредака.¹⁰⁸³ Међутим, опсежна реторика о наведеном принципу ретко се зауставља

¹⁰⁸³ Вид. чл. 2. Универзалне декларације о људским правима; чл. 2. ст. 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима; чл. 2. Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима; чл. 14. ЕКЉП; чл. 2. КПД; чл. 21. УС; чл. 3. Устава СР Немачке из 1949. године; чл. 19. ст. 2. Устава Руске Федерације из 1993. године; чл. 1. Устава Краљевине Холандије из 2008. године; чл. 14. Устава Шпаније из 1978. године.

искључиво на правним оквирима, при чему је садржина појма дискриминације остала спорна и недовољно одређена.¹⁰⁸⁴

Међународни и национални општи правни акти, по правилу, не садрже дефиницију дискриминације. Ипак, о садржинском аспекту принципа недискриминације може се више сазнати из одговарајућих тумачења међународних органа надлежних за вршење надзора над применом међународних уговора о људским правима. У том смислу, вероватно најпознатију дефиницију дискриминације даје Комитет за људска права, као међународни орган који се непосредно стара о примени Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Према схватању наведеног Комитета, дискриминација представља "било какво подвајање, изопштавање, ограничавање или фаворизовање засновано на било ком основу, попут расе, боје коже, пола, језика, вероисповести, политичког или другог мишљења, националног или социјалног порекла, имовине, рођења или другог статуса и које има за циљ или последицу негирање или отежавање признавања, уживања или вршења људских права од стране свих људи на равноправним основама".¹⁰⁸⁵ Из поменуте дефиниције могу се издвојити четири основна елемента дискриминације: разликовање у сличним ситуацијама, одсуство легитимних циљева, несразмерности између употребљених средстава и циљева и постојање одговарајућег основа.¹⁰⁸⁶ Прва компонента дискриминације подразумева неједнако поступање према лицима у сличним ситуацијама, али и идентични третман лица у различитим околностима.¹⁰⁸⁷ Други елемент значи како за дискриминацију није довољно само различито поступање према лицима у сличним случајевима, тако да неће постојати дискриминација уколико је критеријум разликовања оправдан и објективан, као и ако се настоји остварити легитиман циљ.¹⁰⁸⁸ Наведени "легитимни циљ" може бити управо остваривање принципа "најбољег интереса детета", односно права деце. У том смислу, пракса Европског суда за људска права даје примере када се одређено неједнако поступање према лицима, ипак неће сматрати дискриминацијом.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁴ Bruce Abramson, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 2 - The Right of Non-Discrimination*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, 2.

¹⁰⁸⁵ Општи коментар бр. 18. Комитета УН за људска права из 1989. године. The Human Rights Committee, General Comment No. 18 (1989), para 7 - HRI/GEN/1/Rev.5.

¹⁰⁸⁶ Вид. Samantha Besson, "The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child", *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays from the International Journal of Children's Rights* (ed. M. Freeman), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011, 88.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, 88.

¹⁰⁸⁸ Para. 13. HRI/GEN/1/Rev.5.

¹⁰⁸⁹ На пример, у случају *Dmitriy Ryabov v. Russia* [33774/08] од 01. августа 2013. године, Суд је одбио третирати као дискриминацију ускраћивање права душевно оболелом оцу на контакт са дететом због

Међутим, треба нагласити како принцип "најбољег интереса детета" не може представљати основ за "бланкето оправдање" неједнаког поступања, већ се мора показати и аргументовати како дискриминација у конкретном случају помаже и штити права деце.¹⁰⁹⁰

Даље, трећи елемент дискриминације из дефиниције Комитета за људска права чини одсуство сразмере између употребљених средстава и одређеног циља који се настоји постићи.¹⁰⁹¹ Коначно, појам дискриминације подразумева одговарајући основ за неједнако поступање који се не може оправдати. Премда основи за дискриминацију у међународним уговорима о људским правима нису таксативно набројани, већ дати *exempli causa*, није свака чињеница подобна представљати основ за дискриминацију. У том смислу, што је теже оправдати и аргументовати одређено неједнако поступање према људима, основ за дискриминацију је израженији.¹⁰⁹² На пример, правило да ученици у основној школи носе ђачку униформу представља третирање на исти начин деце која живе и одрастају у различитим околностима, што би се могло тумачити као посредна дискриминација. Међутим, наведени поступак се може оправдати жељом да се деца учине, макар формално, једнаким и равноправним у сопственим очима. Због тога, посредна дискриминација у поменутом случају може бити пожељна и одговарати "најбољем интересу" сваког појединачног детета у разреду.¹⁰⁹³ Из тог разлога, може

одсуства сагласности баке детета по мајци као законског старатеља. При томе, Суд је посебно узео у обзир како дете од рођења живи са баком, те да отац није активно учествовао у подизању детета, премда свеукупно није занемаривао дете (*para. 63.*) С обзиром да питање дискриминације Европски суд за људска права увек разматра у контексту неког другог права из ЕКЉП, поменути међународни орган је утврдио како је мешање у породични живот подносиоца представке било оправдано са становишта "здравља и морала", односно "права и слобода" детета, што представља "леgitиман циљ", сходно чл. 8. ст. 2. ЕКЉП (*para. 58.*).

¹⁰⁹⁰ S. Besson, 108.

¹⁰⁹¹ Као пример непостојања пропорционалности између средстава и циља који се жели остварити, а у контексту присуства дискриминације, може се навести одлука Суда у Стразбуру у случају *Leventoglu Abdulkadiroglu v. Turkey* [7971/07] од 28. маја 2013. године, при чему је одлука постала правноснажна 28. августа 2013. године. У поменутом случају, Суд је проценио како је постојала дискриминација, у вези са правом подносиоца представке на приватни живот, због законске немогућности у Турској да задржи своје презиме по склапању брака. Подносиоца представке је, као позната личност у академским круговима, у свом професионалном раду наставила користити девојачко презиме, што није одговарало стању у јавним регистрима. С обзиром да је мушкарцу било законски дозвољено према турском праву задржати сопствено презиме по закључењу брака, Суд је закључио како је у конкретном случају реч о дискриминацији на основу пола, која уједно представља неоправдано мешање у приватни живот подносиоца представке (*para. 19.*) *Ratio legis* турског законодавца било је настојање за очувањем породичног јединства и традиције, али је Суд проценио како се ускраћивање права жени да задржи своје презиме не може оправдати поменути циљем.

¹⁰⁹² Вид. S. Besson, 90.

¹⁰⁹³ На наведени начин, имућније дете се учи да не стиче лажну слику о сопственим вредностима искључиво на основу материјалног стања својих родитеља, док се сиромашнијем детету даје подстицај да може сопственим радом утицати на своју будућност.

се бранити став како пропис по којем се захтева униформно облачење ђака не представља основ дискриминације. Насупрот томе, правило према којем би се за време основног школовања раздвајала мушка и женска деца представљало би типичан основ непосредне полне и родне дискриминације. Поменуто правило би свој мотив имало највероватније у предодређеним социолошким улогама за мушку и женску децу, што се не може прихватити.

Поред одређених заједничких карактеристика са дискриминацијом одраслих лица, дискриминација деце има своје специфичности. Посебност детета је и била главни разлог што се принцип недискриминације изричито предвиђа правилима КПД. Тако, према наведеном међународном уговору, "државе-уговорнице су у обавези поштовати и обезбедити права прописана овом Конвенцијом према сваком детету унутар своје надлежности без дискриминације по било ком основу, без обзира на расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално, етничко или социјално порекло, имовину, ометеност у развоју, рођење или други статус детета или родитеља, односно законских старатеља детета."¹⁰⁹⁴ Такође, "државе-уговорнице ће предузети све неопходне мере како би обезбедиле заштиту детета од свих облика дискриминације или кажњавања на основу статуса, поступака, израженог мишљења или убеђења родитеља, законских старатеља или чланова породице детета".¹⁰⁹⁵ Из формулације принципа недискриминације из КПД уочавају се потребе да се дете заштити како у односима према држави и трећим лицима, тако и унутар породице. Сходно томе, специфичности дискриминације према деци се исказују у четири основна правца: кроз опште присуство опасности од дискриминације, број лица која могу нарушити принцип недискриминације, велике разноврсности основа за дискриминацију, као и могућности за вишеструку дискриминацију појединачног детета.

Најпре, за разлику од основа за дискриминацију одраслих, деца се као друштвена група излажу увећаном ризику од дискриминације услед свог узраста. У том смислу, поменути ризик од дискриминације је карактеристичан за све људе у одређеном добу њиховог развоја.¹⁰⁹⁶ Даље, принцип недискриминације деце може нарушити шири круг лица, односно правних субјеката, него када је реч о дискриминацији одраслих. У том смислу, дете могу својим поступцима

¹⁰⁹⁴ Чл. 2. ст. 1. КПД.

¹⁰⁹⁵ Чл. 2. ст. 2. КПД.

¹⁰⁹⁶ Вид. Claire Breen, *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2006, 22.

дискриминисати како држава, тако и родитељи и старатељи детета, али и друга деца, односно одрасла лица.¹⁰⁹⁷ Другим речима, наведена лица имају негативну обавезу да се уздржавају од радњи и поступака којим би се одређено дете или група деце дискриминисали. Међутим, држава има и позитивну обавезу да кроз проактивни приступ предузме одговарајуће мере како би се обезбедиле једнаке шансе за сву децу да уживају права из КПД.¹⁰⁹⁸ Комитет за права детета истиче како се проактивне мере морају предузети не само у смислу формалне, већ и материјалне једнакости између деце, односно деце и одраслих лица.¹⁰⁹⁹ Нарочито је важно нагласити како из принципа недискриминације, као једног од четири основна принципа КПД, произилази и право детета на заштиту од дискриминације. Ипак, поменуто право, аналогно са применом принципа недискриминације из ЕКЉП, није самостално, већ се може остваривати у контексту заштите било ког другог права детета из КПД.

Деца се могу дискриминисати по великом броју различитих основа, које је Комитет за права детета препознао током процеса извештавања од стране држава-уговорница.¹¹⁰⁰ Истовремено, неретко се дешава да одређено дете, односно група деце буду вишеструко дискриминисана, по више различитих основа. На пример, Комитет за права детета је изразио своју забринутост због чињенице да ванбрачно рођена женска деца у Саудијској Арабији немају право на наслеђивање и лична документа.¹¹⁰¹ У поменутом случају постоји дискриминација деце на основу ванбрачног статуса, али и дубока неједнакост по основу пола и рода. Такође, Комитет је исказао још већи степен забринутости за положај женске деце у Индији где постоји вишеструка дискриминација деце по основу пола и социјалног статуса, односно кастинске припадности.¹¹⁰²

Вишеструка дискриминација деце је честа и у случајевима поступања према деци са посебним потребама. Из тог разлога, Конвенција Уједињених Нација о

¹⁰⁹⁷ Вид. S. Besson, 105.

¹⁰⁹⁸ Вид. para. 41. CRC/C/GC/14.

¹⁰⁹⁹ Материјална једнакост се односи на остваривање истинске равноправности деце, односно *de facto* једнакости. Детаљније вид. S. Besson, 93.

¹¹⁰⁰ Поменути основи дискриминације детета су веома разноврсни и обухватају, поред основа које наводи КПД и неуписивање деце по рођењу, однос према сеоској деци, разлике унутар провинција, однос према расељеној деци и деци без дома, деци у оружаном сукобу, деци просјацима, деци зараженој вирусом ХИВ-а, деци имиграната, ванбрачној и деци из мешовитих бракова, деци одговарајућег социјалног статуса. Вид. R. Hodgkin and P. Newell, 24 - 25.

¹¹⁰¹ Вид. Закључна запажања Комитета УН за права детета поводом иницијалног извештаја Саудијске Арабије од 21. фебруара 2001. године - CRC/C/15/Add. 148, para. 23.

¹¹⁰² Вид. Закључна запажања Комитета УН за права детета поводом другог периодичног извештаја Индије од 26. фебруара 2004. године - CRC/C/15/Add. 226, para. 25.

правима особа са инвалидитетом из 2006. године је нарочиту пажњу посветила сузбијању дискриминације према наведеној категорији деце.¹¹⁰³ У том смислу, КПОИ налаже државама-уговорницама да обезбеде деци са инвалидитетом "право на слободно изражавање свог мишљења о свим питањима која их се тичу, да се њиховом мишљењу поклони одговарајућа пажња, у складу са њиховим узрастом и зрелошћу, равноправно са другом децом, као и да им се пружи помоћ с обзиром на њихов инвалидитет и помоћ која је примерена њиховом узрасту како би остварила то право".¹¹⁰⁴ Међутим, наведено правило о партиципацији деце са инвалидитетом се може посматрати и из другог угла у контексту дискриминације деце. Наиме, дискриминација не подразумева само различито поступање према деци у сличним ситуацијама, већ и слично третирање деце у различитим околностима. Због тога треба водити рачуна да се поменути правилу о партиципацији деце са инвалидитетом из КПОИ посредно не дискриминишу остала деца. Из тог разлога је, чини се, тексту наведеног правила требало придодати како ће се мишљењу деце са инвалидитетом поклонити одговарајућа пажња "у складу са природом њиховог инвалидитета".

Због специфичне природе детињства и зависности детета од родитеља и других одраслих лица, дете може бити изложено још једној специфичној врсти дискриминације, коју КПД непосредно препознаје. Тако, деца могу трпети дискриминацију посредно, односно кроз дискриминасање својих родитеља.¹¹⁰⁵ На пример, мајка детета добије отказ у пословној банци где је радила услед одласка на породилско одсуство. Реч је заправо о породици детета као објекту дискриминације и на државама-чланицама је позитивна обавеза да кроз одговарајуће заштитне мере сузбију наведени облик дискриминације.

Приметно је како принцип недискриминације и начело "најбољег интереса детета" служе истом циљу, односно заштити права деце. У том смислу, оба принципа се једнако примењују на сва права из КПД. Комитет за права детета наглашава како се принцип недискриминације посебно мора остваривати у

¹¹⁰³ Конвенција о правима особа са инвалидитетом усвојена је 13. децембра 2006. године Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених Нација A/RES/61/106. Србија је поменути међународни уговор ратификовала 31. јула 2009. године Законом о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом - КПОИ, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, 42/2009.

¹¹⁰⁴ Чл. 7. ст. 3. КПОИ

¹¹⁰⁵ Вид. чл. 2. ст. 2. КПД.

случајевима материјалне дискриминације деце.¹¹⁰⁶ Сходно томе, на државама је позитивна обавеза да предузму одговарајуће заштитне мере како би сузбили дискриминацију и омогућили деци да неометано уживају своја права из КПД. При томе, "најбољи интерес детета" представља основни критеријум за процену оправданости и домашаја наведених мера.¹¹⁰⁷

Дискриминација вређа људско достојанство сваког детета и подрива, а чак може и уништити способност детета да извуче корист из својих прилика за образовањем.¹¹⁰⁸ Наведени закључак Комитета за права детета се може проширити у смислу да дискриминација умањује шансе детета за развојем својих индивидуалних капацитета, што представља штету како за само дете, тако и за породицу детета и друштво у целини. Сходно томе, сагласност принципа недискриминације са принципом "најбољег интереса детета" најчешће је неспорна. Међутим, дискриминација детета се може одигравати и унутар породице, односно од стране родитеља или лица која се непосредно старају о детету. У таквим околностима право детета на заштиту од дискриминације може доћи у сукоб са одређеним аспектима вршења родитељског права. На тај начин, може се јавити тензија између принципа недискриминације деце и "најбољег интереса детета". Пример поменуте тензије представља однос између права детета на забрану од било каквог облика телесног кажњавања и родитељског "дисциплиновања" деце употребом физичке силе у контексту њиховог права на васпитавање. Поменуто право детета је изведено управо из ширег права детета на забрану дискриминације. Са друге стране, улога принципа "најбољег интереса детета" у контексту права детета на заштиту од било каквог облика физичког кажњавања од стране родитеља може побудити одређене дилеме.

¹¹⁰⁶ Вид. пара. 41. CRC/C/GC/14. На пример, *de facto* дискриминација је често присутна код женске деце, деце са посебним потребама, сиромашне деце, деце рођене ван брака, деце у сукобу са законом, деце која живе на улици, деце из сеоских средина и избегле и расељене деце. Вид. Закључна запажања Комитета УН за права детета поводом другог периодичног извештаја Алжира од 12. октобра 2005. године - CRC/C/15/Add. 269, пара. 26.

¹¹⁰⁷ У том смислу вид. пара. 41. CRC/C/GC/14.

¹¹⁰⁸ Вид. Општо коментар Комитета УН за права детета бр. 1. из 2001. године. Вид. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 01 (2001) The Aims of Education, para. 10 - CRC/GC/2001/1.

2.6. "Најбољи интерес детета" и право детета на заштиту од било каквог облика телесног кажњавања као израз принципа недискриминације детета

Родитељско право се данас у знатној мери исказује у облику дужности које родитељи имају према деци као лица која се о њима непосредно старају. Печат дужности је у родитељскоправном односу најслабије присутан код права на васпитавање детета где су родитељи задржали значајан степен аутономије. Ипак, аутономија родитеља у домену васпитавања деце има своје границе које поставља превасходно принцип "најбољег интереса детета". Сходно томе, право на васпитавање детета са собом повлачи и одговарајућу моралну и правну одговорност.¹¹⁰⁹

Одговорност коју родитељи, пред собом, пред другима и на првом месту пред самим дететом, имају за васпитавање детета, рађа питање начина на који родитељи требају подизати и усмеравати децу и преносити им одговарајуће личне и друштвене вредности. У наведеном контексту, Комитет за права детета је протеклих година уложио велики напор да покаже и сугерише како је васпитавање деце употребом физичке силе апсолутно неприхватљиво, без обзира на степен нарушавања телесног интегритета детета.¹¹¹⁰ На тај начин се забрана физичког кажњавања деце означава као непремостива граница родитељске аутономије приликом вршења права на васпитавање детета. У том смислу, Комитет за права детета нема дилему како је било који облик телесног кажњавања деце неспојив са принципом "најбољег интереса детета".¹¹¹¹ Другим речима, према схватању Комитета постоји необорива правна претпоставка како је забрана физичког кажњавања деце у "најбољем

¹¹⁰⁹ Грађанскоправна одговорност родитеља се може заснивати како на кривици, тако и независно од кривице родитеља у зависности од узраста детета или разлога правичности. Вид. чл. 165. и 169. ЗОО. Субјективна одговорност родитеља најчешће произилази из њиховог непоштовања дужности чувања детета, али се може се изричито везати и за неодговарајуће васпитавање. Тако, наш ЗОО, обавезује родитеље да накнаде материјалну или нематеријалну штету које је њихово дете причинило иако је у конкретном случају дужност надзора над дететом имало друго лице, "када је штета настала услед лошег васпитавања малолетника, рђавих примера или породичних навика које су му родитељи дали". Вид. чл. 168. ст. 1. ЗОО.

¹¹¹⁰ Вид. Општи коментар Комитета УН за права детета бр. 8. из 2006. године. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 08 (2006) The rights of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para 2.; and 37, inter alia), para. 39 - CRC/C/GC/8.

¹¹¹¹ Вид. Закључна запажања Комитета УН за права детета поводом иницијалног извештаја Канаде од 20. јуна 1995. године - CRC/C/15/Add. 37, para. 25; Закључна запажања УН Комитета за права детета поводом иницијалног извештаја Аустралије од 17. октобра 1997. године - CRC/C/15/Add. 79, para. 15.

интересу" сваког појединачног детета. Наведену претпоставку прихватила је велика већина европских законодавстава, укључујући и наше, од којих су поједини правни системи и пре доношења КПД забранили употребу физичке силе ради васпитања, односно "дисциплиновања" деце.¹¹¹² Потврду неприхватљивости телесног кажњавања деце дају и други међународни општи правни акти и у одређеној мери пракса Европског суда за људска права.¹¹¹³ Поменути међународни орган је о физичком кажњавању деце расправљао најчешће у контексту права на заштиту од мучења, нечовечног и понижавајућег поступања или кажњавања из ЕКЉП.¹¹¹⁴ Тако је према Суду довољно да поступање према одређеном лицу достигне "минималан ниво окрутности" како би се сматрало да је поменуто право повређено.¹¹¹⁵ Ипак, процена наведеног минимума је релативна и зависи од околности конкретног случаја, попут природе и контекста поступка, пола, узраста и здравственог стања жртве.¹¹¹⁶

Потреба за искорењивањем сваког облика физичког кажњавања деце делује као јасна, недвосмислена и неспорна. Ипак, упркос енергичном заступању тезе о апсолутној неспојивости физичког "дисциплиновања" деце са принципом "најбољег интереса детета" од стране великог броја правних писаца и Комитета за права детета,

¹¹¹² Скандинавске државе сматрају се родоначелницама забране физичког кажњавања деце. Тако је поменута забрана најпре уведена у Шведској 1979. године, а затим и у Финској 1983, односно Норвешкој 1987. године. Бројне европске државе су кренуле стопама поменутих нордијских држава и забраниле било какав облик физичког "дисциплиновања деце". Детаљније вид. Penny Booth, "The United Nation Convention on the Rights of the Child and the Punishment of Children under English Law - Public and Private Vices?", *Liverpool Law Review* 3/ 2006, 401 - 402. Наше породично законодавство забрањује родитељима да подвргавају дете понижавајућим поступцима и казнама које вређају људско достојанство детета, из чега се може извући закључак о забрани физичког кажњавања детета. Вид. чл. 69. ст. 2. ПЗ. Упркос томе, у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије предлаже се изричита забрана физичког кажњавања детета. Вид. чл. 87. Преднацрта Грађанског законика РС из јуна 2011. године.

¹¹¹³ На пример, у препоруци Комитета министара Савета Европе R (85) 4 из 1985. године сугерише се државама да поново размотре своја законска решења о родитељском праву да кажњавају децу, те да се ограничи или забрани телесно кажњавање, чак и ако повреда овакве забране не доводи нужно до кривичне одговорности. Вид. принцип 12. Препоруке бр. R (85) 4 Комитета министара државама-чланицама Савета Европе о насиљу у породици од 26. марта 1985. године. Детаљније вид. M. Freeman (2010), 241 - 242.

¹¹¹⁴ Вид. чл. 3. ЕКЉП.

¹¹¹⁵ Вид. para. 20. случаја *A. v. United Kingdom* [100/1997/884/1096] од 23. септембра 1998. године. У контексту физичког кажњавања деце, Суд је најчешће одлучивао у споровима који су се водили против Уједињеног Краљевства. Наиме, у наведеној држави се још увек осећа присуство веома жилаве *common law* доктрине "разумног дисциплиновања" деце ("*reasonable chastisement*") која је имала за последицу читав низ одлука Комисије и Суда за људска права. Вид. *Tyrer v. United Kingdom* [5856/72] од 25. априла 1978. године; *Campbell and Cosans v. United Kingdom* [7511/76; 7743/76] од 25. фебруара 1982. године; *Z. and Others v. United Kingdom* [29392/95] од 10. маја 2001. године. Суд је проценио како енглеска доктрина "разумног дисциплиновања" деце од стране лица која се о њима непосредно старају може доћи у сукоб са правом на заштиту од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, односно кажњавања из ЕКЉП. Вид. para. 23. *A. v. United Kingdom*.

¹¹¹⁶ Вид. para. 20. *A. v. United Kingdom*.

тешко се могу елиминисати све дилеме које оставља индивидуалистички карактер поменутог принципа. Због тога, ваља посебно размотрити домашај правила о забрани физичког кажњавања деце у контексту "најбољег интереса детета".

КПД не забрањује изричито сваки облик телесног кажњавања детета као метод васпитавања деце. Тако, поменути међународни уговор обавезује државе-уговорнице да предузму "све одговарајуће законодавне, административне, социјалне и образовне мере како би заштитиле дете од свих облика физичког и душевног насиља, повреда или злостављања, занемаривања или немарног поступања, рђавог поступања или експлоатисања укључујући сексуално злостављање, док је на старању родитеља, законског старатеља или било ког другог лица које се стара о детету".¹¹¹⁷ Према се поменутиим правилом КПД првенствено намеће позитивна обавеза државама-уговорницама, у правној литератури се сматра како се на овај начин истовремено признаје право детета на заштиту од злостављања или занемаривања.¹¹¹⁸ Забрана злостављања и занемаривања детета представља суштинску црту патерналистичког карактера "најбољег интереса детета", те се наведени принцип не може тумачити тако да ограничава право детета на заштиту од поменутих поступака. Такође, право детета на заштиту од злостављања и занемаривања одговара поштовању људског достојанства детета и принципу недискриминације.

Комитет за права детета је из правила о забрани злостављања и занемаривања извео и право детета на заштиту од било ког облика физичког кажњавања. Међутим, како злостављање и физичко "дисциплиновање детета" немају у основи идентичан циљ, Комитет је аналогију између наведених поступака нашао у деградирању личности и достојанства детета, што се коси са принципом недискриминације деце и заједничко је за оба поступка.¹¹¹⁹ Наиме, забрана физичког кажњавања деце суштински извире из принципа недискриминације, једнако као и забрана злостављања деце. Наведени поступци нису исти по свом циљу, али могу имати сличне последице у зависности од околности конкретног случаја. Због тога, за разлику од злостављања детета, не мора значити како ће сваки облик физичког

¹¹¹⁷ Чл. 19. ст. 1. КПД.

¹¹¹⁸ М. Freeman (2010), 219.

¹¹¹⁹ Комитет за права детета наглашава како је телесно кажњавање недвосмислено деградирајуће, при чему на истом месту говори о једнакој недопуштености оних психичких облика кажњавања детета, који су такође "деградирајући и као такви неспојиви са Конвенцијом". Вид. пара. 11. CRC/C/GC/8. Наведено тумачење је потврда како је за Комитет од кључног значаја деградирање личности детета као последица кажњавања, а да је облик кажњавања у другом плану.

кажњавања детета у индивидуалном случају бити у супротности са "најбољим интересом детета". Из тог разлога, универзална забрана телесног кажњавања правда се превасходно заштитом деце као рањиве групе, односно категорије лица.¹¹²⁰ Такође, безусловну забрану физичког "дисциплиновања" деце намеће и немогућност да се одреде јасне границе допуштеног облика телесног кажњавања детета у сваком конкретном случају. Из тог разлога, прихватљивије је било да се физичко кажњавање деце апсолутно забрани, него да се лицима која се старају о детету остави било какав дискрециони простор за наведени начин "дисциплиновања" детета.

Како би у што већој мери одредио домашај и садржину права детета на забрану од физичког кажњавања, Комитет за права детета је посебну пажњу посветио дефинисању појма "телесног кажњавања". У том смислу, "телесно, односно физичко кажњавање представља било какво кажњавање где се користи физичка сила усмерена да изазове одређен степен бола или нелагоде, колико год слаби били."¹¹²¹ Дакле, Комитет сугерише успостављање нулте толеранције према телесном кажњавању деце, при чему детаљно наводи могуће облике физичког кажњавања.¹¹²² Истовремено, наведени међународни орган указује на једнаку недопустивост психичког кажњавања детета, под условом да су облици психичког кажњавања "свирепи и деградирајући".¹¹²³ Дакле, насупрот физичком кажњавању детета, право детета на заштиту од психичког кажњавања је квалификовано, односно условљено интензитетом и дејством казне. На тај начин се "најбољи интерес детета" може еластичније применити и прилагодити конкретном случају, него када је реч о физичком кажњавању детета.

Комитет додатно појашњава и конкретизује општи појам телесног кажњавања у намери да раздвоји физичко кажњавање деце од употребе физичке силе према деци од стране лица која се о њима старају. Сходно томе, наведени међународни орган препознаје како старање о деци, нарочито млађег узраста, захтева физичке интервенције у циљу њихове заштите, што треба јасно разликовати од "намерне и

¹¹²⁰ Вид. Shazia Choudhry, "Parental Responsibility and Corporal Punishment", *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009, 167.

¹¹²¹ Вид. para. 11. CRC/C/GC/8.

¹¹²² Вид. *Ibid.*

¹¹²³ Као примере наведених облика психичког кажњавања детета Комитет наводи: омаловажавање, понижавање, ниподаштавање, пребацивање кривице, претње и застрашивање, као и исмевање детета. Вид. para. 11. CRC/C/GC/8. Може се приметити како се поменути случајеви психичког кажњавања тешко могу раздвојити од злостављања детета, чиме се наведени концепти додатну изједначавају.

казнене употребе силе како би им се причинио одређен степен бола, nelaгоде и понижења".¹¹²⁴ Према Комитету, употреба физичке силе према детету може имати искључиво превентивни карактер, док се остали облици подизања и васпитавања детета могу исказивати једино кроз одговарајуће савете и смернице које родитељи упућују детету.¹¹²⁵ На тај начин, Комитет за права детета је из појма физичког кажњавања искључио физичку забрану, што је оправдано са становишта "најбољег интереса детета". На пример, родитељ физички не дозвољава болесном детету да изађе напоље како би се играло са другом децом док не оздрави и опорави се.

Разлика између физичког кажњавања деце и мера допуштене физичке принуде може се уочити на следећем примеру. Тако би се као физичка забрана могла окарактерисати ситуација када родитељ отима детету даљински управљач из руке и гаси телевизор како не би гледало изузетно насилни садржај на телевизији. Међутим, уколико родитељ након одузимања даљинског управљача удари дете у намери да запамти како више сличан програм не сме гледати, физичка забрана прераста у физичко кажњавање које је апсолутно неприхватљиво са становишта Комитета за права детета. Употреба силе у смислу физичке забране служи будућим, а не тренутним интересима детета и родитељима се треба признати и омогућити одговарајућа аутономија у процени наведених интереса, нарочито ако је дете млађег узраста.¹¹²⁶

Дакле, како би се употреба физичке силе према детету могла квалификовати као физичко кажњавање, Комитет тражи остваривање три кумулативна услова, постојања намере, репресивни карактер физичке силе и деградирајуће дејство кажњавања на личност детета. Наведени појам физичког кажњавања детета не обухвата мотив родитеља за употребу физичке силе над дететом, због чега је у пракси веома тешко разликовати злостављање од телесног кажњавања детета. Проблем је што због нулте толеранције на физичко "дисциплиновање" детета, појам "деградирања" детета постаје независан од тумачења родитеља, односно лица која се о детету непосредно старају. Деградирање детета као кључни услов постојања физичког кажњавања не могу тумачити родитељи, већ се као тумачи наведеног правног стандарда јављају превасходно судови и органи социјалне заштите. Комитет за права детета нема дилему како и релативно благи облици физичког кажњавања,

¹¹²⁴ Para. 14. CRC/C/GC/8.

¹¹²⁵ Вид. para. 13 - 14. CRC/C/GC/8.

¹¹²⁶ О појму физичке забране вид. Jane Fortin, "Children's rights and the use of physical force", *Child and Family Law Quarterly* 3/2001, 247.

без обзира на мотив родитеља и личност детета, представљају деградирање личности детета. Због тога постоји опасност да се чак и најнижи степен телесног кажњавања детета окарактерише као злостављање, због чега родитељи могу трпети правне последице, дискутабилне са аспекта "најбољег интереса детета".

Комитет за права детета наведени проблем настоји решити преко приступа принципу "најбољег интереса детета" заснованом на правима деце (*"the right-based approach"*). Сходно наведеном приступу, сукоб између патерналистичког карактера "најбољег интереса детета" и права деце је непостојећи јер се заштитни карактер поменутог правног принципа исказује кроз одговарајући однос између права из КПД.¹¹²⁷ Другим речима, поменути приступ може значити како ће се неком другом праву детета, попут права на живот са својим родитељима или права на развој дати предност у односу на право на заштиту од физичког кажњавања приликом процене "најбољег интереса детета у конкретном случају. Нарочито је важно да судови и други надлежни државни органи имају у виду концепт "најбољег интереса детета" заснован на правима деце, јер у супротном неће бити могуће разграничити злостављање од физичког кажњавања детета у релативном благом и готово безначајном степену.

На примеру забране физичког кажњавања деце, може се уочити како је принцип "најбољег интереса детета" прешао пут од оруђа за оправдање родитељске дискреције до средства за остваривање права детета. Наведени преображај принципа "најбољег интереса детета" довео је до трансформације родитељског права у родитељску дужност, односно одговорност. У таквим околностима, физичко "дисциплиновање" деце, ма колико умерено било, не може опстати као вид васпитавања детета.

Ипак, ма колико удаљен од својих патерналистичких корена, принцип "најбољег интереса детета" никада не може у потпуности побећи од тумачења које му дају родитељи детета. У ери када родитељскоправна овлашћења слабе и добијају другачију садржину, не треба заборавити како је дете део породице, једнако као и индивидуални члан друштва. Из тог разлога, потребно је размотрити каква је правна улога и положај родитеља у времену када се тежи конституционализацији принципа "најбољег интереса детета".

¹¹²⁷ Вид. Р. Booth, 405.

ГЛАВА ПЕТА

ПРИНЦИП "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА У ОДНОСИМА ИЗМЕЂУ РОДИТЕЉА И ДЕЦЕ

1. РОДИТЕЉСКО ПРАВО У СЕНЦИ КОНЦЕПТА "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

Последњих деценија родитељско право доживљава преображај и постепено мења своју улогу и садржину. Као два кључна фактора у измени представе о родитељском праву могу се издвојити принцип "најбољег интереса детета" и права деце.¹¹²⁸ Тако, родитељска овлашћења од инструмента за одређивање садржине "најбољег интереса детета" постају правни простор кога наведени принцип уоквирује и ограничава. Сликвито би се могло рећи како је принцип "најбољег интереса детета" некада био у сенци родитељског права да би се поменуто право сада нашло у сенци "најбољег интереса детета". Сила која је на одлучујући начин подстакла потчињавање родитељског ауторитета наведеном начелу била су права деце. Штавише, права деце су трансформисала и сам концепт "најбољег интереса детета" као принципа чија садржина исходи из вредновања одговарајућих права чији је титулар дете у сваком појединачном случају. Због тога се неминовно поставља питање каква је правна судбина родитељског права и каква је улога наведеног концепта у времену када се остваривање "најбољег интереса детета" у контексту

¹¹²⁸ Вид. Andrew Bainham , "Is Anything Now Left of Parental Rights?", *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009, 24.

права деце намеће као једини императив? Поменуто питање посебно добија на тежини у оним законодавствима, којима припада и наше право, где се "најбољем интересу детета" даје врхунски значај.¹¹²⁹

Најпре, доминантни положај "најбољег интереса детета" узрокује померање тежишта са права на дужности, односно одговорност родитеља према сопственој деци.¹¹³⁰ Суштински, преображај родитељског права у родитељску дужност има за последицу све веће ограничавање аутономије и дискреције родитеља. Принцип "најбољег интереса детета" служи као средство за ограничавање аутономног вршења родитељског права, али су истинска покретачка снага наведеног процеса права деце. Због тога се може рећи како "најбољи интерес детета" чини својеврсни правни простор из кога се постепено истискују родитељска права на рачун права чији је титулар дете. Тачније, садржински оквир наведеног принципа се настоји испунити превасходно кроз остваривање права деце, док родитељска права узмичу, покривајући све мањи простор унутар "најбољег интереса детета".

Конституционализација "најбољег интереса детета", односно исказивање поменутог принципа кроз права деце има за последицу негирање могућности да родитељи детета имају било какве засебне правне интересе, изван принципа "најбољег интереса детета".¹¹³¹ Наше породично законодавство доследно усваја поменуто концепцију наводећи како је родитељско право изведено из дужности родитеља, те да постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.¹¹³² Поменута формулација представља веће сужавање аутономног простора родитеља од појма "родитељских одговорности" које нуди CEFL или "родитељске одговорности" како је доживљава енглески законодавац, где се "најбољем интересу детета" такође даје врхунски значај, као у нашем праву.¹¹³³

¹¹²⁹ Вид. чл. 6. ст. 1. ПЗ.

¹¹³⁰ CEFL сугерише како уместо термина "родитељско право" треба усвојити израз "родитељске одговорности", у множини, који би обухватао скуп права и дужности који припадају родитељима, али у одређеним случајевима и трећим лицима у целини или делимично. Вид. K. Boele - Woelki *et al.*, 31.

¹¹³¹ Дobar пример поменуте тенденције може се наћи у швајцарском праву где се странке у брачном спору могу обавезати на посредовање ако је то нужно ради добробити детета. I. Schwenzer, T. Keller, "New Swiss Civil Code Procedure: Special Proceedings in Matrimonial and Family Law Matters, *The International Survey of Family Law* (ed. V. Atkin), Jordan Publishing, Bristol 2012, 387.

¹¹³² Чл. 67. ПЗ. У домаћој правној литератури се из наведене формулације ПЗ изводи закључак како је родитељско право по свом карактеру право функција, које има смисао само ако се остварује "најбољи интерес детета" као циљ. Зоран Поњавић, *Приватизација породице и породичног права*, Службени гласник, Београд 2009, 150 - 151.

¹¹³³ Тако, CEFL дефинише поменути концепт као скуп права и дужности који има за циљ промовисање и заштиту "најбољег интереса детета". Принцип 3:1 CEFL Принципа Европског породичног права који се тиче родитељских одговорности. Енглески законодавац под појмом

Другим речима, наш ПЗ вршење родитељског права заправо везује за остваривање права деце, а не за принцип "најбољег интереса детета" који представља флексибилнији правни оквир за уважавање одређеног степена аутономије родитеља приликом вршења родитељског права. При томе, наше породично законодавство прописује свега две дужности детета према родитељима, дужност помагања и делимичног подмиривања потреба издржавања у одређеним случајевима.¹¹³⁴ Међутим, дужности детета ће постојати једино ако су родитељи вршили родитељско право у складу са "најбољим интересом детета", односно у "мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета". На пример, ПЗ изричито не превиђа обавезу деце да поштују своје родитеље. Ипак, у Закону се наводи како "родитељи имају право и дужност да са дететом развијају однос заснован на "љубави, поверењу и узајамном поштовању".¹¹³⁵ Стилизација наведене одредбе упућује како је на родитељима одговорност да обезбеде поштовање детета. Другим речима, обавеза детета да поштује родитеље проистиче из дужности родитеља да дете васпитавају на одговарајући начин. На тај начин, дужност поштовања родитеља зависи непосредно од начина на који су родитељи васпитавали децу и не постоји независно од права родитеља на васпитавање своје деце. Такође, дете ће делимично подмиривати потребе издржавања својих родитеља једино ако се тиме не би нанела "очигледна неправда детету".¹¹³⁶ На овом месту би се могла упутити замерка како правни стандард "очигледне неправде" не одговара у потпуности принципу "најбољег интереса детета". Међутим, наведеним правним стандардом се обухватају како пунолетна деца, тако и малолетна деца која стичу зараду и имају приходе од имовине као дужници обавезе издржавања према родитељима. У случају пунолетне деце, принцип "најбољег интереса детета" се не примењује, те "очигледна неправда" има снажније и конкретније одређење. Са друге стране, када се ради о малолетној деци као дужницима обавезе издржавања, поменути правни стандард се мора подредити "најбољем интересу детета" и тумачити у складу са наведеним принципом.

Дакле, "најбољи интерес детета" представља оквир и меру вршења родитељских права, тако да се поменута права не могу остваривати изван контекста

"родитељска одговорност" подразумева сва права, дужности, моћи, одговорности и овлашења која се по закону признају родитељу детета у односу на дете и његову имовину. Sec. 3 (1) Children Act 1989.

¹¹³⁴ Дужност детета да издржава родитеље представља превасходно одраз породичне солидарности, јер обавеза детета није ограничена само на родитеље. Вид. чл. 66. ПЗ

¹¹³⁵ Вид. чл. 70. ПЗ.

¹¹³⁶ Вид. чл. 156. ст. 2. ПЗ.

наведеног принципа. У том смислу би се идеја о интересима, односно аутономији родитеља могла штитити једино посредно, преко права и интереса других лица, што представља јединствен пример у свету субјективних права и њихових титулара.¹¹³⁷ Због тога се у једном делу литературе закључује како родитељска права не могу постојати, јер родитељске одлуке које се тичу деце одговарају обавезама родитеља да утичу на животе своје деце на начин којим ће се штитити њихова добробит.¹¹³⁸ Не може се говорити о обавезном вршењу права, јер право мора подразумевати и дискрецију да се уопште не врши, што са родитељским правом није случај. Родитељ може одлучити да своје права према деци не врши, али се онда може суочити са одговарајућим правним санкцијама. Уколико родитељи нису из одређених разлога способни вршити родитељско право, поменуто право се може у складу са законом, признати трећим лицима. Наведена ситуација постоји и у случајевима када родитељи дају сагласност са усвојењем са или без означавања будућих усвојитеља. Овде није реч о дискрецији и аутономији родитеља да одлучују хоће ли вршити родитељско право. Наиме, ако титулар субјективног права одлучи да своје право не врши, не мора значити да ће поменуто право изгубити, односно изгубити без протекла одређеног временског периода, у зависности од карактера конкретног права. Међутим, родитељ који не може, односно не жели вршити родитељско право, наведено право, по правилу, губи. На тај начин, још више се наглашава како је у фокусу правног односа између родитеља и деце заштита права и интереса детета, те да израз "родитељско право" треба доживљавати искључиво као дужност.

Међутим, правну улогу родитеља није могуће поједноставити на такав начин да се о родитељском праву може говорити само са аспекта дужности и одговорности родитеља према својој деци. Родитељи се не могу посматрати као пуки чувари интереса детета, јер прихватајући обавезу подизања деце имају пред собом идеју о породици као важном и често фундаменталном елементу сопствених животних планова.¹¹³⁹ Бајнам истиче како родитељи имају супериоран статус у односу на сва остала лица, који проистиче из рођења детета и раздваја родитеље од свих трећих лица која би могла имати одређене интересе поводом конкретног детета.¹¹⁴⁰ Према наведеном аутору, родитељима се не даје некаква лиценца за старање о детету, нити

¹¹³⁷ Philip Montague, "The Myth of Parental Rights", *Social Theory and Practice* 1/2000, 56.

¹¹³⁸ *Ibid.*, 57.

¹¹³⁹ Colin Macleod, "Conceptions of Parental Autonomy", *Politics and Society* 1/1997, 119.

¹¹⁴⁰ A. Bainham (2009), 26.

држава може преузети одговорност за колективно подизање деце од рођења.¹¹⁴¹ Сходно томе, потребно је уважити чињеницу како су родитељи лица која су у најбољој позицији да процене на који начин је потребно штитити интересе сопствене деце, слично као што државама пред Европским судом за људска права припада одговарајуће поље слободне процене. Истовремено, родитељима је нужно признати одређен аутономни простор, где ће моћи остваривати како интересе детета, тако и сопствене интересе. У том смислу, противници тезе о апсолутној подређености родитељског права "најбољем интересу детета", односно правима деце, препознају одређена права која родитељи морају вршити слободно и аутономно. Тако, шкотски правник Александер Мекол Смит (*Alexander McCall Smith*) разликује права родитеља која су оријентисана ка деци (*child-centered rights*) од родитељских права која су усмерена ка родитељима (*parent-centered rights*).¹¹⁴² У прву групу права поменути аутор сврстава права која суштински одговарају родитељским дужностима и која имају за циљ заштиту "најбољег интереса детета". На пример, право родитеља да чува и подиже своје дете је типично право усмерено ка заштити добробити детета. Са друге стране, унутар родитељског права постоје родитељска овлашћења која се тичу моралних питања какво дете родитељи желе подизати.¹¹⁴³ Поменута овлашћења, односно права су фокусирана на родитеље и њихове интересе. Типичан пример права оријентисаног ка родитељима представљало би право да родитељи верски васпитавају своју децу, о којем је већ било речи. Како истиче Мекол Смит, постоје циљеви за чије се остваривање родитељима мора признати одговарајућа дискреција, при чему се са поменутим циљевима држава не мора генерално сложити, али их треба толерисати.¹¹⁴⁴ Поменути циљеви се исказују кроз онај сегмент родитељских права које родитељи морају вршити аутономно и слободно.

Ипак, постојање родитељске дискреције није кључни критеријум разликовања између родитељских права усмерених ка деци и наведених права оријентисаних ка њиховим родитељима. Наиме, код значајног броја родитељских дужности, родитељима је потребно оставити одређени дискрециони простор да одлуче о начину вршења поменutih дужности, односно права усмерених ка деци. На пример, у оквиру права на чување и подизање детета, родитељи могу детету, у зависности од

¹¹⁴¹ *Ibid.*, 32.

¹¹⁴² Вид. Alexander McCall Smith, "Is anything left of parental rights", *Family Rights: Family Law and Medical Advance* (eds. E. Sutherland and A. McCall Smith), Edinburgh University Press, Edinburgh 1990, 9.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

узраста, одређивати колико времена сме провести ван куће, чиме се дете штити од могуће штете које би могло претрпети.¹¹⁴⁵ Дакле, дискреција се родитељима признаје у смислу начина на који ће наведена права вршити, а не поводом доношења одлуке око вршења самог права.¹¹⁴⁶ Ипак, родитељска дискреције око начина вршења родитељских дужности, односно права усмерених ка деци није неограничена. У том смислу, родитељи не смеју користити дискрециони простор унутар својих дужности према деци на начине који су неприхватљиви за право.¹¹⁴⁷ Границе родитељске дискреције су у наведеном контексту обележене кривичним правом и правним основама за државну интервенцију у циљу заштите детета.¹¹⁴⁸ У правној теорији се сматра како родитељска аутономија не може прећи одређене нужне и минималне границе које се тичу основних потреба детета за исхраном, одевањем, негом и здравственом заштитом, као и образовањем довољним да се дете опишени.¹¹⁴⁹ Истовремено, како дете развија своје интелектуалне и сазнајне способности расте и значај партиципативних права детета. Тако се родитељска дискреција временом све више ограничава аутономијом детета.

Сходно томе, Мекол Смит као кључни критеријум раздвајања родитељских права оријентисаних ка родитељима од поменутих права усмерених ка деци види у томе ко је непосредни "корисник" ("*beneficiary*") конкретног права.¹¹⁵⁰ Тако, право родитеља на верско васпитавање своје деце превасходно има за циљ одређену добробит, односно корист родитеља. Насупрот томе, "корисници" родитељског права на чување и подизање деце су превасходно њихова деца. Такође, према наведеној класификацији, право родитеља на одржавање личних односа са дететом није корелативно са истоврсним правом детета, већ представљају два засебна права. На тај начин, право родитеља на контакт, односно личне односе са сопственим дететом представља право усмерено ка поменутом родитељу. Са друге стране, право детета да одржава личне односе са својим родитељем означава се као право оријентисано ка самом детету.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ Вид. Р. Montague, 62.

¹¹⁴⁷ Stephen Gilmore, "The Limits of Parental Responsibility", *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009, 80.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*

¹¹⁴⁹ Поменуто доњу границу родитељске дискреције и аутономије амерички психолог Меклеод (*Macleod*) назива "тезом о најмањој мери обезбеђења" ("*Minimum Provision Thesis*"). Вид. С. Macleod, 120.

¹¹⁵⁰ Вид. А. McCall Smith, 10.

¹¹⁵¹ Вид. *ibid.*

Мекол Смитова подела родитељских права је превасходно теоријски корисна како би се указало да постоји сегмент родитељскоправних односа који служи остваривању права и интереса самих родитеља. Тачније, наведена класификација показује како се концепт родитељске дужности не може применити у неограниченом виду на целокупну садржину родитељског права. Међутим, поменута подела пружа истовремено слику о својеврсној поларизацији права и интереса родитеља и деце унутар породице. Упркос значајним правно-политичким притисцима ка конституционализацији правних односа између родитеља и деце, породица се не може посматрати једино са становишта збира индивидуалних права и интереса њених чланова. Из тог разлога, из концепта "најбољег интереса детета" се тешко могу одстранити и истиснути аутономни родитељски интереси. У том смислу, чак и унутар правних система где се "најбољем интересу детета" даје врхунски значај, поменути принцип мора уважавати одговарајуће интересе родитеља. Такву тезу на уверљив начин заступа познати енглески правник Херинг.

Према наведеном аутору, принцип "најбољег интереса детета" треба увек посматрати у ширем контексту, тако да укључује и родитељске интересе.¹¹⁵² Херинг своју концепцију родитељског права унутар "најбољег интереса детета" заснива на два основна елемента. Најпре, с обзиром да се породица и друштво заснивају на узајамној сарадњи и подршци, дете треба одрастати тако се учи врлинама алтруизма, друштвеним обавезама и одређеним жртвама које мора поднети, уместо да се искључиво усмерава ка задовољавању сваког личног прохтева.¹¹⁵³ Друго, "најбољи интерес детета" се може остваривати једино ако се односи између родитеља и деце одвијају на "правичан и поштен начин" ("*fair and just relationship*").¹¹⁵⁴ На тај начин, Херингов концепт "најбољег интереса детета" обухвата како права деце, тако и права чији су титулари родитељи. Заправо, у тези наведеног аутора приметан је утицај еколошког приступа породичноправним односима, где се "најбољи интерес детета" нераскидиво везује за интерес породице као целине. Сходно томе, родитељско право представља истовремено дужност према деци, али пре свега, одговарајућу обавезу према породици и друштву у целини.

Дакле, родитељима се тешко могу оспорити самостални интереси, који се исказују кроз аутономна родитељска права или унутар самог концепта "најбољег

¹¹⁵² Jonathan Herring, "The Welfare Principle and the Rights of Parents", *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis* (eds. A. Bainham, S. Day Sclater, M. Richards), Hart Publishing, Oxford - Portland 1999, 101.

¹¹⁵³ *Ibid.*

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, 102.

интереса детета". Како истиче енглески правник Бајнам, обавезивање родитеља да доносе одлуке о животу детета у којима неће бити ни трага њиховом сопственим интересима не одговара стварности.¹¹⁵⁵ Заиста, тешко се може бранити став према којем се онима који носе правни и морални терет који друштво од родитеља очекује, ускраћује признавање независних права и интереса.¹¹⁵⁶ Независни родитељски интереси не могу прећи границу коју намеће заштита личности и имовине детета и временом се повлаче и бледе како дете развија своје индивидуалне способности и капацитете за доношење одлука. Ипак, најбољи предуслов за развој детета јесте одрастање у породици протканој узајамним поштовањем.¹¹⁵⁷ Због тога преображај родитељског права у родитељску дужност тешко може бити потпун и апсолутан. Сходно томе, формулација нашег законодавца према којој родитељско право може постојати "само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета" не одражава истинску слику односа између родитеља и деце.¹¹⁵⁸ Реч је превасходно о идеолошком приступу који не може у пракси остварити зацртане домете. Принцип "најбољег интереса детета" нема за циљ да од родитеља начини слуге своје деце, јер би се на тај начин извргао у сопствену негацију и супротност. Чак и када би се индивидуални интереси детета у потпуности могли раздвојити од интереса родитеља, апсолутно подређивање родитеља таквим интересима детета би од њега начинило егоистичну фигуру, неспособну за узајамне личне односе са другим људима.

За концепт "најбољег интереса детета" од нарочитог значаја је да ли се оба или само један родитељ непосредно старају о детету. Из тог разлога, потребно је разграничити случајеве заједничког од самосталног вршења родитељског права и у наведеном контексту размотрити примену принципа "најбољег интереса детета".

¹¹⁵⁵ А. Bainham (2009), 41.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ Вид. J. Herring (1999), 104.

¹¹⁵⁸ Чл. 67. ПЗ.

2. ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА У КОНТЕКСТУ "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

2.1. Заједничко вршење родитељског права као израз принципа "најбољег интереса детета"

2.1.1. Појам, садржина и успостављање заједничког вршења родитељског права

Принцип "најбољег интереса детета" се, по правилу, најпотпуније остварује када се оба родитеља фактички и правно старају о детету и заједнички и споразумно доносе одлуке које се тичу детета. Наведени облик родитељског старања се означава као заједничко вршење родитељског права и представља израз принципа једнакости и равноправности родитеља у својим правим и дужностима према деци.

Заједничко фактичко старање родитеља о детету ("*joint physical custody*") подразумева непосредно ангажовање родитеља око уобичајених, свакодневних и редовних питања у оквиру родитељских права и дужности. Наведени односи су неподесни за правно регулисање и одвијају се спонтано унутар допушеног и нужног дискреционог простора родитеља. Према схватању прихваћеном у немачкој правној теорији, питања која се тичу свакодневног живота детета односе се на учестале ситуације које захтевају родитељску одлуку, чије се последице на развој детета могу отклонити или прилагодити без посебних тешкоћа.¹¹⁵⁹ Из тог разлога, одлуке о питањима од свакодневног значаја за живот детета може доносити и само један од родитеља, без изричите сагласности другог.¹¹⁶⁰ Насупрот томе, заједничко правно старање ("*joint legal custody*") представља сегмент заједничког вршења родитељског права који захтева заједничко и споразумно одлучивање родитеља. Реч је о одлукама од битног утицаја на живот детета, чије се последице по развој детета не могу уопште отклонити, односно отклонити без великих потешкоћа.¹¹⁶¹ ПЗ

¹¹⁵⁹ Вид. Nina Dethloff, "Parental Rights and Responsibilities in Germany", *Family Law Quarterly* 2/2005, 319.

¹¹⁶⁰ Вид. З. Поњавић (2011), 247. Вид. принцип 3:12 (1) CEFL Принципа који се тичу родитељских одговорности.

¹¹⁶¹ Вид. N. Dethloff, 247. На пример, одлука родитеља о упису детета на курс страног језика може се подвести под домен заједничког родитељског старања, односно доношења одлуке о питањима од

примера ради наводи како се наведене одлуке тичу образовања детета, предузимања већих медицинских захвата над дететом, промене, пребивалишта и располагања имовином детета велике вредности.¹¹⁶² У таквим ситуацијама, заједничко и споразумно одлучивање родитеља представља последицу како једнакости и равноправности родитеља у вршењу родитељских права и дужности, тако и "најбољег интереса детета". Међутим, у циљу остваривања наведеног принципа, одлуку о питањима од нарочитог значаја за дете може донети и један родитељ уколико се дете налази у стању непосредне опасности.¹¹⁶³ На пример, потребна је хитна медицинска интервенција над дететом, а други родитељ се налази у иностранству.

Уколико се родитељи који заједнички врше родитељско право не могу споразумети око одлуке од битног значаја за дете, настаје сложен проблем, око чијег решавања су подељени ставови унутар европских законодавстава.¹¹⁶⁴ Посебну потешкоћу представља чињеница да се питања од нарочитог значаја за дете могу тицати правних односа врло различите природе. Наше породично законодавство не предвиђа изричито како разрешити ситуације у којима нема сагласности родитеља око питања које битно утиче на живот детета у конкретном случају. Упркос томе, у нашој правној теорији се заступа став како у поменутих ситуацијама уместо родитеља одлуку може донети суд, сходно принципу "најбољег интереса детета".¹¹⁶⁵ На наведени начин се проблем одсуства сагласности родитеља детета о одређеном питању од нарочите важности за дете решава и у француском праву.¹¹⁶⁶ Међутим, у случају нашег права, суд је фактички приморан да одлучи о питању од битног значаја за дете уколико одлуку не могу заједнички и споразумно донети родитељи. Наиме, у одређеном броју држава, суд не може одлучивати уместо родитеља о наведеним питањима, те њихова несагласност једино може имати за последицу доношење одлуке о самосталном вршењу родитељског права, односно окончање

"свакодневног или уобичајеног значаја". Међути, одлука о промени школе детета представља питање од нарочитог значаја за дете, које се може уврстити у заједничко правно старање, те је нужна сагласност оба родитеља са наведеном одлуком. Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 89.

¹¹⁶² Чл. 78. ст. 4. ПЗ. Вид. Г. Ковачек - Станић (2006), 270.

¹¹⁶³ N. Dethloff, 247. Родитељ који је самостално донео одлуку о питању од битног утицаја за живот детета је дужан без одлагања о поменутој одлуци известити другог родитеља. К. Boele-Woelki *et al.*, 90.

¹¹⁶⁴ Детаљније вид. Р. Parkinson, 266 - 267.

¹¹⁶⁵ Вид. З. Поњавић (2011), 247; М. Драшкић (2007), 273.

¹¹⁶⁶ Вид. Hugues Fulchiron, "Custody and Separated Families: The Example of French Law", *Family Law Quarterly* 2/2005, 307.

заједничког вршења родитељског права.¹¹⁶⁷ Међутим, специфичност нашег права је у томе што родитељ који не врши родитељско право, односно који се непосредно не стара о детету, задржава право да заједнички и споразумно одлучује о питањима од битног утицаја за живот детета са родитељем који самостално врши родитељско право.¹¹⁶⁸ Дакле, одлука суда о самосталном вршењу родитељског права не би могла допринети решавању спорног питања на начин на који је то могуће у државама које јасно раздвајају концепте заједничког од самосталног родитељског старања, о чему ће касније бити више речи.

Основни предуслов како би родитељи уопште могли заједнички вршити родитељско право јесте утврђено порекло детета према оба родитеља. Затим, потребно је да између родитеља постоји заједница живота, при чему могућност заједничког вршења родитељског права најчешће не зависи од правног оквира у коме родитељи наведену заједницу остварују.¹¹⁶⁹ У том смислу, наше породично законодавство заједничко вршење родитељског права изричито везује за заједнички живот родитеља, без обзира да ли се ради о брачној или ванбрачној заједници живота родитеља.¹¹⁷⁰ Међутим, мањи број европских законодавстава прописује додатне услове како би родитељи могли заједнички вршити родитељско право уколико је дете рођено изван брака, чак и у случајевима када родитељи детета живе у ванбрачној заједници.¹¹⁷¹ Наведени услови се правдају управо применом принципа "најбољег интереса детета" и погађају ванбрачног оца детета. У поменутом контексту заснивање режима заједничког вршења родитељског права најчешће зависи од воље мајке или начина утврђивања очинства према детету рођеном изван брака.¹¹⁷² Овакво законско решење је посебно упорно бранило немачко право све до одлуке Европског суда за људска права у случају *Zaunegger v. Germany* из 2009.

¹¹⁶⁷ На пример, према данском породичном законодавству, опште је правило како у случају несагласности родитеља око питања од нарочите важности за дете, суд доноси одлуку о самосталном вршењу родитељског права. Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 98. Такође, и у шведском и норвешком праву једино могуће решење у поменутих ситуацијама јесте доношење одлуке о самосталном вршењу родитељског права. Вид. Р. Parkinson, 266.

¹¹⁶⁸ Вид. чл. 78. ст. 3. ПЗ.

¹¹⁶⁹ У већини европских законодавстава за успостављање заједничког вршења родитељског права није од значаја да ли су родитељи детета у браку или ванбрачној заједници. Детаљније вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 83.

¹¹⁷⁰ Вид. чл. 75. ст. 1. ПЗ.

¹¹⁷¹ На тај начин се пут до вршења родитељског права оцу детета рођеног изван брака отежава у енглеском, ирском, аустријском праву и грчком праву. Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 84; I. Androulidakis-Dimitriadis, 114. Немачко право је све доскоро живаво бранило наведено законско решење.

¹¹⁷² Вид. *ibid.*

године.¹¹⁷³ До доношења поменуте одлуке Суда у Стразбуру, немачки Савезни уставни суд (*Bundesverfassungsgericht*) је снажном аргументацијом бранио законско становиште како успостављање заједничког вршења родитељског права детета рођеног изван брака зависи од воље мајке. Поменути Суд је своју подршку немачком законском решењу заснивао управо на тумачењу "најбољег интереса детета", што, с обзиром на квалитет аргумената, захтева детаљније разматрање.

Наиме, све до 1998. године у Немачкој је једино мајка могла вршити родитељско право према детету рођеном изван брака.¹¹⁷⁴ Међутим, реформом породичног законодавства од 16. децембра 1997. године, предвидела се могућност заједничког вршења родитељског права према детету рођеном ван брака, под условом да родитељи детета заједнички изјаве како прихватају наведени облик родитељског старања.¹¹⁷⁵ На тај начин, указао се простор за заједничко вршење родитељског права и у случају ванбрачне деце, али је успостављање поменутог облика вршења родитељског брака зависило од воље мајке. Из тог разлога, поставило се питање уставности наведене законске одредбе са одговарајућим правилима немачког Устава.¹¹⁷⁶

Немачки Савезни уставни суд је најпре издвојио три основна услова за успостављање режима заједничког вршења родитељског права. Тако, између родитеља детета мора постојати "видљива друштвена веза", минимални степен сагласности и наведени облик родитељског старања мора одговарати "најбољем интересу детета".¹¹⁷⁷ Родитељи који живе у браку су се законски обавезали у моменту закључења брака да ће преузети одговорност једно за другог и њихову заједничку децу. Међутим, законодавац не може установити претпоставку о сличној заједничкој посвећености родитеља према детету ако је дете рођено изван брака.¹¹⁷⁸

¹¹⁷³ Вид. случај *Zaunegger v. Germany* [22028/04] од 3. децембра 2009. године, при чему је одлука постала правноснажна 3. марта 2010. године.

¹¹⁷⁴ Вид. одлука Савезног уставног суда Немачке од 29. јануара 2003. године - BVerfG 107, 150 - 1BvL 20/99, 1 BvR 933/01, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht - Federal Constitutional Court - Federal Republic of Germany: Volume 5: Family Related Decisions 1957 - 2010*, Federal Constitutional Court, Karlsruhe 2013, 613.

¹¹⁷⁵ "Када родитељи у време рођења детета нису у браку једно са другим, имају заједничко родитељско старање ако изјаве како се желе заједнички старати о детету (изјава о родитељском старању) или ако накнадно закључе брак". Пар. 1626а. НГЗ.

¹¹⁷⁶ Наиме, према Уставу Немачке, "брига и подизање деце представља природно право родитеља и дужност која првенствено почива на њима...". Чл. 6. ст. 2. Устава Савезне Републике Немачке (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) - GG. Такође, "деци рођеној изван брака обезбедиће се законодавством исте прилике за телесни и душевни развој и њихов положај у друштву попут оних које уживају деца рођена у браку". Чл. 6. ст. 5. GG.

¹¹⁷⁷ Вид. BVerfG 107, 150, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 619.

¹¹⁷⁸ Вид. *ibid.*

Наиме, дете се рађају изван брака у читавом низу различитих ситуација, од случајева где се очинство не може утврдити, до случајева када отац не жели имати ништа са дететом осим давања издржавања, или би желео виђати дете, али не и мајку детета, до ситуација када се отац детета жели заједнички са мајком старати о своме детету.¹¹⁷⁹ Ипак, "најбољи интерес детета" захтева да од тренутка рођења детета постоји лице које ће моћи да предузима радње у корист детета са правно обавезујућим дејством.¹¹⁸⁰ У том смислу, материнство детета је једини извештај однос који се заснива рођењем детета, што омогућава стварање јасне и сигурне одговорности за дете од момента његовог рођења.¹¹⁸¹ Сходно томе, немачки Савезни уставни суд наводи низ разлога због чега није могуће установити заједничко вршење родитељског права детета рођеног изван брака ако се мајка детета томе противи.

Најпре, може се закључити како је наведено законско решење неправедно и дискриминаторско јер ће и у случајеви када између родитеља детета постоји ванбрачна заједница, заједничко вршење родитељског права почивати на вољи мајке. Међутим, везивање заједничког вршења родитељског права за ванбрачну заједницу родитеља значило би како се најпре мора испитати да ли наведени вид заједнице представља "видљиву, дуготрајну основу" за заједничко родитељско старање.¹¹⁸² Поменуте чињенице се не могу знати у време рођења детета, нити предвидети без одговарајуће јасно изражене воље родитеља, што споразум родитеља о заједничком вршењу родитељског права чини предусловом за успостављање наведеног облика родитељског старања.¹¹⁸³ Законом се претпоставља како су родитељи који живе у браку закључењем брака уједно исказали спремност и вољу да се заједнички старају о детету и служе принципу "најбољег интереса детета".¹¹⁸⁴ Ако је дете рођено изван брака, родитељима се омогућава да своју спремност и вољу за заједничким вршењем родитељског права искажу кроз заједничку изјаву воље.¹¹⁸⁵

Немачком законском решењу би се могла упутити замерка како дискриминише ванбрачног оца у односу на мајку детета рођеног изван брака. Међутим, Савезни уставни суд је сматрао како поменуто решење не представља

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, 620.

¹¹⁸⁰ *Ibid.* Вид. N. Dethloff, 318.

¹¹⁸¹ BVerfG 107, 150, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 621.

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ *Ibid.*, 622.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, 623.

¹¹⁸⁵ *Ibid.* Вид. N. Dethloff, 318.

неоправдано ограничавање родитељског права оца.¹¹⁸⁶ Наиме, мајци се одмах по рођењу детета признаје родитељско право на шта она не може утицати, за разлику од оца детета рођеног изван брака. Истовремено, мајка не мора делити родитељско старање са оцем детета ако не жели. Стога, оба родитеља имају једнак приступ према заједничком вршењу родитељског права ако тако желе.¹¹⁸⁷

Такође, правилу према којем се заједничко родитељско право према детету рођеном ван брака може успоставити само заједничком изјавом воље може се упутити још једна примедба. Тако се може поставити питање због чега се не допушта да отац који то жели у судском поступку тражи заједничко вршење родитељског права, уколико мајка не пристане на наведени облик родитељског старања?¹¹⁸⁸ Немачки Савезни уставни суд је имао становиште како заједничко вршење родитељског права треба представљати израз родитељске аутономије, те да се не треба наметати силом.¹¹⁸⁹ Наметање поменутог облика родитељског старања би могло продубити конфликт међу родитељима и негативно утицати на "најбољи интерес детета".

Коначно, Савезни уставни суд је узео у обзир и могућност да мајка живи са оцем детета у ванбрачној заједници, а да, упркос настојању оца детета, одбија пристати на заједничко вршење родитељског права. Поменути Суд је закључио како би мајка само изузетно могла имати разлог да тако поступи уколико већ остварује ванбрачну заједницу живота са оцем детета.¹¹⁹⁰ У том смислу, противљење заједничком вршењу родитељског права од стране мајке, може значити како постоје озбиљни разлози против заједничког родитељског старања, засновани на "најбољем интересу детета".¹¹⁹¹ Наиме, мајка већ живи у ванбрачној заједници са оцем детета, што упућује на закључак како односи између партнера нису поремећени. Из тог разлога, постоји велика вероватноћа како је став мајке по питању заједничког вршења родитељског права мотивисан једино остваривањем принципа "најбољег интереса детета". Са друге стране, ако су разлози за неуспех у постизању споразума о заједничком родитељском старању тако озбиљни и уколико је конфликт између

¹¹⁸⁶ BVerfG 107, 150, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 624.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

¹¹⁸⁸ Вид. *ibid.*

¹¹⁸⁹ Вид. *ibid.*

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, 625.

¹¹⁹¹ *Ibid.*

партнера тако дубок, без обзира што живе заједно, не може се очекивати како би заједничко вршење родитељског права било у "најбољем интересу детета".¹¹⁹²

Савезни уставни суд је због свега наведеног проценио како је наведено законско решење у сагласности са Уставом Немачке.¹¹⁹³ Упркос темељној аргументацији, сходно угледу који Савезни уставни суд Немачке ужива у стручној јавности, Европски суд за људска права је био другачијег мишљења у случају *Zaunegger v. Germany*.

Подносилац представке био је немачки држављанин Хорст Цаунегер (*Horst Zaunegger*) рођен 1964. у граду Пулхајму на западу Немачке и отац ћерке, рођене изван брака 1995. године. Родитељи детета су се растали 1998. године након петогодишње ванбрачне заједнице, а од тог тренутка до јануара 2001. девојчица је живела са подносиоцем представке. Након што је дете прешло живети код мајке, родитељи су, уз помоћ органа старатељства, постигли споразум према којем би подносилац захтева редовно одржавао личне односе са дететом. Сходно важећим правилима домаћег права, односно параграфу 1626а немачког Грађанског законика, мајка је самостално вршила родитељско право. Како није била вољна пристати на заједничко вршење родитељског права, подносилац представке је поднео захтев ради доношења одлуке о заједничком вршењу родитељског права. Окружни суд у Келну (*Amtsgericht Köln*) је одбио захтев, сматрајући како, према немачком праву, заједничко вршење родитељског права може бити резултат једино споразума, брака или судске одлуке за коју се тражи пристанак другог родитеља. Одлуку је потврдио Апелациони суд у Келну (*Oberlandesgericht Köln*) октобра 2003.¹¹⁹⁴

Оба суда су се позвала на управо на одлуку Савезног уставног суда од 29. јануара 2003. године, која се у претходном делу рада детаљно анализирао. Сходно томе, дана 15. децембра 2003. године, Савезни уставни суд је одбио узети у разматрање уставну жалбу подносиоца представке.¹¹⁹⁵

Подносилац представке је сматрао како му је на тај начин повређено право на породични живот, као и да примена параграфа 1626а немачког Грађанског законика представља неоправдану дискриминацију очеве деце рођене изван брака по основу

¹¹⁹² *Ibid.*

¹¹⁹³ Детаљније вид. *ibid.*, 630 - 631.

¹¹⁹⁴ Вид. пара. 7 - 11. *Zaunegger v. Germany*.

¹¹⁹⁵ Вид. пара. 12. *Zaunegger v. Germany*.

пола, као и очева који су раскинули ванбрачну заједницу у поређењу са разведеним очевима.¹¹⁹⁶

Суд је закључио како је постојао различит третман у контексту вршења родитељског права подносиоца представке у својству оца детета рођеног изван брака наспрам мајке детета и очева деце рођене у браку.¹¹⁹⁷ При томе, Суд је подсетио како је разлика у поступању дискриминишућа ако се не може објективно и разумно оправдати, односно ако не следи легитимни циљ или ако је однос између употребљених средстава и циља који се жели постићи несразмеран.¹¹⁹⁸ Премда државе-уговорнице уживају одређено поље слободне процене, за оправдање раздвајања по основу пола или брака, односно ванбрачне заједнице, морају се понудити посебно јаки разлози.¹¹⁹⁹ Суд је прихватио значајан део аргументације немачког Савезног уставног суда, посебно како се оцу детета рођеног изван брака може ускратити вршење родитељског права у случају одсуства комуникације између родитеља детета, јер би се у супротном могао угрозити принцип "најбољег интереса детета".¹²⁰⁰ Међутим, Суд је констатовао како се већина од разлога које су навеле немачке власти не односи на конкретну ситуацију подносиоца представке, с обзиром да је Цаунегер развио одговарајуће емотивне односе са својом ћерком још од њеног рођења. Суд је нарочито критиковао схватање Савезног уставног суда Немачке према којем уколико родитељи живе заједно, мајка детета само из изузетних разлога може ускратити оцу детета заједничко вршење родитељског права, те како би такав поступак мајке одговарао "најбољем интересу детета".¹²⁰¹ Због тога, Суд у Стразбуру не дели мишљење немачког Савезног уставног суда како успостављање заједничког вршења родитељског права противно вољи мајке није *prima facie* сагласно "најбољем интересу детета".¹²⁰² Сходно томе, Суд је закључио како је у поменутом случају подносиоцу представке нарушено право на заштиту од дискриминације у вези са правом на поштовање породичног живота из ЕКЉП и није нашао за сходно расправљати посебно о праву на породични живот.¹²⁰³

Недуго после одлуке Европског суда за људска права у случају *Zaunegger v. Germany*, немачки Савезни уставни суд је прилагодио своју праксу схватању Суда у

¹¹⁹⁶ Вид. чл. 8. и чл. 14. у вези са чл. 8. ЕКЉП.

¹¹⁹⁷ Para. 48. *Zaunegger v. Germany*.

¹¹⁹⁸ Para. 49. *Zaunegger v. Germany*.

¹¹⁹⁹ Para. 51. *Zaunegger v. Germany*.

¹²⁰⁰ Вид. para. 56. *Zaunegger v. Germany*.

¹²⁰¹ Вид. para. 58. *Zaunegger v. Germany*.

¹²⁰² Вид. para. 59. *Zaunegger v. Germany*.

¹²⁰³ Вид. para. 64 - 65. *Zaunegger v. Germany*

Стразбуру. У том смислу, Савезни уставни суд је донео одлуку како се нарушава Уставом загарантовано право оца детета рођеног ван брака јер се начелно искључује из вршења родитељског права без сагласности мајке детета и због тога што нема право судски утврђивати да ли је, из разлога "најбољег интереса детета", оправдано установити заједничко родитељско старање или сопствено самостално вршење родитељског права уместо мајке.¹²⁰⁴

У одлуци у случају *Zaunegger v. Germany*, Европски суд за људска права навео, између осталих држава, и Србију као пример где је за заједничко вршење родитељског права према деци рођеној ван брака потребна сагласност оба родитеља.¹²⁰⁵ Наиме, према нашем породичном законодавству уколико су родитељи детета ванбрачни партнери, они *ex lege* заједнички врше родитељско право.¹²⁰⁶ Насупрот томе, ако између родитеља детета не постоји ванбрачна заједница, мајка самостално врши родитељско право. Управо у таквим случајевима, отац детета може заједнички вршити родитељско право једино уз сагласност мајке, односно њиховог споразума о заједничком вршењу родитељског права. Чак и ако мајка детета одбије закључити поменути споразум, оцу детета преостају значајна права из домена родитељског старања, због чега су наша законска решења из области вршења родитељског права тешко разумљива иностраним правницима. Наведени проблем ће се посебно размотрити у делу који се бави самосталним вршењем родитељског права.

Схватање Европског суда за људска права из случаја *Zaunegger v. Germany* носи и одређене опасности. Наиме, постоји бојазан како би се правила о успостављању режима заједничког вршења родитељског права, упркос противљењу једног од родитеља, могла пренети и на заснивање наведеног облика родитељског старања по разводу брака, а под плаштом "најбољег интереса детета". Родитељски конфликт је у случајевима пропасти брака, односно ванбрачне заједнице несумњиво дубљи и озбиљнији, али би принцип "најбољег интереса детета" могао послужити као оправдање за ограничавање родитељске аутономије.

Као што је Европски суд за људска права и признао, многи аргументи Савезног уставног суда Немачке пре случаја *Zaunegger v. Germany* се тешко могу оспорити. Због тога, Суд у Стразбуру мора показати посебан опрез у неким будућим

¹²⁰⁴ BVerfGE 127, 132 од 21. јула 2009. године - 1 BvR 420/09, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 826.

¹²⁰⁵ Детаљније вид. пара. 24. *Zaunegger v. Germany*.

¹²⁰⁶ Вид. чл. 75. ст. 1. ПЗ.

одлукама које би се тикале заједничког вршења родитељског права и аутономије родитеља. Како наведени страхови нису без основа на добар начин показује развој шведског законодавства о заједничком вршењу родитељског права. Наиме, у поменутој држави је реформом породичног законодавства из 1998. године уведена могућност да суд може установити заједничко родитељско старање над децом рођеном ван брака и против воље једног од родитеља.¹²⁰⁷ Међутим, наведено правило је узроковало значајне проблеме у пракси и продубљивање родитељског сукоба, што је имало негативне последице на "најбољи интерес детета".¹²⁰⁸ Због тога је шведски законодавац био приморан ограничити услове под којима се може успоставити заједничко вршење родитељског права деце рођене ван брака противно вољи једног родитеља. Закон је још једном измењен 2006. године, те се сада прописује како суд приликом процене оправданости заједничког вршења родитељског права, када о томе нема сагласности родитеља, мора нарочито узети у обзир ризик од злостављања детета или било ког другог члана породице, ризик од противзаконитог одвођења или задржавања детета, а посебно способност родитеља да узајамно сарађују.¹²⁰⁹ Може се закључити како је последњи услов и најтеже остварити јер није тешко претпоставити како способност родитеља да сарађују није велика, с обзиром да нису успели постићи договор о заједничком вршењу родитељског права. Из тог разлога, наведена законска измена ће Шведску *de facto* приближити решењу из немачког права, пре одлуке *Zaunegger v. Germany*.¹²¹⁰ Сходно томе, поглавље својеврсне "правне битке" између Савезног уставног суда Немачке и Европског суда за људска права у домену заједничког вршења родитељског права можда није коначно затворено.

2.1.2. Заједничко вршење родитељског права након развода брака, односно раскида ванбрачне заједнице родитеља детета

Дуго времена родитељско право је делило судбину брачних, односно партнерских односа између родитеља детета. Такав механизам је могао

¹²⁰⁷ Вид. Eva Ryrstedt, "Custody of Children in Sweden", *Family Law Quarterly* 2/2005, 394.

¹²⁰⁸ Вид. Anna Singer, "Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating Residence in Sweden for children with separated parents", *Utrecht Law Review* 2/2008, 38.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, 38 - 39.

¹²¹⁰ У том смислу вид. *ibid.*, 39.

функционисати и био одржив док је институционалност брака била наглашена, а развод недопуштен или могућ под строгим законским условима. У поменутих околностима, отац детета, односно муж мајке, доминирао је у правним односима који се тичу детета. Међутим, како се увећавала слобода за развод брака, правни и фактички положај жене је јачао, нарочито због недостатка алтернативе самосталном вршењу родитељског права. Разводом брака, у великом броју случајева мајка је настављала вршити родитељско право као једини родитељ. На тај начин, развод брака, односно раскид партнерских односа, означавао је и развод родитеља детета. У прилог таквом развоју догађаја ишло је и тумачење принципа "најбољег интереса детета", јер се по изузетно утицајној теорији "најмање штетне алтернативе" сматрало како је за дете најбоље да по престанку брака очува континуитет односа са "психолошким родитељем", који је у великој већини случајева била мајка детета.¹²¹¹

Ипак, осамдесетих година прошлог века долази до заокрета у схватању како родитељскоправни однос не може надживети распад нуклеарне породице. Промену су условила нова истраживања на пољу психологије, али и све снажнији притисак група за заштиту права очева.¹²¹² Посебно су од значаја били радови истакнутих аутора из области социологије породице, попут Ирен Тери (*Irène Théry*) и Констанс Аронс (*Constance Ahrons*), које су се залагале са редефинисање појма породице, у смислу њене реорганизације, а не гашења након развода брака.¹²¹³ Сходно томе, родитељско право је надживљавало пропаст партнерских односа између родитеља детета. Иза лаконске синтагме "једном родитељ - увек родитељ", крио се измењени појам "најбољег интереса детета", који се заснивао на равноправности родитеља детета и потреби да се негативне последице развода брака, односно раскида ванбрачне заједнице сведу на најмању могућу меру.¹²¹⁴

Треба рећи како поједини аутори објашњавају узлет концепције заједничког вршења родитељског права по пропасти брака, односно ванбрачне заједнице, незаинтересованошћу државе да правно уређује домен партнерских породичних односа. Тако, према шведском професору Андерсу Агелу (*Anders Agell*), фаворизовање заједничког вршења родитељског права након развода брака

¹²¹¹ Вид. J. Goldstein *et al.*, 50.

¹²¹² Вид. P. Parkinson, 243.

¹²¹³ Детаљније вид. *ibid.*, 242 - 243. Аронс истиче како реорганизација нуклеарне породице након развода најчешће има за последицу заснивање два домаћинства, мајчиног и очевог. Међутим, ова два домаћинства остају повезана, а њихова везивна тачка јесте оријентација ка заједничком детету, због чега се може говорити о "бинуклеарној породици" ("*binuclear family*"). Constance Ahrons, "The Binuclear Family: Two Households, One Family", *Journal of Family and Economic Issues* 4/1979, 500.

¹²¹⁴ У том смислу вид. H. Fulchiron, 302.

проистиче из принципа родитељске стабилности.¹²¹⁵ Међутим, поменути правни писац истиче како је концепт родитељске стабилности заправо замена за недостатак интересовања државе за стабилност нуклеарне породице.¹²¹⁶ У том смислу, незаинтересованост државе за судбину брака, односно ванбрачне заједнице условила је државну интервенцију у домену вршења родитељског права и рађање принципа родитељске стабилности.

Могућност да родитељи наставе заједнички вршити родитељско право и по разводу брака, односно раскиду ванбрачне заједнице, почива на принципима једнакости и равноправности родитеља, њиховој узајамној сарадњи и аутономији, као и подстицању вансудског приступа у решавању конфликта између родитеља детета.¹²¹⁷ Из тог разлога, тежњу за заједничким вршењем родитељског права и након развода брака, односно раскида ванбрачне заједнице, обично прати увођење одговарајућег поступка медијације унутар националних законодавстава.¹²¹⁸

Опција заједничког вршења родитељског права по престанку брака, односно ванбрачне заједнице, је у домаће законодавство уведена 2005. године, доношењем ПЗ. Међутим, и концепт вршења родитељског права из некадашњег ЗБПО садржавао је елементе заједничког родитељског старања након развода брака. Тачније, према бившем Закону, родитељ коме дете није поверено по разводу брака имао је право да одлучује о битним питањима везаним за дете заједно са другим родитељем.¹²¹⁹ Тако је родитељу коме дете није поверено припадало право веома блиско појму заједничког правног родитељског старања.¹²²⁰ Наведену концепцију је у извесном смислу наследио ПЗ, што има за последицу немогућност јасног раздвајања концепта заједничког од самосталног родитељског старања у домаћем позитивном праву.

Наиме, концепт заједничког вршења родитељског права у европским законодавствима, по правилу, обухвата заједничко и споразумно одлучивање родитеља о питањима од нарочите важности за дете. Са друге стране, родитељ који не врши родитељско право најчешће има само дужност издржавања и право да

¹²¹⁵ Anders Agell, "Should and Can Family Law Influence Social Behaviour?", *The Changing Family: Family Forms & Family Law* (ed. J. Eekellar, T. Nhlapo), Hart Publishing, Oxford 1998, 130.

¹²¹⁶ *Ibid.*, 136.

¹²¹⁷ Kirsti Kurki - Suonio, "Joint custody as an interpretation of the best interests of the child in critical and comparative perspective", *International Journal of Law, Policy and the Family* 3/2000, 188.

¹²¹⁸ Вид. *ibid.* Детаљније вид. Зоран Поњавић, "Посредовање у брачним споровима: однос посредовања и судске процедуре", *Правни живот* 10/2007, 466.

¹²¹⁹ Вид. чл. 126. ЗБПО.

¹²²⁰ Детаљније вид. Г. Ковачек - Станић (2002), 269 - 270.

одржава личне односе са дететом.¹²²¹ Међутим, сходно нашем породичном законодавству и родитељ који родитељско право не врши има право заједнички и споразумно одлучивати о питањима која битно утичу на живот детета са родитељем који самостално врши родитељско право.¹²²² Сходно томе, право родитеља да одлучује о наведеним питањима не зависи у нашем породичном законодавству од облика вршења родитељског права након престанка заједнице живота родитеља детета. У том смислу, разлика између два облика родитељског старања у домаћем праву није тако одсечна и јасна као што је случај са већином осталих европских правних система. Оваква специфичност домаћег породичног законодавства може имати за последицу мању спремност и вољу за постизањем споразума о заједничком вршењу родитељског права.

У правној теорији се сматра како је за режим заједничког вршења родитељског права довољно да постоји само сегмент заједничког правног старања о детету.¹²²³ Међутим, због поменутих заједничких карактеристика оба облика вршења родитељског права у нашем законодавству за домаћи концепт заједничког вршења родитељског права од нарочитог значаја је заједничко фактичко старање о детету. Тако се у нашим условима заједничко вршење родитељског права приближава посебном модалитету заједничког родитељског старања који представља даљу фазу еволуције у вршењу родитељског права по разводу брака, односно раскиду ванбрачне заједнице родитеља детета. Реч је о заједничком вршењу родитељског права са "наизменичним", односно "подељеним" боравиштем детета ("*alternative residence*"; "*shared residence*"), као драстичном примеру настојања да се очува *status quo* однос између супружника или ванбрачних партнера према њиховој заједничкој деци и након окончања заједнице живота.

Заједничко родитељско старање са наизменичним боравиштем детета подразумева да ће се родитељи како правно, тако и фактички заједнички старати о личности и имовини детета након престанка заједнице живота. При томе, од кључног значаја је да дете проводи приближно исто време у домаћинству оба родитеља. На пример, према становишту Врховног суда Шведске сматраће се како су се родитељи споразумели о заједничком родитељском старању са наизменичним

¹²²¹ Вид. Н. Fulchiron, 305.

¹²²² Вид. чл. 78. ст. 3. ПЗ.

¹²²³ Вид. Г. Ковачек - Станић (2006), 270.

пребивалиштем детета уколико оно проводи више од 40% времена са једним од родитеља.¹²²⁴

Споразум родитеља о заједничком вршењу родитељског права по престанку брака, односно ванбрачне заједнице, мора садржати и њихову одлуку о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета.¹²²⁵ Наведени споразум подлеже судској контроли у смислу његове сагласности са принципом "најбољег интереса детета". Заједничко вршење родитељског права након развода или раскида ванбрачне заједнице родитеља се генерално сматра обликом вршења родитељског права који одговара "најбољем интересу детета". Међутим, код споразума родитеља о заједничком вршењу родитељског права са наизменичним боравиштем детета, саобразност наведеног модалитета заједничког родитељског старања са поменутим принципом није тако очита. У том смислу, веома су корисни критеријуми које је предложила CEFL како би се надлежним органима олакшала процена да ли је споразум родитеља у складу са принципом "најбољег интереса детета". Тако, CEFL у оквиру својих Принципа даје листу чинилаца које надлежни органи требају узети у обзир приликом процене сагласности споразума родитеља о заједничком родитељском старању са наизменичним боравиштем детета са "најбољим интересом детета". Сходно томе, ова међународна експертска Комисија сугерише да се приликом доношења одлуке у обзир требају узети: узраст и мишљење детета, способност и воља титулара родитељских права да узајамно сарађују по питањима која се тичу детета и њиховим личним питањима и удаљеност између места пребивалишта титулара родитељских права, као и њихових пребивалишта и школе детета.¹²²⁶

Поводом могућности успостављања режима заједничког родитељског старања са наизменичним боравиштем детета, европске државе би се могле поделити у три групе. Најпре, поједина законодавства не прихватају могућност успостављања оваквог модалитета заједничког родитељског старања.¹²²⁷ У наведеним правним системима важи необорива правна претпоставка како наизменично боравиште није у "најбољем интересу детета". Са друге стране, извесна законодавства, укључујући и наше, допуштају да се на овакав начин уреди питање вршења родитељског права по

¹²²⁴ Вид. А. Singer, 40.

¹²²⁵ Вид. 75. ст. 2. ПЗ

¹²²⁶ Принцип 3:20 (2) CEFL Принципа који се тичу родитељских одговорности.

¹²²⁷ У поменути групу могу се, на пример, убројити породична законодавства Бугарске и Мађарске. Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 132.

разводу брака, односно раскиду ванбрачне заједнице, под условом да су родитељи детета постигли споразум о наизменичном боравишту, за који је суд проценио да је у "најбољем интересу детета". У наведеним правним системима споразум о заједничком вршењу родитељског права са наизменичним боравиштем детета не може се наметнути родитељу који се томе противи. Коначно, мањи број законодавстава, попут француског или белгијског, јасно фаворизују модалитет заједничког вршења родитељског права са наизменичним боравиштем детета.¹²²⁸ Тако, према изменама француског законодавства из 2002. године, суд може привремено одредити заједничко вршење родитељског права на поменути начин, чак и ако о томе нема споразума између родитеља детета.¹²²⁹ Након истека овог временског периода, суд је у обавези да преиспита своју одлуку о заједничком вршењу родитељског права са наизменичним боравиштем детета.¹²³⁰ Занимљиво је како се, приликом усвајања законских измена, француски законодавац у потпуности оглушио о праксу Касационог суда, који је имао изразито негативан став према заједничком родитељском старању са наизменичним боравиштем детета.¹²³¹

Установа "наизменичног боравишта детета" сматра се у појединим законодавствима као даљи искорак у очувању континуитета заједничког родитељског старања по разводу брака или раскиду ванбрачне заједнице.¹²³² Ипак, наведено становиште се често критикује као идеалистичко и супротно ширем правном контексту који окружује област родитељског права, док психолошка истраживања стварају подељену слику о заједничком родитељском старању са наизменичним боравиштем детета.¹²³³ Замерке стижу и на рачун овако схваћеног принципа "најбољег интереса детета", јер се сматра како се дете на овај начин своди на објекат деобе својих родитеља, "ствар" коју родитељи математички деле како би задовољили сопствене потребе.¹²³⁴ Такође, заједничко вршење родитељског права са наизменичним боравиштем детета захтева изузетно висок степен узајамне сарадње

¹²²⁸ Вид. К. Boele-Woleki *et al.*, 133.

¹²²⁹ Вид. Frédérique Granet, "Alternating residence and relocation: A view from France", *Utrecht Law Review* 4/2008, 50.

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ Вид. Н. Fulchiron, 305. Критичари наведеног модалитета заједничког родитељског старања поменутог правила француског законодавца означавају као експеримент са децом и родитељима. *Ibid.*, 308.

¹²³² *Ibid.*, 305.

¹²³³ О истраживањима из домена психологије у контексту поменутог облика вршења родитељског права детаљно вид. Stephen Gilmore, "Contact/ Shared Residence and Child Well-Being: Research Evidence and Its Implications for Legal Decision - Making",

¹²³⁴ Вид. Н. Fulchiron, 308.

између родитеља детета, што у пракси након пропасти њихове заједнице живота није лако оствариво. Узајамна сарадња родитеља на равноправним основама је нужна како би наведени модалитет заједничког старања о детету могао остваривати своју сврху. Сходно томе, у правној теорији се истиче како одвојено, односно паралелно вршење родитељског права, где се један родитељ не обазире на другога, не служи сврси заједничког вршења родитељског права са наизменичним боравиштем детета.¹²³⁵ Међутим, има и сасвим супротних мишљења, према којима минимална родитељска сарадња умањује могућност настанка конфликта између родитеља, а у исти мах им омогућава да задрже свој родитељскоправни статус.¹²³⁶

Као што се може видети, заједничко вршење родитељског права са наизменичним боравиштем детета изазива опречне ставове европских законодаваца и нема тако јасно упориште у принципу "најбољег интереса детета" као општи режим заједничког родитељског старања по престанку заједнице живота родитеља детета. Ипак, и у домену заједничког вршења родитељског права постоје значајне разлике унутар европских националних правних система. У том смислу, може се рећи како концепт заједничког вршења родитељског права по окончању заједнице живота родитеља детета из ПЗ има три основне карактеристике:

1. Заједничко вршење родитељског права по престанку заједнице живота родитеља у нашем праву подразумева најчешће и заједничко старање родитеља о личности детета, односно заједничко фактичко старање;
2. У нашем породичном законодавству не прави се разлика између заједничког вршења родитељског права по престанку брака од заједничког вршења родитељског права по окончању ванбрачне заједнице родитеља детета;¹²³⁷
3. У нашем праву се не претпоставља како ће родитељи наставити заједнички вршити родитељско право и након престанка њихове заједнице живота, већ о

¹²³⁵ Р. Parkinson, 253.

¹²³⁶ Такво схватање се у теорији означава као "подељено самостално родитељско старање" ("*time - shared sole custody*") и прихваћено је у енглеском праву. Вид. К. Kurki-Suonio, 195.

¹²³⁷ На пример, у француском праву потребно је да се порекло детета рођеног ван брака према другом родитељу утврдило у року од годину дана од рођења детета како би важила претпоставка да и након раскида ванбрачне заједнице родитељи настављају заједнички вршити родитељско право. У супротном, заједничко вршење родитељског права биће могуће само по споразуму родитеља. Вид. Н. Fulchiron, 306. Према грчком праву, отац детета рођеног ван брака чије је очинство утврђено судском одлуком не може вршити родитељско право ни заједнички, ни самостално, осим ако то није у "најбољем интересу детета". Вид. чл. 1513. ст. 3. Грчког грађанског законика.

томе морају постићи посебан споразум који мора бити у "најбољем интересу детета".¹²³⁸

Дакле, због ширине концепта самосталног вршења родитељског права у нашем праву, заједничко вршење родитељског права има ужи обим него што је случај у значајном броју европских правних система и изједначава се *de facto* са родитељским старањем са наизменичним боравиштем детета као јединим модалитетом заједничког вршења родитељског права. Наиме, домаћи концепт заједничког родитељског старања обухвата, по правилу, и заједничко старање о личности детета, односно заједничко фактичко старање. Међутим, моћ наведеног концепта значајно се умањује непостојањем обориве правне претпоставке како је у "најбољем интересу детета" да његови родитељи и након развода, односно раскида ванбрачне заједнице наставе заједнички вршити родитељско право.¹²³⁹ У том смислу, стиче се утисак како су се правила домаћег законодавства о заједничком вршењу родитељског права у значајној мери обликовала под утицајем широког појма самосталног вршења родитељског права наслеђеног из некадашњег ЗБПО.

2.2. Самостално вршење родитељског права у контексту "најбољег интереса детета"

2.2.1. Појам, садржина и успостављање самосталног вршења родитељског права

Самостално вршење родитељског права представља облик родитељског старања где се, по правилу, правно и фактички о личности и имовини детета стара само један родитељ. Таква ситуација је генерално непожељна са становишта "најбољег интереса детета" и може бити последица одређених догађаја, људских

¹²³⁸ У значајном броју породичних законодавстава, као што су француско, шведско, немачко или финско, важи оборива правна претпоставка како је у "најбољем интересу детета" да родитељи по окончању заједнице живота наставе заједнички вршити родитељско право. Вид. Р. Parkinson, 244 - 246; К. Kurki-Suonio, 188. На пример, према немачкој судској пракси, како би се режим заједничког родитељског старања прекинуо након развода брака потребно је да постоје значајне сметње у комуникацији између родитеља. Детаљније вид. N. Dethloff, 321.

¹²³⁹ У Преднацрту Грађанског законика Србије једна од понуђених алтернатива је управо да родитељи у случају пропасти њихове заједнице живота настављају заједнички вршити родитељско право. Вид. друга алтернатива за чл. 93. Преднацрта грађанског законика Србије из 2011. године. О законодавствима која садрже правну претпоставку о заједничком родитељском старању после развода брака вид. Гордана Ковачек - Станић, "Утицај развода брака на родитељско право", *Зборник Матице Српске за друштвене науке* 110-111/ 2001, 186.

радњи или одлука надлежних државних органа. У том смислу, успостављање самосталног родитељског старања посматра се негативно, односно као немогућност да оба родитеља заједнички врше родитељско право према детету.

Таква немогућност може некада бити фактичка, јер се други родитељ детета више није у животу или није могуће утврдити порекло детета према наведеном родитељу. Посебно је значајна, и у условима нашег друштва, честа ситуација када дете има оба родитеља, али се само један фактички стара о детету. Овакве ситуације настају најчешће када мајка детета напусти заједницу живота са оцем детета и са собом поведе дете. Одлука родитеља, најчешће мајке, да прекине заједницу живота и одведе дете може бити последица породичног насиља, лоших односа са родитељем другог супружника, посебно ако се са њима живело у заједници, немогућности родитеља да превазиђу неповољну материјалну ситуацију, али и манипулације родитеља који одводи дете. На тај начин настаје један провизоран однос у којем се отац детета до доношења судске одлуке и даље заједнички са мајком правно стара о детету, али остаје без компоненте старања о личности, односно фактичког старања. Спор се, по правилу, окончава пред судом који мора отклонити ово стање правне несигурности и донети одлуку о даљем начину вршења родитељског права сходно "најбољем интересу детета". Случајеви привременог фактичког старања једног родитеља су крајње неповољни са становишта "најбољег интереса детета", јер обично доводе дете у стање збуњености, конфузије и стреса. Дете је, посебно ако је млађег узраста, најчешће неми посматрач и пасивни учесник родитељског сукоба. Сходно томе, важно је да орган старатељства покуша омогућити другом родитељу, уколико је то могуће, вршење свог родитељског права.¹²⁴⁰ Ако је конфликт такве природе да се не може превазићи, суд ће, руководећи се "најбољим интересом детета", уредити питање вршења родитељског права кроз поступак за развод брака или поступак за вршење родитељског права уколико су родитељи детета живели у ванбрачној заједници. Поступак у спору за вршење родитељског права према нашем законодавству могу покренути, поред родитеља, и дете и орган старатељства.¹²⁴¹ Орган старатељства би поступак у спору за вршење родитељског права могао у пракси покренути ако је безуспешно покушавао приволети родитеље да наставе

¹²⁴⁰ У том смислу вид. чл.79. ПЗ.

¹²⁴¹ Вид. чл. 264. ст. 1. ПЗ.

заједнички вршити родитељско право. Коначно, дете због сукоба интереса, може наведени поступак покренути искључиво преко колизијског старатеља.¹²⁴²

Према нашем праву, родитељи који воде заједнички живот не могу закључити споразум о самосталном вршењу родитељског права.¹²⁴³ Са друге стране, родитељи који не живе заједно могу закључити споразум како о заједничком, тако и о самосталном вршењу родитељског права.¹²⁴⁴ У том смислу, теоријски је могуће да родитељи закључе споразум о заједничком вршењу родитељског права и за време трајања брака у ситуацијама када само један родитељ фактички врши родитељско право зато што је други напустио брачну заједницу живота. На тај начин се питање развода брака раздваја од вршења родитељског права. Приликом процене да ли би такав споразум одговарао "најбољем интересу детета", у фокусу пажње суда неће бити одржавање "мртвог брака" на снази, већ спремност родитеља на узајамну сарадњу ради заједничког детета.

За разлику од фактичке, о правној немогућности заједничког вршења родитељског права може се говорити у ситуацијама када је један од родитеља малолетан или лишен пословне способности, односно родитељског права. У наведеним примерима постоје објективни или субјективни разлози због чега законодавац мора одустати од концепта заједничког родитељског старања. У том смислу, постоје ситуације када ће самостално вршење родитељског права бити резултат аутономије оба или, изузетно једног родитеља, као и када ће наведени облик вршења родитељског права непосредно исходити из одлуке надлежног државног органа, најчешће суда.

Најпре, самостално вршење родитељског права може бити израз аутономије оба родитеља, у форми споразума о самосталном вршењу родитељског права након развода брака или раскида ванбрачне заједнице. Ипак, према нашем праву суд даје последњу реч о овом споразуму процењујући његову сагласност са принципом "најбољег интереса детета". Том приликом, суд ће посебно узети у обзир мишљење детета у зависности од способности детета да мишљење формира. Међутим, у нашем законодавству дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити са којим ће родитељем живети.¹²⁴⁵ У таквим случајевима, судбина споразума родитеља о самосталном вршењу родитељског

¹²⁴² Вид. чл. 265. ст. 1. ПЗ.

¹²⁴³ Вид. чл. 75. ст. 1. ПЗ.

¹²⁴⁴ Вид. чл. 75. ст. 2. у вези са чл. 77. ст. 4 - 5. ПЗ.

¹²⁴⁵ Вид. чл. 60. ст. 4. ПЗ.

права суштински зависи од воље детета, јер се суду значајно умањује дискрециони простор за одређивање садржине "најбољег интереса детета". Овде треба напоменути како се право детета наведеног узраста и способног за расуђивање односи искључиво на доношење одлуке о родитељу који ће наставити да врши родитељско право. Сходно томе, суд задржава право да процењује сагласност одговарајућих елемената споразума родитеља о самосталном вршењу родитељског права са "најбољим интересом детета". У том смислу, суд ће ценити у којој мери споразум о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем, односно споразум о висини доприноса за издржавање детета од другог родитеља, одговарају принципу "најбољег интереса детета".¹²⁴⁶ Приликом процене наведених елемената споразума о самосталном вршењу родитељског права, суд има мањи маневарски простор када је реч о споразуму о висини доприноса за издржавање детета од другог родитеља. Тако ће део споразума о самосталном вршењу родитељског права који се односи на издржавање детета одговарати принципу "најбољег интереса детета" ако су се супружници, односно ванбрачни партнери, споразумели тако да висина издржавања омогућава детету најмање такав ниво животног стандарда какав ужива родитељ дужник издржавања.¹²⁴⁷ Насупрот томе, суд може имати знатно флексибилнији приступ приликом процене усаглашености споразума о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем. Посебно је значајно истаћи како код поменутог споразума мишљење детета има знатно већи домашај и значај.

Ипак, дете које је навршило 15. година, као и млађе дете способно да формира своје мишљење може одбити да се изјасни о питању самосталног вршења родитељског права по престанку заједнице живота његових родитеља.¹²⁴⁸ Дете се не може присилити да искаже своје мишљење, јер је израз његове аутономије и воља да сопствено право не врши. Комитет за права детета инсистира на томе да се дете саслуша у тајности, без излагања јавности у судском поступку, како би му било лакше да искаже своје мишљење.¹²⁴⁹ Дужност суда је да нађе начин саслушања детета који ће што ближе одговарати принципу "најбољег интереса детета".¹²⁵⁰

¹²⁴⁶ Вид. чл. 78. ст. 1. ПЗ.

¹²⁴⁷ Чл. 162. ст. 3. ПЗ.

¹²⁴⁸ У том смислу вид. para. 35. CRC/C/GC/12.

¹²⁴⁹ Вид. para. 43. CRC/C/GC/12.

¹²⁵⁰ Тако, према схватању Савезног уставног суда Немачке, приликом одређивања начина на који ће се дете саслушати судови морају узети у обзир узраст конкретног детета, његово стање развоја и, изнад свега, психолошко стање детета које је неретко под тензијом због спора између својих родитеља. Суд може изабрати да дете једном или више пута саслуша лично, заједно или одвојено од браће и сестара, на суду или у познатом породичном окружењу, у присуству или одсуству родитеља и консултовати

Процењујући споразум родитеља о самосталном вршењу родитељског права, суд пред собом има одређену полазну основу за одређивање садржине "најбољег интереса детета". Међутим, реалније је очекивати како родитељи уопште не могу постићи споразум на основу којег би само један од њих наставио вршити родитељско право по окончању заједнице живота. У таквим ситуацијама, суд нема полазни елемент за садржинско уобличавање принципа "најбољег интереса детета", већ непосредно примењује наведени правни принцип креирајући појединачно правно правило у сваком индивидуалном случају. Суд ће донети одлуку о самосталном вршењу родитељског права након свеобухватне процене спољних и унутрашњих чинилаца који обликују "најбољи интерес детета" и њиховог рангирања у зависности од околности конкретног случаја. Према схватању Комитета за права детета, суд у наведеним ситуацијама заправо вреднује права деце из КПД и на основу тако извршеног рангирања одређује који родитељ ће самостално вршити родитељско право. О начину одређивања садржине "најбољег интереса детета" већ је детаљно биле речи у делу рада који се бави квалитативним аспектом поменутог принципа. Из тог разлога, пажња ће се усмерити на одређене специфичности правног положаја родитеља који не врши родитељско право.

2.2.2. Право родитеља који не врши родитељско право да одлучује о "питањима која битно утичу на живот детета"

2.2.2.1. Појам и одређивање "питања која битно утичу на живот детета"

Наше породично законодавство је специфично по томе што и родитељ који не врши родитељско право има значајна овлашћења из домена правног родитељског старања. Тачније, наведени родитељ има право да о "питањима која битно утичу на живот детета" одлучује заједнички и споразумно са родитељем који се самостално стара о детету.¹²⁵¹ Домаћи законодавац *exempli causa* наводи одређена питања за која сматра да "битно утичу на живот детета", чиме жели олакшати надлежним органима примену поменутог правног стандарда. Тако се, као "питања која битно

психолога као вештака. Вид. BVerfGE 55, 171 од 5. новембра 1980. године - 1 BvR 349/80, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 163.

¹²⁵¹ Вид. чл. 78. ст. 3. ПЗ.

утичу на живот детета", сматрају нарочито: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности.¹²⁵² У овим случајевима, сам законодавац је конкретизовао правни стандард, те надлежни органи немају простор за другачије тумачење у смислу процене да ли одговарајуће питање битно утиче на живот детета. У осталим ситуацијама, суд или други надлежни орган процењује да ли се конкретно питање може категоризовати у наведеном смислу. При томе, као што је претходно речено, треба узети да се ради о "питању које битно утиче на живот детета", ако одлука о наведеном питању има последице на развој детета које се уопште не могу модификовати или се могу изменити само уз значајне тешкоће.¹²⁵³ Сходно томе, може се закључити како давање сагласности за усвојење или заснивање хранитељства у одређеним ситуацијама, јесу "питања која битно утичу на живот детета".

Очито је како правни положај родитеља који се фактички не стара о детету у нашем праву значајно превазилази оквире термина "родитељ који не врши родитељско право". Истовремено, родитељ који "самостално врши родитељско право" за већину одлука унутар концепта правног старања о детету није самосталан.¹²⁵⁴ Таква концепција одговара једнакости и равноправности родитеља у односима према деци и углавном, служи принципу "најбољег интереса детета". Међутим, право родитеља који не врши родитељско право да заједнички и споразумно са родитељем који се стара о детету одлучује о питањима "која битно утичу на живот детета" може бити и у супротности са "најбољим интересом детета". Наиме, у ситуацијама када родитељ који не врши родитељско право није исказао спремност да заснује и развије емотивни и лични однос са дететом, погрешно би било омогућити му да одлучује о питањима од којих може зависити будућност детета. У том смислу, бивши ЗБПО је право наведеног родитеља да одлучује о битним питањима везаним за дете условљавао његовим претходним испуњавањем обавеза према детету.¹²⁵⁵ Према нашем позитивном праву, родитељ који не врши родитељско право има дужност издржавања и одржавања личних односа са дететом.

¹²⁵² Чл. 78. ст. 4. ПЗ.

¹²⁵³ N, Dethloff, 319.

¹²⁵⁴ Један од изузетака је обавеза заступања детета, која у случају самосталног вршења родитељског права припада једино родитељу који се стара о личности детета. У том смислу вид. Г. Ковачек - Станић (2001), 184 - 185.

¹²⁵⁵ Вид. *ibid.*, 183. Такође вид. Олга Цвејић - Јанчић, "Заједничко вршење родитељског права", *Правни живот* 9/1997, 692.

Уколико избегава вршење било које од поменутих обавеза, родитељу који не врши родитељско право треба ускратити да заједнички и споразумно одлучује о "питањима која битно утичу на живот детета" са родитељем који самостално врши родитељско право. Како истиче Савезни уставни суд Немачке, од изузетног значаја за "најбољи интерес детета" јесте квалитет односа између родитеља и детета, као и воља родитеља да сарађују ради добробити детета.¹²⁵⁶ Како би родитељи узајамно сарађивали у циљу "најбољег интереса детета", потребно је да постоји воља и спремност родитеља који родитељско право не врши да негује и развија емотивни и лични однос са дететом, односно да буде присутан у животу свог детета. Кроз избегавање обавеза издржавања и одржавања личних односа са дететом, исказује се незаинтересованост родитеља који не врши родитељско право за дете. Сходно томе, позивање таквог родитеља на право да заједнички и споразумно одлучује о "питањима која битно утичу на живот детета" била би у нескладу да његовим ранијим понашањем према детету. У том смислу, аналогно грађанскоправној доктрини *venire contra factum proprium*, наведеном родитељу би требало ускратити право да одлучује о "питањима која битно утичу на живот детета". Треба напоменути како немогућност родитеља да врши своје дужности не сме бити узрокована понашањем другог родитеља или одговарајућим објективним разлозима.

2.2.2.2. Несагласност родитеља о "питањима која битно утичу на живот детета"

Када родитељи заједнички врше родитељско право, ретко се дешава да не могу постићи споразум о питањима која су од нарочите важности за дете. Међутим, ако један родитељ самостално врши родитељско право, посебно након пропасти заједничког живота, знатно чешће се може очекивати како родитељи неће бити у стању да се споразумеју о одређеним "питањима која битно утичу на живот детета."

Европска законодавства све више се крећу у правцу успостављања претпоставке заједничког родитељског старања по прекиду заједничког живота родитеља, чиме се самостално вршење родитељског права карактерише као изузетак. Поменути изузетак правда се одсуством могућности минималне родитељске сарадње или нарочито озбиљним разлозима ако се "најбољи интерес детета" на други начин

¹²⁵⁶ Вид. BverfG 107, 150 од 29. јануара 2013. године - 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 623.

не може остварити.¹²⁵⁷ Ипак, уколико се по захтеву једног од родитеља процени како је самостално вршење родитељског права једино решење, родитељ који се не стара о детету најчешће нема право заједнички и споразумно одлучивати о питањима од нарочите важности за дете са другим родитељем.¹²⁵⁸ У том смислу, постоји, по правилу, дужност родитеља који самостално врши родитељско право да другог родитеља благовремено информише, односно да се са њим консултује о изборима које чини.¹²⁵⁹ На тај начин елиминишу се могући спорови родитеља око доношења одлука које имају нарочит значај за дете. Изузетак могу представљати одлуке којима се значајно ограничава или ускраћује право родитеља да одржава личне односе са дететом, попут одлуке о промени пребивалишта детета.¹²⁶⁰ Са друге стране, поједина законодавства, попут немачког, допуштају могућност, да се одреди родитељ који ће самостално донети одлуку о конкретном питању од посебне важности за дете.¹²⁶¹

Насупрот томе, концепт "самосталног вршења родитељског права" из домаћег породичног законодавства обухвата и елементе правног старања о детету у смислу права родитеља који не врши родитељско право да одлучује о "питањима која битно утичу на живот детета". Из тог разлога, поставља се питање како превазићи ситуације у којима се родитељи не могу споразумети око наведених питања?

Према становишту домаће судске праксе, "суд није овлашћен да уместо родитеља одлучује о пребивалишту малолетног детета или да доноси одлуке које замењују заједничке одлуке родитеља о битним питањима вршења родитељског права - која утичу на живот малолетног детета, као што је образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета или располагање имовином детета велике вредности".¹²⁶² Суд може да у поступку одлучивања о вршењу родитељског права, "између осталог, делимично лиши родитеља који не врши родитељско право - да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, ако несавесно врши права и дужности или дужности из садржине родитељског права".¹²⁶³

¹²⁵⁷ Вид. чл. 373-2-1. Француског грађанског законика;

¹²⁵⁸ На пример, вид. чл. 373-2-1. Француског грађанског законика; чл. 8. Закона о родитељској одговорности Данске из 2007. године; чл. 251. ст. 2. Грађанског законика Холандије.

¹²⁵⁹ Вид. чл. 373-2-1. Француског грађанског законика; чл. 1513. ст. 3. Грчког грађанског законика; чл. 275 а. Швајцарског грађанског законика.

¹²⁶⁰ У том смислу вид. чл. 372-2. Француског грађанског законика.

¹²⁶¹ Вид. пар. 1628. Немачког грађанског законика.

¹²⁶² Из решења Врховног суда Србије, Рев. 2557/06 од 1. марта 2007. године. Билтен судске праксе Врховног суда Србије 2/2007, 40.

¹²⁶³ *Ibid.*

Сходно поменутом ставу наше судске праксе, родитељ који не врши родитељско право може евентуално захтевати измену одлуке о вршењу родитељског права уколико је незадовољан што није могао постићи споразум са другим родитељем о одређеном питању "које битно утиче на живот детета". Међутим, суд ће донети такву одлуку само ако установи да су се измениле околности у односу на ситуацију која је постојала у тренутку доношења одлуке о вршењу родитељског права и да новонастале околности са становишта "најбољег интереса детета" оправдавају измену одлуке о вршењу родитељског права.¹²⁶⁴ Друга опција која је на располагању родитељу који не врши родитељско право јесте да захтева лишење родитељског права родитеља који живи са дететом ако постоје за то законом предвиђени разлози. Са друге стране, родитељ који самостално врши родитељско право бива у још већој мери паралисан у доношењу одлуке коју сматра пожељном и може једино захтевати да се други родитељ лиши права да одлучује о "питањима која битно утичу на живот детета" или лиши родитељског права у потпуности. Међутим, суд може такву одлуку донети искључиво ако се други родитељ несавесно старао о детету или ако је злоупотребљавао и грубо занемаривао родитељска права и дужности, чиме су могућности родитеља који самостално врши родитељско право веома сужене.¹²⁶⁵

Овакво схватање домаћих судова је крајње дискутабилно и може изазвати приличне проблеме у пракси.¹²⁶⁶ Најпре, тешко се могу генерализовати последице несагласности родитеља о свим "питањима која битно утичу на живот детета". У том смислу, не може имати исти значај одсуство сагласности о медицинском третману детета и располагању имовином детета велике вредности. На пример, у случају предузимања медицинске интервенције над дететом, значајну улогу имају и лекари као трећа лица. Тако, ако се родитељи не могу сагласити око предложене хитне медицинске мере над дететом, ова мера се ипак може предузети ако је то у "најбољем интересу детета".¹²⁶⁷ Такође, у зависности од узраста и способности за расуђивање, дете може дати пристанак за предузимање медицинског захвата, чиме

¹²⁶⁴ Вид. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3062/05 од 1. фебруара 2006, Избор судске праксе 5/2008, 47.

¹²⁶⁵ Вид. чл. 82. ст. 1. ПЗ.

¹²⁶⁶ Схватање наше судске праксе како суд не може одлучивати уместо родитеља о "питањима која битно утичу на живот детета" са пуним правом се критикује у делу наше правне теорије. Вид. М. Драшкић (2012), 379.

¹²⁶⁷ Вид. чл. 18. ст. 3. ЗОПП.

несагласност родитеља о поменутом питању губи на значају¹²⁶⁸. Са друге стране, ако родитељи не могу постићи споразум о располагању имовином детета велике вредности, несагласност једног од родитеља представља апсолутно *veto* на предузимање поменутог правног посла. Идентичне последице постоје и уколико се оба родитеља не могу сагласити са усвојењем детета. За разлику од појединих држава, у нашем праву се не може несагласност једног родитеља са усвојењем детета заменити судском одлуком.¹²⁶⁹

Дакле, значај родитељске сагласности је различит у зависности од природе "питања која битно утичу на живот детета" и веома је тешко предвидети опште решење за случај немогућности родитеља да се споразумеју. Посебно је специфично питање промене пребивалишта детета, јер одлука о наведеном питању у великој мери утиче на право родитеља који не врши родитељско право да одржава личне односе са дететом, као и на истоимено право детета да са овим родитељем остварује контакт. Истовремено, питање промене пребивалишта тиче се и слободе кретања родитеља који врши родитељско права, што поменути проблем чини врло сложеним. Сходно томе, одлука о промени пребивалишта у већини случајева захтева измену начина вршења родитељског права, што не мора бити случај са одлукама о осталим "питањима која битно утичу на живот детета". На пример, ако се родитељ који самостално врши родитељско право одсели са дететом у место које је значајно удаљеније од пребивалишта другог родитеља, измениће се и начин одржавања личних односа детета са поменути родитељем. У таквим случајевима, француско право захтева да суд истовремено одлучи како ће родитељи поделити путне трошкове, као и да прилагоди допринос за издржавање детета новим околностима.¹²⁷⁰

Већина европских законодавстава прописује како ће у случају несагласности родитеља о промени пребивалишта детета о томе одлучивати суд, руководећи се "најбољим интересом детета".¹²⁷¹ Истовремено, у европским правним системима често се прави разлика између промене пребивалишта детета у оквиру националне јурисдикције и одвођења детета у инострану државу, при чему државе, по правилу, показују више разумевања према промени пребивалишта унутар државних

¹²⁶⁸ Чл. 62. ст. 2. ПЗ

¹²⁶⁹ На пример, вид. чл. 228. ст. 2. Холандског грађанског законика.

¹²⁷⁰ Вид. чл. 372-2-3. Француског грађанског законика.

¹²⁷¹ Детаљније вид. К. Voele-Woelki, *et al.*, 140.

граница.¹²⁷² Такође, CEFL као експертска Комисија, анализирајући упоредноправна решења, предлаже како у случају несагласности родитеља о питању промене пребивалишта детета треба омогућити надлежном органу да о томе донесе одлуку по захтеву било ког родитеља.¹²⁷³ У том циљу, CEFL предлаже листу чинилаца које би надлежни орган требао узети у обзир приликом доношења одлуке о промени пребивалишта детета. Тако, одговарајући државни орган треба приликом доношења одлуке о промени пребивалишта детета имати у виду: узраст и мишљење детета, право детета да одржава личне односе са родитељем који не врши родитељско право, способност и спремност родитеља да узајамно сарађују, личну ситуацију оба родитеља, географску удаљеност и могућност приступа одређеној локацији, као и слободу кретања лица.¹²⁷⁴ При томе, наведена Комисија не прави разлику између промене пребивалишта детета унутар и изван државних граница.¹²⁷⁵

Може се закључити како ставови Комисије за европско породично право одражавају настојање да се оствари равнотежа између интереса родитеља који самостално врши родитељско право, другог родитеља и детета. Наведену равнотежу може остварити једино суд у одговарајућем поступку где ће се посебно водити рачуна о "најбољем интересу детета", који би имао првенствени значај. Немогућност родитеља који самостално врши родитељско право да промени пребивалиште детета без сагласности другог родитеља може довести до пораста нежељених појава, попут прекограничне отмице деце. Уколико је наведени родитељ у прилици да у другом месту добије бољи посао и обезбеди већи животни стандард себи и детету, несагласност другог родитеља такође може представљати проблем. Насупрот томе, родитељ који се не стара о детету може оправдано стрепети од прекида контакта са дететом у случајевима да ново пребивалиште буде значајно географски удаљено. Из тог разлога, потребно је у нашем законодавству изричито предвидети да ће суд донети коначну одлуку о промени пребивалишта детета у случају одсуства споразума родитеља о поменутом питању. На тај начин, омогућило би се темељно испитивање свих околности случаја и одговарајућа примена принципа "најбољег

¹²⁷² На пример, у државама попут Чешке, Енглеска или Норвешке, родитељ који врши родитељско право може без сагласности другог родитеља променити пребивалиште детета, под условом да је реч о промени пребивалишта унутар државних граница. Вид. *ibid.*, 139. Такође вид. Christina Jeppesen de Boer, "Parental relocation: Free movement rights and joint parenting", *Utrecht Law Review* 2/2008, 81.

¹²⁷³ Принцип 3:21 (2) CEFL Принципа европског породичног права које се тиче родитељских одговорности.

¹²⁷⁴ Принцип 3:21 (2) CEFL Принципа европског породичног права које се тиче родитељских одговорности.

¹²⁷⁵ Вид. С. Jeppesen de Boer, 81,

интереса детета", док би се истовремено утицало на спречавање исхитрених одлука родитеља који самостално врши родитељско право. Због тога се непостојање законских правила којим би се регулисале последице несагласности родитеља о промени пребивалишта детета може сматрати недостатком нашег породичног законодавства.

Међутим, као што је речено, не може се одсуство сагласности о свим питањима која се могу подвести под поменути правни стандард третирати једнако. Уколико би се прихватило опште решење према којем би у случају несагласности родитеља о "питањима која битно утичу на живот детета" одлучивао суд, то би значило како би се одсуство сагласности једног родитеља са усвојењем детета могло заменити одлуком суда у складу са "најбољим интересом детета". Такво решење тешко се може прихватити, јер би значило губитак родитељског права за родитеља који је одбио пристати на усвојење детета.¹²⁷⁶

У Преднацрту грађанског законика предлажу се одређене алтернативе за случај да се родитељи детета не могу сагласити о "питањима која битно утичу на живот детета". Према првом решењу које се предлаже, у случају несагласности родитеља о наведеним питањима одлуку доноси суд, премда постоје предлози да у наведеним ситуацијама одлуку доноси орган старатељства, као и да поменуто питање остане нерегулисано.¹²⁷⁷

За последње две варијанте из Преднацрта тешко се може рећи да одговарају принципу "најбољег интереса детета". Наиме, због значаја питања вршења родитељског права и далекосежности последица одлука о "питањима која битно утичу на живот детета", у обзир би могла доћи једино судска надлежност за спорове родитеља у вези доношења одлуке о овим питањима. Тачније, са аспекта "најбољег интереса детета", најпримереније би било предвидети како ће у случају да се родитељи не могу сагласити о "питањима која битно утичу на живот детета" одлуку о томе донети суд, осим ако се законом другачије не предвиђа. Другим речима, законодавац треба изричито навести случајеве где се пристанак једног родитеља не

¹²⁷⁶ Законодавства која превиђају могућност да суд својом одлуком замени сагласност другог родитеља за усвојење детета, по правилу, таксативно наводе изузетке када се на овај начин усвојење може засновати. Поменути изузеци обично одговарају разлозима за лишење родитељског права. Вид. чл. 228. ст. 2. Холандског грађанског законика. Међутим, ПЗ захтева да се родитељ претходно лиши родитељског права, односно права да одлучује о "питањима која битно утичу на живот детета", како се његова сагласност не би тражила. Вид. чл. 96. ст. 1 и 2. ПЗ. Решење из нашег законодавства више одговара принципу "најбољег интереса детета", имајући у виду далекосежност последица усвојења по развој детета.

¹²⁷⁷ Вид. алтернативе за чл. 98. Преднацрта грађанског законика Србије.

може заменити судском одлуком, као што је то учинио код сагласности родитеља за усвојење.¹²⁷⁸ Тако би се истовремено омогућило уважавање различитог карактера "питања која битно утичу на живот детета" и обезбедило остваривање принципа "најбољег интереса детета" приликом одлучивања о поменутих питањима.

2.2.3. Право родитеља који не врши родитељско право да одржава личне односе са дететом

2.2.3.1. Појам, садржина и успостављање права родитеља који не врши родитељско право да одржава личне односе са дететом

За родитеља који не врши родитељско право најчешће се каже да се фактички не стара о детету, при чему се у првом реду има у виду старање о личности детета. Међутим, у одговарајућим међународним уговорима и европским националним законодавствима таквом родитељу се признаје право да са дететом одржава личне односе.¹²⁷⁹ На тај начин, "обезбеђује се одржавање везе детета и родитеља са којим дете не живи, у циљу неговања и развијања осећања љубави и пажње између њих, а истовремено се родитељу који не врши родитељско право омогућава да прати, контролише и утиче на васпитање детета".¹²⁸⁰ Другим речима, контакт са дететом омогућава родитељу који не врши родитељско право да се посвети детету и утиче на његов развој.¹²⁸¹

У нашем породичном законодавству родитељ који има право на одржавање личних односа са дететом се означава као "родитељ који не врши родитељско право", односно родитељ "који не живи са дететом", како би се раздвојио од родитеља који самостално врши родитељско право.¹²⁸² Међутим, ниједан термин није у потпуности одговарајући, што показује колико је положај овог родитеља специфичан. Као што је речено, право на контакт са дететом омогућава родитељу увид и одређени утицај на развој детета. Са друге стране, родитељ који не живи са

¹²⁷⁸ Вид. чл. 96. ПЗ.

¹²⁷⁹ Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 164 - 166.

¹²⁸⁰ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 463/07, од 28. фебруара 2007. године, Судска пракса, мај 2008, 24.

¹²⁸¹ Вид. BVerfGE 121, 69 од 1. априла 2008. године - 1 BvR 1620/04, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 815.

¹²⁸² Вид. чл. 78. ст. 3. и чл. 61. ст. 2. ПЗ.

дететом може се заједнички старати о детету уколико закључи са другим родитељем споразум о заједничком вршењу родитељског права који би био у "најбољем интересу детета".¹²⁸³ Због тога би можда родитељу, као титулару права на одржавање личних односа са дететом, највише одговарао израз "родитељ који има различито пребивалиште од детета".

У значајном броју европских законодавства сматра се како право родитеља на одржавање личних односа са дететом представља истовремено и његову дужност.¹²⁸⁴ У том смислу, енглески правник Бајнам истиче како говорити о контакту као праву родитеља не може имати смисао уколико се одржавање личних односа са дететом не посматра и у контексту обавеза које наведени родитељ дугује детету.¹²⁸⁵ Наведену концепцију прихвата и ПЗ према којем родитељи имају право и дужност да се старају о детету.¹²⁸⁶ Схватање о дужности родитеља да одржава лични однос са дететом проистиче из принципа о заједничкој одговорности родитеља за подизање деце, односно из родитељског права као функције која се врши у "најбољем интересу детета" и чије вршење се надзире од стране државе.¹²⁸⁷

Међутим, поједина, истина малобројнија европска законодавства, заузимају став како може постојати само право, али не и дужност родитеља да одржава личне односе са дететом.¹²⁸⁸ Основно полазиште наведених правних система јесте да се родитељ не може принудити да остварује контакт са дететом, јер овакво одржавање личних односа не би било у "најбољем интересу детета".¹²⁸⁹ Насупрот томе, дужност родитеља да одржава личне односе са дететом подразумева како ће родитељ сносити одговарајуће санкције уколико своје право не врши или га не врши на одговарајући начин. Тако, према нашем породичном законодавству, избегавање родитеља да одржава личне односе са дететом представља грубо занемаривање дужности из

¹²⁸³ У пракси, домаћи судови често само констатују како је споразум о заједничком вршењу родитељског права у "најбољем интересу детета", неретко и без консултовања органа старатељства. Детаљније вид. Тања Китановић, Споразум родитеља о издржавању деце након развода брака", *Правна Ријеч* 2010, 351.

¹²⁸⁴ Н пример, родитељ има дужност одржавати личне односе са дететом у Аустрији, Немачкој, Француској, Италији, Шведској, Швајцарској. Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 172.

¹²⁸⁵ Према Бајнаму, наведена права и обавезе су дубоко укоренење у социјалне норме које одсликавају став огромне већине о важности односа између родитеља и детета. Andrew Bainham, "Contact as a Right and Obligation", *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare* (eds. A. Bainham *et al.*), Hart Publishing, Oxford - Portland 2003, 61.

¹²⁸⁶ Чл. 68. ст. 1. ПЗ.

¹²⁸⁷ Вид. чл. 18. ст. 1. КПД. У том смислу вид. З. Поњавић (2009), 151. Типичан пример родитељског права као функције даје Устав Немачке, где се прописује како је старање и подизање деце природно право родитеља и дужност која првенствено почива на њима, при чему ће држава надзирати родитеље у вршењу ове дужности. Чл. 6. ст. 2. Устава Немачке.

¹²⁸⁸ Реч је о чешком, финском, норвешком и грчком праву. Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 172.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

садржине родитељског права и разлог за потпуно лишење родитељског права.¹²⁹⁰ Међутим, јасно је како родитељ који не жели контакт са дететом губитак родитељског права неће доживљавати као санкцију јер из њему знаних разлога нема интерес да поменуто право врши. Због тога лишење родитељског права суштински представља меру заштите "најбољег интереса детета", а не санкцију за родитеља који одбија контакт са дететом. У наведеним случајевима родитељ губи право услед невршења, чиме се правни односи између детета и родитеља усклађују са фактичким. Држава не може наредити родитељу да одржава контакт са дететом ако му лични морал, емоције, односно осећања допуштају да нема жељу одржавати било какве личне односе са дететом. Сходно томе, може бити говора о праву, али не и дужности родитеља да остварује контакт са својим дететом.

Ипак, специфичност права родитеља на одржавање личних односа са дететом јесте у државној заинтересованости за вршење наведеног права. Наиме, за разлику од већине субјективних грађанских права, држава треба учинити све што је у њеној моћи како би се успоставио и одржавао контакт између родитеља и детета. Зато се може говорити о обавези државе, а не родитеља, да покуша учинити све што је могуће и у складу са принципом "најбољег интереса детета", како би се родитељ приволео одржавати личне односе са дететом. Дакле, реч је о облигацији средства, а не циља на страни државе, која треба предвидети одговарајуће механизме којима би се утицало на родитеља да промени свој став према детету. У том смислу занимљиво је схватање Савезног уставног суда Немачке, који се посебно бавио питањем принудног остваривања личних односа између родитеља који не жели контакт и детета. Аргументација поменутог Суда може бити посебно интересантна за сва законодавства која одржавање личних односа са дететом виде као дужност родитеља, укључујући и наше породично право.

Наиме, према немачком законодавству, родитељ има право, али и обавезу да одржава личне односе са дететом.¹²⁹¹ Сходно томе, немачким Законом о ванпарничном поступку (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) предвиђа се како суд може изрећи новчану казну у износу до 25 000 евра родитељу који својеволно одбија одржавати контакт са дететом.¹²⁹² Ипак, суд је у обавези да пре изрицања новчане казне упозори родитеља на могуће последице

¹²⁹⁰ Вид. чл. 81. ст. 3. тач. 3. ПЗ.

¹²⁹¹ Вид. пар. 1684. ст. 1. Немачког грађанског законика.

¹²⁹² Вид. чл. 33. ст. 1. Закона о ванпарничном поступку Савезне Републике Немачке - FGG.

неизвршавања обавезе одржавања личних односа са дететом.¹²⁹³ Савезни уставни суд Немачке је поводом захтева оца који није желео контакт са дететом рођеним изван брака закључио да "уколико су принудне мере неопходне како би се присилио невољни родитељ да одржава контакт са дететом, такав контакт генерално није у најбољем интересу детета".¹²⁹⁴ Ипак, у изузетним случајевима, принудне мере могу бити оправдане ако постоје довољне индикације како ће овакав контакт бити у складу са принципом "најбољег интереса детета".¹²⁹⁵ У средишту пажње Суда био је сукоб између права родитеља на заштиту своје личности, у смислу права на поштовање приватности, и обавезе родитеља да одржава личне односе са својим дететом у контексту "најбољег интереса детета".

Основно полазиште Суда је како наметање родитељу да против своје воље одржава личне односе са дететом није у "најбољем интересу детета". Најпре, право на приватност обухвата и породичну сферу, као и личне односе које одређено лице има са члановима своје породице, укључујући однос између родитеља и детета.¹²⁹⁶ Одбијање родитеља да са својим дететом одржава контакт представља израз његовог личног схватања родитељства и емотивног односа према детету. Због тога би наметање одржавања личних односа са дететом било нарушавање права на поштовање приватне сфере наведеног родитеља. Међутим, право родитеља на заштиту приватности може се ограничити из општег интереса, односно у циљу заштите права других лица.¹²⁹⁷ Због тога је оправдано обавезати родитеља да одржава личне односе са дететом, чак и по цену нарушавања његове приватне сфере, ако би то било у "најбољем интересу детета".¹²⁹⁸ Упркос томе, не може се очекивати како би претња новчаном казном родитељу који одбија контакт са дететом служила наведеној сврси, јер присилни контакт не би доприносио развоју личности детета.¹²⁹⁹ Ако родитељ упорно одбија одржавати личне односе са дететом и не мења свој одбојни став, дете са таквим контактом не би искусило родитељску топлину и наклоност, што је и сврха контакта.¹³⁰⁰ Напротив, осећало би се одбаченим, што би могло представљати велики ризик по самопоштовање детета. Из тог разлога, судови морају у сваком конкретном случају испитати да ли су принудне мере против

¹²⁹³ Вид. чл. 33. ст. 3. FGG.

¹²⁹⁴ BVerfGE 121, 69, од 1. априла 2008. - 1 BvR 1620/04, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 804.

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ Вид. *ibid.*, 812.

¹²⁹⁷ Вид. *ibid.*, 813.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, 816.

¹²⁹⁹ Вид. *ibid.*, 818.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, 819.

родитеља који одбија контакт у "најбољем интересу детета".¹³⁰¹ Такав случај ће постојати једино ако постоји могућност да ће се родитељ отворити према детету, те да сусрет неће имати за последицу штету по добробит детета. Приликом процене суд ће нарочито узети у обзир постојање и дуготрајност претходног личног односа између родитеља и детета, психичку стабилност, жеље и узраст детета, као и мишљење одговарајућег стручњака, односно вештака.¹³⁰² Сусрет између детета и родитеља би се на овај начин требао организовати у присуству социјалног радника и не би се требао понављати ако је родитељ истрајан у својим ставовима да одбија контакт.¹³⁰³

Дакле, Савезни уставни суд Немачке настоји бранити у мери у којој је то могуће концепцију о одржавању личних односа са дететом као дужности родитеља. Наведена концепција настоји се одржати кроз механизам где би суд или орган старатељства поменутом родитељу предочили последице одбијања контакта са дететом и приволели га да евентуално пристане макар једном видети дете уз присуство одговарајућег стручног лица. Насупрот томе, свако изрицање новчане казне за родитеља који не жели одржавати личне односе са дететом тешко може наћи пут до свог циља.

Као што родитељ који се не стара о детету има право на одржавање личних односа, тако је и дете титулар права на контакт са родитељем код кога не живи.¹³⁰⁴ Реч је о једном од основних права деце из групе права на обезбеђење, које је од немерљивог значаја за развој детета. У том смислу, КПД изричито прописује како ће "државе-уговорнице поштовати право детета које је раздвојено од једног или оба родитеља да са њима редовно одржава личне односе, осим ако је то у супротности са најбољим интересом детета".¹³⁰⁵ Према професору Бајнаму, однос између права детета да одржава личне односе са родитељима и обрнутог права родитеља почива на "принципу узајамности" ("*mutuality principle*").¹³⁰⁶ Наведени аутор истиче како узајамност између права детета и права родитеља има двоструки вид. Најпре, из права детета истовремено произилази дужност за родитеља и обратно. Друго, право родитеља подразумева и одговорност уколико се не врши на одговарајући начин,

¹³⁰¹ Вид. *ibid.*, 823.

¹³⁰² Вид. *ibid.*, 811, 821 - 822.

¹³⁰³ Вид. *ibid.*, 808.

¹³⁰⁴ У енглеском законодавству, одржавање личних односа се формулише искључиво као право детета, а не родитеља. Вид. К. Voelke-Woelki *et al.*, 171.

¹³⁰⁵ Чл. 9. ст. 3. КПД.

¹³⁰⁶ Вид. А. Vainham (2003), 74.

при чему исто треба важити и за дете.¹³⁰⁷ Међутим, одговорност детета и родитеља да врше наведено право није иста, превасходно због значаја који се даје партиципацији детета, односно праву детета на мишљење. На пример, према домаћем породичном законодавству, дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи.¹³⁰⁸ Наведеним правилом успоставља се правна претпоставка како је дете старије од 15 година достигло задовољавајућу зрелост да може да одлучује о одржавању личних односа самостално, без законског заступника.¹³⁰⁹ Уколико је дете млађе од 15 година, мишљење детета је и даље веома значајан фактор приликом одлучивања о начину одржавања контакта у складу са зрелошћу детета и способношћу да самостално формира мишљење. С обзиром да поменуто дете живи са једним родитељем, могућност манипулације детета од стране родитеља који самостално врши родитељско право је значајно увећана, о чему се посебно мора водити рачуна.

Може се закључити како се тешко може говорити о узајамности права детета и права родитеља уколико се право родитеља на контакт са дететом посматра као дужност. Наиме, не постоји у потпуности истоврсна дужност детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи. Са друге стране, родитељу који не жели виђати дете тешко се принудним мерама може наметнути одржавање личних односа. Дакле, превасходно се може говорити о постојању два права напореда, односно права детета на контакт са родитељем и обратно, права родитеља да одржава личне односе са дететом. При томе, обавеза детета је корелативна са правом родитеља на одржавање личних односа и обрнуто. Међутим, одговорност детета за невршење обавезе која одговара праву родитеља на одржавање личних односа не може имати исти домашај као одговорност родитеља који не врши своју обавезу сходно праву детета на контакт. Дете се не може лишити свог права на одржавање личних односа као што може родитељ који наведено право одбија вршити. Ипак, у

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ Чл. 61. ст. 4. ПЗ. Поједина законодавства, попут холандског, финског или шведског, предвиђају још нижу старосну границу од 12. година за одлучујући карактер мишљења детета о начину одржавања личних односа са родитељем са којим не живи. Вид. К. Voelke-Woelki *et al.*, 187 - 188.

¹³⁰⁹ Марија Драшкић, "Право детета на одржавање личних односа са блиским особама", *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (пр. С. Лилић) 2011, 90. Према становишту наше судске праксе, право деце старије од 15 година да одржавају личне контакте са родитељем по међусобном договору је њихово изворно законско право за чије вршење није потребна судска интервенција, односно посебна парница. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2. 95/11 од 16. фебруара 2011. године.

пракси наведена разлика тешко може доћи до изражаја, јер се родитељ не може присилити да одржава контакт са дететом. Из тог разлога, одржавање личних односа са дететом треба посматрати као право родитеља које садржи одређене елементе дужности који представљају моралну, а не правну облигацију. Са друге стране, одржавање личних односа са родитељем јесте право детета и дужност у мери у којој то захтева "најбољи интерес детета". При томе, самостално исказано мишљење детета способног за расуђивање представља фактор који може довести до потпуног укидања обавезе детета на контакт са родитељем у зависности од узраста и зрелости детета. На тај начин, "најбољи интерес детета" представља двосмерни колосек за ограничавање како права детета на одржавање личних односа са родитељем, тако и обратно, права родитеља на контакт са дететом. У првом случају, упорно одбијање и одбојност родитеља према контакту са дететом утиче на несагласност одржавања личних односа са принципом "најбољим интересом детета". У другој ситуацији, вредност партиципације детета унутар поменутог принципа, може чинити непремостиву препреку за родитеља који настоји остварити право на контакт са дететом. О ограничењима наведеног права родитеља у складу са принципом "најбољег интереса детета", биће још речи у делу који следи.

Изрази "контакт" и "одржавање личних односа" уобичајено се посматрају као синоними.¹³¹⁰ У том смислу, право родитеља, односно детета на контакт обухвата не само право детета да виђа свог родитеља, већ и право да са њим одржава личне односе на сваки могући начин (телефоном, писмима, путем електронских комуникација).¹³¹¹ На сличан начин "контакт" дефинише и CEFL. Наведена Комисија истиче свеобухватну димензију "контакта", као боравка детета код родитеља у ограниченом временском периоду, као и било ког облика комуникације између детета и родитеља са којим дете не живи.¹³¹² Још свеобухватнију дефиницију "контакта" даје Европска Конвенција о контакту са децом из 2003. године. Тако, према наведеном међународном уговору, "контакт" између родитеља и детета

¹³¹⁰ Насупрот томе, у нашој правној теорији има ставова како је израз "контакт" ужи од термина "одржавање личних односа". У том смислу, наводи се како право одржавања личних односа обухвата "боравак детета краћи или дужи период времена код родитеља који не врши родитељско право...што је уједно према градацији одржавања личних односа детета и родитеља који не врши родитељско право, највећи степен остваривања наведеног права". Са друге стране, право на контакт "подразумева право на састанке". Урош Новаковић, "Обим контакта између детета и родитеља који не врши родитељско право након развода брака", *Правни живот* 10/2013, 188.

¹³¹¹ М. Драшкић (2011), 87.

¹³¹² Вид. Принцип 3:26 (1) CEFL Принципа европског породичног права који се тичу родитељских одговорности.

укључује и пружање информација родитељу о детету са којим не живи, као и детету о родитељу који не врши родитељско право.¹³¹³ Замисао твораца ЕККД јесте да се сви контакти родитеља са дететом и обратно, исказују на три основна нивоа. Најпре, први ниво "контакта" подразумева непосредан контакт родитеља са дететом, односно контакт лицем у лице.¹³¹⁴ Други ниво "контакта" обухвата остале облике комуникације који не подразумевају директан контакт лицем у лице.¹³¹⁵ Коначно, трећи и последњи ниво "контакта" укључује пружање информација о детету, односно родитељу, без њиховог непосредног комуницирања (слање скорашњих фотографија, копије школског сведочанства или медицинских налаза).¹³¹⁶ Овај облик контакта користи се најчешће као допуна за претходна два нивоа одржавања личних односа између родитеља и детета.¹³¹⁷ Такође, наведени вид контакта ће постојати и у случајевима када због "најбољег интереса детета" није могуће остваривати прва два нивоа контакта између родитеља и детета. Према нашем законодавству, право на одржавање личних односа обухвата само прва два нивоа контакта, јер би у супротном и родитељу који је лишен родитељског права припадао сегмент права на одржавање личних односа са дететом.

Право родитеља да одржава личне односе са дететом у нашем праву се увек утврђује судском одлуком о вршењу родитељског права, која може представљати потврду споразума родитеља или процену суда како у случају несагласности родитеља један од њих треба самостално вршити родитељско право. Другим речима, истовремено са одлуком о самосталном вршењу родитељског права, суд мора одлучити и о начину одржавања личних односа између родитеља и детета.

У зависности од тога да ли је између родитеља претходно постојала заједница живота могу се разликовати две групе случајева заснивања права родитеља да одржава личне односе са дететом. Најпре, право родитеља на контакт са дететом може настати као последица судске одлуке о разводу брака или о вршењу родитељског права након раскида ванбрачне заједнице. У том смислу, одлука суда може представљати одобрење споразума родитеља или процену суда о самосталном вршењу родитељског права у случају несагласности родитеља. Када се право родитеља на одржавање личних односа са дететом успоставља по престанку

¹³¹³ Вид. чл. 2 (а) Европске Конвенције о контакту са децом, донете 15. маја 2003. године под окриљем Савета Европе - ЕККД. Наша држава није потписница поменуте Конвенције.

¹³¹⁴ Вид. Art. 2. Explanatory Report for Convention on Contact concerning Children,

¹³¹⁵ *Ibid.*

¹³¹⁶ *Ibid.* У том смислу вид. М. Драшкић (2011), 93.

¹³¹⁷ Вид. *ibid.*

заједнице живота, наведени родитељ је, по правилу, веома заинтересован за остваривање контакта са дететом, с обзиром да се претходно између њих развио одређени емотивни однос. Међутим, право родитеља на одржавање личних односа са дететом може се засновати и у ситуацијама када родитељи никада нису живели заједно. Уколико је очинство детета рођеног ван брака утврђено судском одлуком, суд ће у пресуди којом се утврђује очинство по службеној дужности одлучити и о начину вршења родитељског права, односно одржавању личних односа између оца и детета.¹³¹⁸ Са друге стране, ако се порекло детета према оцу утврдило признањем, потребно је да суд у посебном поступку одлучи о вршењу родитељског права, односно одржавању контакта између родитеља и детета. У таквим случајевима идеално је да поступак иницирају заједнички сами родитељи тако што ће суду поднети споразум о самосталном вршењу родитељског права, који би обухватао и начин одржавања личних односа између родитеља, односно оца и детета.¹³¹⁹ Међутим, могуће је како такав споразум не могу постићи, те је тада потребно да један од родитеља поднесе захтев суду ради доношења одлуке о самосталном вршењу родитељског права. Важно је напоменути како је "у најбољем интересу детета" да се правно утврди и обликује самостално вршење родитељског права, јер фактичко вршење овог облика родитељског старања може створити несигурност у односима између родитеља, односно између родитеља и детета. Посебно треба узети у обзир како се судском одлуком о самосталном вршењу родитељског права не одлучује само о одржавању контакта са дететом, него и о издржавању детета. Из тог разлога би, уколико ниједан од родитеља не покрене поступак, орган старатељства требао поднети тужбу за вршење родитељског права како би се правно уредило питање издржавања и контакта детета са родитељем који не врши родитељско право.

У случајевима када између родитеља претходно није постојала заједница живота, дете најчешће нема успостављен емотивни и лични однос са родитељем који не врши родитељско право. У таквим ситуацијама, право родитеља на контакт са дететом подложно је већим ограничењима него када се ради о детету са којим је родитељ већ живео и успоставио лични однос. Поменута ограничења ће у највећој мери зависити од мишљења детета, воље и понашања родитеља који не врши родитељско право, као и родитеља који се о стара о детету. У сваком случају, што је

¹³¹⁸ Вид. чл. 260 . ст. 1. ПЗ.

¹³¹⁹ Постизање споразума о самосталном вршењу родитељског права указивало би у наведеној ситуацији и на спремност мушкарца чије је очинство засновано признањем да остварује личне односе са дететом.

дете старије у моменту утврђивања порекла признањем, биће теже очекивати да се лични однос између родитеља и наведеног детета успостави.

2.2.3.2. Ограничење права родитеља који не врши родитељско право да одржава личне односе са дететом

Право родитеља, као и право детета на одржавање личних односа може бити ограничено или искључено судском одлуком ако је таква одлука у "најбољем интересу детета". Могућност ограничавања или ускраћивања контакта између детета и родитеља из разлога "најбољег интереса детета" изричито се предвиђа у КПД, ЕККД и великом броју националних законодавстава, укључујући и наше породично право.¹³²⁰ Такође, Европски суд за људска права има богату праксу доношења одлука о ограничавању права на одржавање личних односа између родитеља и детета, по основу заштите права на приватни и породични живот из ЕКЉП.¹³²¹

Право родитеља који не врши родитељско право на контакт са дететом може се ограничити или искључити само из озбиљних разлога, који се најчешће везују са одређено понашање родитеља који са дететом не живи или мишљење детета. Такође, изван утицај на вршење права на одржавање личних односа са дететом може имати и интерес родитеља који самостално врши родитељско право. При томе, ограничење права родитеља на одржавање личних односа са дететом обично подразумева остваривање контакта у присуству трећег лица, које може бити социјални радник, али и сродник, односно члан породице детета.¹³²² Наведени облик ограничења одржавања личних односа прати и квантитативно умањивање контакта, тако да се одржавање личних односа своди на сусрете родитеља са дететом на одговарајућем месту и у посебно прописаним условима.¹³²³ Основни критеријум приликом избора начина за ограничење контакта између родитеља и детета јесте "најбољи интерес детета".

Право родитеља на одржавање личних односа са дететом може се ограничити због одређеног понашања или поступака родитеља који представљају

¹³²⁰ Вид. чл. 9. ст. 3. КПД ; чл. 4. ст. 2. ЕККД; вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 186 - 187 ;чл. 61. ст. 2. ПЗ.

¹³²¹ Вид. S. Choudhry, J. Herring, 244 - 246.

¹³²² Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 188.

¹³²³ Вид. Олга Јовић, "Право детета на контакт са родитељем са којим не живи", *Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног*" (пр. Г. Марковић), Зборник радова са међународног научног скупа одржаног 29. јуна 2012. године на Палама, Источно Сарајево 2012, 107.

опасност за психофизички развој детета. Најчешће је реч о поступцима родитеља који се могу окарактерисати као насиље у породици или злостављање детета. У том смислу, ПЗ прописује како суд може донети одлуку о ограничавању права детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи ако постоје разлози да се тај родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права или у случају насиља у породици.¹³²⁴ Дакле, домаћи законодавац, као и већина европских, посматра одржавање личних односа превасходно кроз призму права детета и дужности родитеља, те се правило о ограничавању контакта односи на право детета.

Из наведене формулације приметна је намера нашег законодавца да суду остави значајни дискрециони простор за одлучивање, односно тумачење "најбољег интереса детета" приликом доношења одлука о ограничавању контакта између родитеља и детета. Наиме, није потребно да је родитељ који не живи са дететом претходно судском одлуком лишен родитељског права како би се његово право на одржавање личних односа са дететом могло ограничити.¹³²⁵ Сходно томе, разлози за лишење родитељског права овде служе као елементи за процену "најбољег интереса детета" приликом одлучивања о ограничавању контакта између родитеља и детета. Са друге стране, ПЗ посебно истиче како ће се право родитеља, односно детета на одржавање личних односа ограничити и у случајевима насиља у породици. У наведеним случајевима, суд који одлучује о ограничавању права родитеља на контакт са дететом може истовремено поменутог родитеља лишити родитељског права или изрећи неку од мера породичноправне заштите од породичног насиља.¹³²⁶ Поменуте мере суд треба уподобити начину на који је контакт између родитеља и детета ограничен.

Општа формулација нашег законодавца о разлозима за ограничење одржавања личних односа између родитеља који не врши родитељско право и детета није добра и може изазвати одређену правну несигурност. Наиме, упућивање на разлоге за лишење родитељског права као основа за ограничење контакта, налаже да суд у спору за вршење родитељског права мора претходно утврдити да ли постоје разлози за лишење родитељског права, односно радња насиља у породици како би се могао ограничити контакт између родитеља и детета. Уколико наведени разлози и радње постоје, суд би морао истовремено одлучити о лишењу родитељског права

¹³²⁴ Чл. 61. ст. 3. ПЗ.

¹³²⁵ Вид. М. Драшкић (2011), 91.

¹³²⁶ У том смислу вид. чл. 273. ст. 3. ПЗ.

или изрећи меру породичноправне заштите од насиља у породици. У супротном, могло би се десити да суд утврди како постоје разлози за потпуно лишење родитељског права на страни родитеља који не живи са дететом, али уместо тога доноси одлуку о ограничавању контакта између родитеља и детета. Другим речима, суд не може установити како одређени поступци родитеља који не врши родитељско право одговарају разлозима за лишење родитељског права или радњама насиља у породици, а да истовремено не донесе одлуку о лишењу родитељског права, односно изрекне меру заштите од породичног насиља. У појединим случајевима могуће је одлуку о делимичном лишењу родитељског права или о одређеним мерама заштите од породичног насиља уподобити ограниченом контакту између родитеља и деце, али то није увек могуће. Из тог разлога, боље решење је било да је законодавац само кроз најопштију норму предвидео како се контакт између родитеља и детета може ограничити у обиму који одговара "најбољем интересу детета", као што је то учинило немачко право.¹³²⁷ На тај начин, судовима би се омогућило да на свеобухватан начин примењују концепт "најбољег интереса детета", без потребе да претходно утврђују постојање разлога за лишење родитељског права, односно поступке насиља у породици.

Веома значајан фактор приликом одлучивања о ограничавању контакта између родитеља и детета јесте и мишљење детета. Као што је речено, у нашем праву, укључујући неколицину других европских законодавстава, мишљење детета може имати одлучујући значај уколико се ради о детету одређеног узраста способном формирати своје мишљење.¹³²⁸ Друге државе избегавају везати значај мишљења детета за његове године, те се прописује како је мишљење детета нарочито значајно ако је оно достигло довољан степен зрелости.¹³²⁹ Са друге стране, Европски суд за људска права има врло неуједначену судску праксу по питању значаја који се даје мишљењу детета приликом одлучивања о ограничавању контакта са родитељем у контексту права на породични живот наведеног родитеља или детета.

¹³²⁷ Вид. пар. 1684. Немачког грађанског законика. Слично решење сугерише и CEFL, наводећи да се контакт може ограничити, ускратити или потчинити одређеним условима од стране надлежног органа ако то захтева "најбољи интерес детета". Принцип 3:28 CEFL Принципа европског породичног права који се тичу родитељских одговорности.

¹³²⁸ Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 187.

¹³²⁹ На пример, таква правила постоје у немачком, данском, шпанском, руском или енглеском праву. Вид. *ibid.*

Тако се у одлуци у случају *C. v. Finland*, Суд изјаснио против давања одлучујућег значаја мишљењу детета, без обзира на његов узраст, а да се при томе уопште не узму у обзир интереси родитеља који не живи са дететом.¹³³⁰ У поменутом случају, оба детета старија од 12 година су се изричито изјаснила како не желе одржавати лични однос са оцем детета.¹³³¹ Европски суд за људска права је признао како у практичном смислу, у одређеној фази развоја детета може постати бесмислено, контрапродуктивно и штетно настојати да се дете присилно потчини одређеној ситуацији, без обзира на разлог његовог опирања.¹³³² Међутим, питање значаја који ће се дати мишљењу детета морало се испитати детаљније него што су то учиниле финске власти. Мишљењу детета дао се одлучујући значај, а да суд није извео нити један доказ којим би покушао утврдити да ли би већу штету деца имала ако се усвоји захтев оца или би значајнију штету претрпела ако се прихвати захтев партнерке покојне мајке деце са којом су деца наставила живети у Финској.¹³³³ При томе, финске власти су пропустиле на било који начин узети у обзир право оца да са децом одржава личне односе, те су практично у потпуности ускратиле децу за одржавање личних односа са родитељем.¹³³⁴ Суд је констатовао како је одлука донета на начин који је оставио подносиоца представке у убеђењу како је партнерки покојне мајке деце омогућено да манипулише децом и правосудним системом.¹³³⁵ Из тог разлога, Суд је закључио како финске власти нису успеле својом одлуком остварити правичну равнотежу између интереса наведених лица, што представља неоправдано мешање у право оца на породични живот.¹³³⁶

Штавише, у случају *Nanning v. Germany*, Европски суд за људска права је проценио како противљење ћерке која је навршила 16 година да мајка са њом одржава личне односе није довољан разлог да се контакт ограничи или искључи.¹³³⁷ Суд је приликом доношења одлуке констатовао како државе-уговорнице имају уско поље слободне процене у смислу ограничавања права родитеља на личне односе са

¹³³⁰ Европски суд за људска права је истакао како се у таквим случајевима детету признаје безусловно, односно апсолутно *veto* на право родитеља који не живи са дететом на одржавање личних односа. Вид. пара. 58. случаја *C. v. Finland* [18249/02] од 9. маја 2006. године, при чему је одлука постала правноснажна 9. августа 2006.

¹³³¹ Вид. *ibid.*, пара. 47.

¹³³² *Ibid.*, пара. 57.

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ Вид. *ibid.*

¹³³⁵ *Ibid.*

¹³³⁶ Вид. *ibid.*, пара. 59.

¹³³⁷ Вид. пара. 26, пара. 77. случаја *Nanning v. Germany* [39741/02] од 12. јула 2007. године, а одлука је постала правноснажна 12. октобра 2007.

дететом, те се позвао на мишљење судског вештака који је проценио да је одржавање контакта између мајке и ћерке неопходно за добробит детета.¹³³⁸

Међутим, у својој одлуци у случају *Kaletka v. Poland* из 2008. године, Европски суд за људска права заузео је другачији став у односу на нека ранија тумачења о утицају мишљења детета на одржавање личних односа са родитељем.¹³³⁹ Тако, Суд је проценио како мишљење ћерке која је навршила 16 година да не жели одржавати личне односе са оцем представља мишљење зреле особе и треба имати одлучујући значај, те се не може говорити о нарушавању права подносиоца представке на породични живот.¹³⁴⁰

Дакле, приметна је одређена непостојаност, чак и недоследност праксе Европског суда за људска права по питању утицаја мишљења детета на ограничавање права родитеља на контакт са дететом. Наведена несталност праксе Суда у Стразбуру последица је сукоба измењене концепције "најбољег интереса детета" са основним полазиштем Суда приликом одлучивања о праву на породични живот из ЕКЉП. Наиме, са једне стране, Комитет за права детета континуирано промовише право детета на мишљење у кључног чиниоца за одређивање садржине "најбољег интереса детета". Са друге стране, Европски суд за људска права полази од равноправности свих чланова породице приликом одлучивања о постојању, односно нарушавању права на породични живот.¹³⁴¹ Због тога је циљ Суда остваривање правичне равнотеже између свих титулара људских права који су учесници конкретног породичноправног односа, што захтева свеобухватну анализу у којој "најбољи интерес детета" нема тако доминантан положај.¹³⁴² Остваривање поменуте равнотеже је неопходно јер и родитељу, једнако као детету, припада право на породични живот из ЕКЉП.¹³⁴³ Ипак, несумњиво је како се мишљењу детета мора дати посебан значај, при чему ће Суд нарочито обратити пажњу на аутентичност исказаног мишљења детета.¹³⁴⁴

Истинитост, односно изворност мишљења детета посебно се ставља на пробу у случајевима спора о одржавању личних односа између родитеља који не живи са дететом и детета. Наиме, у атмосфери сукоба између родитеља и условима

¹³³⁸ Вид. *ibid.*, para. 64, para. 77.

¹³³⁹ Вид. случај *Kaletka v. Poland* [11375/02] од 16. децембра 2008. године, а одлука је постала правноснажна 6. априла 2009.

¹³⁴⁰ Вид. *ibid.*, para. 34, para. 58 - 59.

¹³⁴¹ Вид. S. Choudhry, 271.

¹³⁴² Вид. *ibid.*, 273.

¹³⁴³ У том смислу вид. S. Choudhry, J. Herring, 245.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, 244.

када дете проводи значајно више времена са родитељем који самостално врши родитељско право, постоји опасност да поменути родитељ манипулише дететом и његовим правом на мишљење. У таквим ситуацијама, родитељ који самостално врши родитељско право фокусиран је на сукоб са другим родитељем, односно својим бившим партнером, при чему се мишљење детета користи као средство међусобног разрачунавања. Типичан пример представља одлука Европског суда за људска права у случају *Sanchez Cardenas v. Norway* из 2007. године.¹³⁴⁵

Подносилац представке је чилеански држављанин који живи у граду Бергену (*Bergen*) у Норвешкој, где ради као васпитач у вртићу и има два сина, Л. и А, рођена 1994, односно 1996. године из ванбрачне заједнице са норвешком држављанком Х. Т. Током 1995. године, дошло је до раскида ванбрачне заједнице између подносиоца представке и мајке његово двоје деце. У јуну 1997, долази до спора око одржавања личних односа са децом, на шта се надовезује кривична пријава коју Х.Т подноси полицији наводећи како је подносилац представке сексуално злостављао старијег сина. Истрага поводом ових навода је обустављена 1998. Током 2000. године, подносилац представке је покренуо поступак у коме је тражио да му се омогући одржавање личних односа са својом децом, па му је у априлу 2001, одобрено да децу виђа сваког викенда и делом за време празника, при чему је суд одбацио наводе о сексуалном злостављању старијег детета. Дошло се до закључка како је мајка измислила злостављање као део стратегије онемогућавања права подносиоца представке на одржавање личних односа са децом. Ипак, у септембру 2002. године, Апелациони суд у Бергену је одлучио ускратити право подносиоцу представке на одржавање личних односа са децом и укинуо је пресуду од априла 2001.

Апелациони суд је разматрао два основа на која се позвала мајка деце како би се подносиоцу представке ускратио контакт са синовима. Први основ било је наводно сексуално злостављање старијег детета, на шта се надовезало и снажно противљење дечака Л. и његов страх од сусрета са оцем, који је изјавио да би се пре убио, него видео свог оца.¹³⁴⁶

Када се ради о првом основу, Апелациони суд је навео како није пресудно да ли је било довољно доказа за кривичну осуду и подсетио како се малолетници не могу излагати било каквом ризику. Сходно томе, наведени Суд је истакао како у

¹³⁴⁵ Вид. случај *Sanchez Cardenas v. Norway* [12148/03] од 4. октобра 2007. године, а одлука је постала правноснажна 4. јануара 2008.

¹³⁴⁶ Према извештају психолога, дечак није могао да објасни зашто осећа толику одбојност према оцу. Вид. *ibid.*, пара. 17.

погледу доступних информација у конкретном случају и чињеници да су дати крајње детаљни описи злостављања, уз јак отпор дечака Л. да види свога оца, Апелациони суд је сматрао како постоје многи елементи који указују да се злостављање заиста десило.¹³⁴⁷ Узимајући у обзир и оштро противљење детета одржавању личних односа са оцем, Апелациони суд у Бергену је разматрао три могуће алтернативе за уређивање питања контакта између оца и деце. Наведене опције су биле: редовно одржавање личних односа између оца и синова, ограничени контакт уз надзор трећег лица и укидање права на одржавање личних односа између оца и деце.¹³⁴⁸ Суд је заузео став како би редовни контакт са оцем узроковао стрес и оптерећење дечаку Л. и његовој мајци, те тако озбиљно угрозио његов развој. Друга алтернатива би такође била стресна за дечака Л. и захтевала би значајне људске и финансијске ресурсе и могла претрпети неуспех. Закључило се како би најкорисније за развој деце било да се подносиоцу представке ускрати право на одржавање личних односа са синовима, што би у конкретној ситуацији одговарало принципу "најбољег интереса детета".¹³⁴⁹

У својој представи, Карденас је, између осталог навео, како му је повређено право на приватан и породични живот, јер је жигосан као сексуални насилник патио од анксиозности и депресије, што потврђују и медицински налази.

Европски суд за људска права је најпре констатовао како ускраћивање права оцу на контакт са својом децом представља мешање у његов породични живот, али како је наведено мешање било "легитимно", јер се заснивало на потреби заштите права и слобода других лица.¹³⁵⁰ Међутим, није јасно зашто другостепени суд помиње како се злостављање могло десити, тако потврђујући сопствену сумњу како је подносилац представке могао починити озбиљно кривично дело, али не бавећи се са тим детаљније.¹³⁵¹ По мишљењу Суда, Апелациони суд је о сексуалном злостављању детета требао расправљати детаљно или се уопште не упуштати у разматрање наведеног питања.¹³⁵² Таква судска одлука је жигосала подносиоца представке и имала крупан утицај на његову част и углед, те створила предубеђење о његовом приватном и породичном животу. Из тог разлога, мешање у породични живот подносиоца представке није било "необходно у демократском друштву". Због тога

¹³⁴⁷ Вид. *ibid.*

¹³⁴⁸ Детаљније вид. *ibid.*

¹³⁴⁹ Вид. *ibid.*

¹³⁵⁰ Вид. *ibid.*, пара. 36.

¹³⁵¹ Вид. *ibid.*, пара. 37.

¹³⁵² *Ibid.*

је Суд закључио како се одговарајући део одлуке другостепеног норвешког суда не може у довољној мери оправдати наведеним околностима, те да је у несразмери са легитимним циљем који следи.¹³⁵³ Сходно томе, Суд је једногласно донео одлуку како је било повреде права на породични живот подносиоца представке.¹³⁵⁴

Из наведеног случаја произилази закључак како оштро, упорно и непомирљиво одбијање детета да одржава личне односе са родитељем, обично води ускраћивању права родитеља на контакт са дететом. Када одбојност детета према родитељу са којим не живи прерасте у мржњу, начин на који је наведено мишљење детета формирано пада у други план. У таквим околностима, родитељ који не врши родитељско право бива немоћан у настојању да оствари личне односе са својим дететом. Основно правило је да се физичка и психичка добробит, односно развој детета не смеју нарушити кроз контакт са одређеним лицем, па био то и родитељ.¹³⁵⁵ Ипак, одређен ниво стреса код детета, узрокован контактом са родитељем, мора се толерисати уколико се процени како став детета није чврсто формиран, те да је наведени родитељ подобан вршити родитељско право.¹³⁵⁶ На тај начин, чини се макар покушај, који не сме исувише дуго трајати, да се заштите дуготрајнији, односно будући интереси детета, а истовремено води се рачуна и о праву родитеља који не врши родитељско право.

У делу правне теорије постоји схватање како се улога родитеља који живи са дететом, најчешће мајке, предимензионирала у смислу стереотипа о њеној манипулативној способности због које децу чини својим "власништвом", односно оруђем.¹³⁵⁷ У прилог томе наводе се резултати одређених истраживања према којима се мајке деце у већини случајева противе контакту детета са оцем због забринутости око његових родитељских капацитета, страхова у вези са породичним насиљем или душевним проблемима наведеног родитеља, као и бојазни од ризика злостављања детета.¹³⁵⁸ Ипак, без обзира што многе основе за негативан став родитеља који живи са дететом према одржавању личних односа између детета и другог родитеља могу

¹³⁵³ *Ibid.*, para. 39.

¹³⁵⁴ *Ibid.*

¹³⁵⁵ Вид. чл. 66. ст. 1. Породичног закона Руске Федерације.

¹³⁵⁶ У том смислу вид. К. Voele-Woelki *et al.*, 187.

¹³⁵⁷ Вид. Helen Rhoades, "The 'No Contact Mother': Reconstructions of Motherhood in the Era of the 'New Father' ", *International Journal of Law, Policy and the Family* 1/2002, 74.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, 75.

бити оправдане, једино суд може имати дискрециони простор да одлучи о ограничавању, односно укидању наведеног контакта.¹³⁵⁹

Противљење родитеља који живи са дететом одржавању контакта између другог родитеља и детета, тешко може имати изгледа за успех у смислу ограничавања или укидања одржавања личних односа уколико није подупрто мишљењем детета. Сходно томе, у многим правима изричито се предвиђа дужност родитеља који живи са дететом да омогући другом родитељу остваривање контакта са дететом.¹³⁶⁰ Штавише, у појединим законодавствима се кривично санкционише онемогућавање родитеља који не врши родитељско право да одржава личне односе са дететом.¹³⁶¹ У том смислу, наш ПЗ наводи спречавање одржавања личних односа детета и родитеља са којим дете не живи као један од видова злоупотребе родитељског права и разлога за потпуно лишење родитељског права.

Доношење одлуке о потпуном лишењу родитељског права у наведеном контексту може бити крајње дискутабилно са становишта "најбољег интереса детета", јер поменута мера представља *de facto* пораз државних институција. Због тога се одлука о потпуном лишењу родитељског права може донети само изузетно, када су све остале могућности за остваривање контакта исцрпљене и када на страни родитеља који живи са дететом постоји читав низ околности које оправдавају наведену меру са аспекта "најбољег интереса детета", укључујући одговарајуће мишљење детета и подобност другог родитеља да самостално врши родитељско право.¹³⁶² Такође, поменута одлука може се донети искључиво ако је родитељу који не врши родитељско право онемогућено, а не отежано да одржава контакт са својим дететом.¹³⁶³

Ситуација може бити посебно тешка приликом извршења одлуке о одржавању контакта између детета и родитеља. Тако, према нашем Закону о извршењу и обезбеђењу, ако родитељ са којим дете живи одбија да преда дете или

¹³⁵⁹ У том смислу, "када је одржавање личних односа уређено правноснажном и извршном судском пресудом, родитељ који врши родитељско право није овлашћен да сам процењује утицај здравственог стања другог родитеља на психофизичко стање детета и да, без озбиљних и оправданих разлога који би могли угрозити интересе детета, својевољно ускраћује одржавање личних односа на начин одређен извршном исправом". Решење Окружног суда у Новом Саду, Гж. 6316/06 од 08. 11. 2006, Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду 12/2007, 148 - 150.

¹³⁶⁰ Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 189.

¹³⁶¹ Кривичноправне санкције се предвиђају у француском и бугарском праву. Вид. *ibid.*, 190.

¹³⁶² У том смислу вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 189.

¹³⁶³ Сходно томе, наш законодавац користи израз "спречавање", а не "ометање" одржавања личних односа у контексту разлога за потпуно лишење родитељског права родитеља који живи са дететом. Вид. чл. 81. ст. 3. ПЗ.

предузима радње са циљем отежавања или онемогућавања спровођења извршења, може му се изрећи новчана казна у распону од 10 000 до 200 000 динара или затворска казна.¹³⁶⁴ На овом месту треба подсетити како се у епицентру сукоба између родитеља који самостално врши родитељско право и родитеља који има право да одржава личне односе са својим дететом увек налази дете. Због тога принудне мере ради спровођења одлуке о одржавању личних односа представљају болну тачку сваког законодавства, кроз коју се истовремено одсликава и његова немоћ. Из тог разлога, у правној литератури критикује се наш законодавац који је пропустио предвидети поступак медијације у случајевима извршења одлуке о остваривању права детета на личне односе са другим родитељем и блиским особама.¹³⁶⁵

2.2.4. Неке специфичности имовинскоправног положаја родитеља који не врши родитељско право

2.2.4.1. Обавеза издржавања детета као израз принципа "најбољег интереса детета"

Одржавање личних односа између родитеља и детета има за циљ превасходно допринети психичком сегменту развоја детета. Међутим, за свеукупно остваривање права детета на живот, опстанак и развој, нужно је задовољити и потребе детета за физичком егзистенцијом и развојем. Сходно томе, посебан значај припада обавези наведеног родитеља да даје допринос по основу издржавања детета.

Дакле, дужност родитеља да издржавају своју децу у правном смислу проистиче из права детета на издржавање, као важном изразу права детета на развој. У том смислу, КПД предвиђа како "родитељ, односно родитељи или друга лица одговорна за дете имају првенствену одговорност да обезбеде, у границама њихових способности и финансијских могућности, услове живота неопходне за развој

¹³⁶⁴ Вид. чл. 51. ст. 1. у вези са чл. 228. ст. 1. Закона о извршењу и обезбеђењу - "Службени гласник РС", бр. 31/2011, 99/2011 и 109/213 - одлука УС. Детаљније вид. М. Драшкић (2011), 97.

¹³⁶⁵ Вид. М. Драшкић (2011), 98.

детета".¹³⁶⁶ У складу са тим, наше породично законодавство изричито предвиђа како дете има право на издржавање од родитеља.¹³⁶⁷

Обавеза издржавања детета почива првенствено на родитељима детета, али се њено постојање нужно не везује за вршење, па чак ни постојање родитељског права. Тако ће дужност издржавања детета имати како родитељ који не живи са дететом, тако и родитељ који је потпуно лишен родитељског права.¹³⁶⁸ За разлику од одржавања личних односа са дететом, издржавање детета је типична родитељска дужност, која ће припадати и оном родитељу који никада није успоставио, нити намерава успоставити икакав емотивни и лични однос са дететом. Из тог разлога, питање основа примарне родитељске одговорности за издржавање детета представља изузетно сложен проблем породичноправне науке, где се, упркос постојању бројних теорија, није стигло до потпуно задовољавајућег одговора.¹³⁶⁹

Када родитељи живе заједно са дететом и заједнички врше родитељско право, њихова дужност да издржавају дете одвија се спонтано и најчешће без потребе за упливом државних институција.¹³⁷⁰ Из тог разлога, у правној теорији се истиче како обавеза издржавања детета "постаје живо питање" у практичном смислу тек након престанка заједнице живота родитеља.¹³⁷¹ Уколико након окончања заједнице живота један родитељ настави самостално вршити родитељско право, настаје потреба да се допринос другог родитеља по основу издржавања на конкретан начин имовински изрази.

¹³⁶⁶ Чл. 27. ст. 2. КПД.

¹³⁶⁷ Чл. 154. ст. 1. ПЗ.

¹³⁶⁸ Вид. чл. 81. ст. 4. ПЗ.

¹³⁶⁹ На пример, према теорији узрочности, родитељи су првенствени дужници обавезе издржавања јер су чином прокреације створили потребу за издржавањем. Према теорији рањивости, родитељи требају издржавати децу због њихове зависности од родитеља. Теорија пристанка заснива се на прећутној сагласности о прихватању могућности зачећа детета приликом ступања у интимне односе на коју се надовезује и сагласност са издржавањем детета. Детаљније вид. Scott Altman, "A Theory of Child Support", *International Journal of Law, Policy and the Family* 2003, 176 - 180. Од мањих недостатака пате теорије које примарну родитељску дужност да издржавају дете посматрају у ширем друштвеном контексту. Тако, према једној таквој теорији примарна обавеза родитеља да издржавају своју децу одговара идеји дистрибутивне правде и принципа корисности. Вид. *ibid.*, 186. У том смислу сматра се правичним обавезати родитеље на давање издржавања због природе и особености њихових односа са дететом. Дистрибутивна правда се остварује у односима између заједнице и појединаца, према којој свако добија онолико колико му припада према његовим индивидуалним заслугама. Слободан Перовић, "Комутативна правда и накнада штете", *Правни живот* 9-10/1992, xvii. Сходно томе, ако родитељи уживају највећу корист од рођења детета, требају сносити и трошкове издржавања јер је њиховом заслугом дете рођено. Вид. S. Altman, 186.

¹³⁷⁰ Вид. Љ. Ђуровић, 241.

¹³⁷¹ Nick Wiley, "Financial Support for Children after Parental Separation: Parental Responsibility and Responsible Parenting", *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009, 276. Такође вид. З. Поњавић (2011а), 337.

У нашем породичном праву, заснивање обавезе родитеља који не врши родитељско право да издржава дете не зависи од начина успостављања самосталног вршења родитељског права. Тако, поменута обавеза постојаће независно од тога да ли су родитељи детета претходно живели заједно. Такође, ако су родитељи пре судске одлуке о вршењу родитељског права били у браку, за конституисање обавезе издржавања није од значаја да ли је брак престао разводом или поништењем.¹³⁷²

Дужност родитеља који не живи са дететом да даје допринос по основу издржавања није *a priori* у "најбољем интересу детета", већ у оној мери у којој такво правило одговара задовољењу развојних потреба детета. Другим речима, у "најбољем интересу детета" је да му се задовоље потребе за исхраном, одевањем, образовањем и здравственом заштитом. При томе, са становишта "најбољег интереса детета", акценат није на ономе ко даје издржавање, већ на квалитету издржавања као начина да се задовоље поменуте потребе детета. Ако се у одређеном друштву може очекивати како ће родитељ који не живи са дететом најбоље одговорити наведеним потребама детета, онда је правило о примарној дужности таквог родитеља да издржава дете у складу са принципом "најбољег интереса детета". С обзиром да је примарна одговорност за издржавање детета на страни родитеља, држава је одговорна да организује остваривање поменуте обавезе на начин који ће одговарати "најбољем интересу детета". Без одговарајућег механизма за остваривање права детета на издржавање, правило о дужности родитеља да даје допринос за издржавање детета тешко може одговорити захтевима наведеног правног принципа.

У нашем породичном законодавству предвиђа се низ правила којима се настоји применити принцип "најбољег интереса детета" приликом остваривања права детета на издржавање од стране родитеља који са њим не живи. Поменута правила имају за циљ да омогуће ефикасније и једноставније остваривање права детета на издржавање. Тако, тужбу за издржавање детета може поднети и орган старатељства.¹³⁷³ Најчешће за иницирање поступка неће бити потребе јер суд по службеној дужности одлучује о издржавању детета онда када доноси одлуку о вршењу родитељског права по разводу брака или престанку ванбрачне заједнице, као и приликом доношења пресуде о утврђивању очинства.¹³⁷⁴ Међутим, ако је очинство

¹³⁷² Насупрот томе, у грчком праву, дете ће у наведеној ситуацији имати право на издржавање од родитеља који не врши родитељско право само ако је рођено у пуноважном браку. Вид. *Ismene Androulidakis-Dimitriadis*, 132.

¹³⁷³ Чл. 278. ст. 3. ПЗ.

¹³⁷⁴ Вид. чл. 226. ст. 1. и чл. 260. ст. 1. ПЗ.

засновано признањем, а родитељи детета не живе заједно, орган старатељства треба водити рачуна да се што пре почне са исплатама доприноса по основу издржавања.

Такође, суд мора уредити питање издржавања детета, без обзира на садржину тужбе о разводу брака, односно тужбе за вршење родитељског права. Из тог разлога сматраће се како је у наведеним споровима захтев за издржавањем истакнут подношењем тужбе.¹³⁷⁵ Ово је нарочито значајно из разлога што ће родитељ који не врши родитељско право имати дужност давања доприноса за издржавање од тренутка када је поднета тужба. При томе, суд неће бити везан износом издржавања који је назначен у тужбеном захтеву, већ детету може досудити и већи износ.¹³⁷⁶

2.2.4.2. Право детета на становање као израз "најбољег интереса детета"

Поред обавезе да даје доприносе по основу издржавања, важан сегмент имовинскоправног статуса родитеља који не врши родитељско право може бити и његова дужност да трпи успостављање права становања на непокретности чији је власник. Тако, према нашем породичном законодавству, дете и родитељ који врши родитељско право имају право становања на стану чији је власник други родитељ детета ако дете и родитељ који врши родитељско право немају право својине на усељивом стану.¹³⁷⁷

Премда из формулације нашег законодавца произилази како је и родитељ титулар права становања, истински ималац наведеног права јесте дете. Наиме, иако по својој природи лична службеност, право становања има за основни циљ задовољавање стамбених потреба детета, те у том смислу представља компоненту права на развој детета. Поменуто тумачење у потпуности одговара принципу "најбољег интереса детета" јер се омогућава остваривање права становања кроз поступак за заштиту права детета који је бржи и ефикаснији у односу на процедуру за остваривање имовинскоправног захтева.¹³⁷⁸ Право становања признаје се родитељу који врши родитељско право само из разлога што се не може раздвајати од

¹³⁷⁵ Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 2 176/10 од 02.03. 2010. године, Актуелна судска пракса 3/2010, 34.

¹³⁷⁶ Чл. 281. ПЗ.

¹³⁷⁷ Чл. 194. ст. 1. ПЗ.

¹³⁷⁸ Вид. Љубица Милутиновић, "Право становања - Habitatio у Породичном закону", *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Зборник радова са Саветовања одржаног у Врњачкој Бањи 16. и 17. октобра 2006. године, Крагујевац 2006, 460 - 461.

детета, односно зато што самостално вршење родитељског права подразумева старање о личности детета. У овом случају родитељ следи пребивалиште детета, а не обрнуто, како је иначе правило у односима између родитеља и деце. Дакле, родитељу који самостално врши родитељско право признаје се право становања не због његовог имовинског интереса, већ као последица обавезе фактичког старања о детету. Из тог разлога, процесноправни положај наведеног родитеља близак је положају странке по дужности, какав имају и јавни тужилац, односно орган старатељства као активно легитимисана лица за иницирање поступка за заштиту права детета. Једина разлика је у томе што ће родитељ који самостално врши родитељско право непосредно имати имовинску корист од успостављања права становања. Међутим, суштински се ради о процесном одразу његове дужности, а не реализацији права чији је титулар.

Право становања се као лична службеност састоји у овлашћењу да се у сврху становања користи туђа стамбена зграда или стан као посебни део зграде.¹³⁷⁹ Такође, према формираном ставу наше судске праксе, право становања може се конституисати и на непокретности над којим родитељ који не живи са дететом има сувласнички удео уколико је то у "најбољем интересу детета".¹³⁸⁰ Родитељ који врши родитељско право дужан је да сноси трошкове редовног одржавања непокретности која је предмет права становања.¹³⁸¹ Уколико дете остварује приходе од сопствене зараде или имовине, имаће супсидијарну дужност да делимично сноси наведене трошкове.¹³⁸²

Право становања може престати *ex lege*, као и одлуком суда. По сили закона, наведени облик личне службености престаће, на пример, стицањем пунолетства детета.¹³⁸³ Овакво правило може изазвати одређене проблеме у пракси уколико дете као титулар права становања стекне потпуну пословну способност пре пунолетства. У наведеним ситуацијама, еманципација подразумева и престанак родитељског права, што би значило како родитељ који је живео са дететом губи право становања. Врло је вероватно како би у наведеним ситуацијама родитељ који је самостално вршио родитељско право наставио фактички, односно без правног основа становати

¹³⁷⁹ О. Станковић, В. Водинелић, *Стварно право*, ИП "Номос", Београд 1999, 227.

¹³⁸⁰ Вид. Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1490/06 од 12. 12. 2006. године, Актуелна судска пракса 3/2008, 35 - 36.

¹³⁸¹ Вид. Такође, у том смислу вид. О. Станковић, В. Водинелић, 228.

¹³⁸² У том смислу вид. чл. 154. ст. 3. ПЗ.

¹³⁸³ Вид. чл. 194. ст. 2. ПЗ.

у стану који је предмет личне службености до пунолетства детета. Ипак, овај пример још једном показује ко је истински титулар права становања.

Право становања може се окончати и ако наступе одређене околности које изискују доношење судске одлуке, попут одлуке о измени вршења родитељског права. Посебно су интересантни случајеви када суд донесе одлуку о престанку права становања због постојања "очигледне неправде" за родитеља који не врши родитељско право.¹³⁸⁴

Правни стандард "очигледне неправде" односи се на свеукупну ситуацију родитеља који је власник права својине на усељивом стану, укључујући његово здравствено стање, социјалну угроженост и друге околности које не би могао својим ангажовањем и радњама поправити.¹³⁸⁵ На тај начин се принципу "најбољег интереса детета" приликом заснивања, односно окончања права становања даје првенствени, а не врхунски значај. Другим речима, када би успостављање права становања могло нанети знатно већу штету родитељу који не врши родитељско право, него што би донело користи за дете, наведена лична службеност неће се засновати. Оваквим решењем не жртвује се "најбољи интерес детета", јер, као што истиче професор Херинг, "добробит детета гради се на правичном и искреном односу према оба родитеља".¹³⁸⁶

У наведеном контексту посебно је значајно размотрити однос између права детета на издржавање од стране родитеља који не врши родитељско право и права становања. Премда је реч о два засебна права, право детета на издржавање и право становања служе истом циљу, а то је обезбеђивање развојних потреба детета.¹³⁸⁷ Разлика је у томе што се право становања усмерава на задовољење стамбених потреба детета, док издржавање може покрити разноврснији сплет потреба које има дете. Ипак, успостављање права становања има, као и издржавање, одговарајући новчани израз, с обзиром да родитељу који врши родитељско право "ослобађа" део новчаних средстава која би се употребила за плаћање закупнине. Из тог разлога, успостављање права становања у корист детета захтева одређено умањење доприноса који родитељ који не врши родитељско право даје по основу издржавања. Величина наведене корекције издржавања не би смела зависити само од тржишне

¹³⁸⁴ Вид. чл. 194. ст. 3. ПЗ. У том смислу вид. 3. Поњавић (2011а), 382.

¹³⁸⁵ Решење Врховног суда Србије, Рев. 1594/06 од 29. новембра 2006. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије 4/2006, 56.

¹³⁸⁶ J. Herring (1999), 102.

¹³⁸⁷ У том смислу, у нашој правној литератури наводи се како право становања детета, између осталог, има алиментациону улогу. Вид. Љ. Милутиновић, 463.

вредности закупнине наведеног стана у тренутку успостављања права становања, већ од свеукупних околности конкретног случаја, укључујући материјално и здравствено стање оба родитеља.

3. ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"

3.1. Оправданост мере лишења родитељског права са становишта "најбољег интереса детета"

Живот са родитељима за дете је природна, редовна и у највећем броју случајева најбоља средина за одрастање и развој. Из тог разлога, постоји општа правна претпоставка како је у "најбољем интересу детета" да се о њему старају његови родитељи. Поменута претпоставка исказује се кроз дужност родитеља да се старају о свом детету и право детета да живи са својим родитељима. Концепција родитељске дужности упућује на закључак како родитељи имају одговорност да се старају о детету на одговарајући начин. Са друге стране, дужност родитеља подразумева и одређени степен аутономије у начину на који ће се родитељи старати о свом детету. Меру и границу наведене аутономије родитеља у вршењу родитељских права и дужности представља управо принцип "најбољег интереса детета". Другим речима, ако се родитељско право врши тако да се угрози или доведе у питање психофизички развој детета, држава има обавезу интервенисати у породичне односе и уклонити дете из таквог породичног окружења.

Међутим, такво радикално мешање државе у односе између родитеља и деце може уследити тек након неуспелих покушаја државе да родитељима пружи подршку, осим ако је из околности случаја јасно како је степен угрожености детета такав да се одмах морају применити најекстремније мере државне интервенције.¹³⁸⁸ Тако, држава најпре мора покушати да опорави и помогне оздрављењу породичних

¹³⁸⁸ У том смислу вид. Bridget Lindley, "State Intervention and Parental Autonomy in Children's Cases: Have We Got the Balance Right?", *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis* (eds. A. Bainham, S. Day Sclater, M. Richards), Hart Publishing, Oxford - Portland 1999, 197.

односа, односно омогући вршење родитељске дужности у случајевима симптома нефункционалности породице. Сходно томе, лишење родитељског права треба посматрати као последњу и крајњу меру, која представља, не само неуспех једне породице, већ и пораз одговарајуће државе у настојањима да очува примарни миље за одрастање и развој деце. Због тога се лишење родитељског права и одузимање детета од родитеља не може истински посматрати као "најбољи интерес детета", већ као "нужно зло", као што су указивали творци теорије "најмање штетне алтернативе".¹³⁸⁹ Сликвито речено, лишење родитељског права јесте уклањање детета из куће која гори у тренутку када се проценило да се пожар више не може угасити.

Типичан пример рестриктивне употребе мере лишења родитељског права представља немачко право, чије решење заслужује да се посебно истакне. Наиме, према немачком законодавству, "мере које обухватају раздвајање детета од породичног окружења могу бити прихватљиве једино ако се опасност не може отклонити на други начин, укључујући и мере јавне подршке".¹³⁹⁰ У том смислу, "старање о личности детета може се у потпуности одузети искључиво ако су се остале мере показале безуспешним, односно ако се претпоставља како неће бити довољне да се избегне опасност".¹³⁹¹ Дакле, немачки законодавац условљава доношење одлуке о лишењу родитељског права претходним ангажовањем државе у настојању да сачува породично окружење детета и родитељско право. Једино када постоји јасан и непосредан ризик да ће се тиме дете довести у опасност, одлука о лишењу родитељског права може се донети без одговарајућих мера државне подршке. При томе, Савезни уставни суд Немачке захтева високе стандарде доказивања у смислу угрожености "будућих интереса детета".¹³⁹² Такође, поменути Суд је развио доктрину пропорционалности на основу које судови цене оправданост лишења родитељског права у сваком конкретном случају. Према наведеној доктрини, приликом доношења одлуке о лишењу родитељског права, мора се водити рачуна да се строго поштује принцип пропорционалности, односно да је лишење родитељског права сразмерно ризику и опасности по дете.¹³⁹³ При томе, судови требају узети у обзир постојање, односно непостојање кривице родитеља, могућност

¹³⁸⁹ Вид. J. Goldstein *et al.*, xv.

¹³⁹⁰ Пар. 1666а. Немачког грађанског законика.

¹³⁹¹ *Ibid.*

¹³⁹² Вид. BverfGE, 60, 79 од 17. фебруара 1982. године - 1 BvR 188/80, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 201.

¹³⁹³ У том смислу вид. *ibid.*, 191.

да се одговарајућим мерама јавне подршке родитељу помогне у вршењу родитељског права, као и вољу родитеља да се стара о детету.¹³⁹⁴ Употребом наведених критеријума, Савезни уставни суд Немачке проценио је како није оправдано лишење родитељског права мајке детета која због свог здравственог стања не може самостално одржавати домаћинство, нити обезбедити одговарајућу социјализацију детета и задовољење његових образовних потреба.¹³⁹⁵ Немачко законодавство и судска пракса су добри показатељи како се лишење родитељског права са становишта "најбољег интереса детета" не може правдати искључиво изолованом перцепцијом интереса детета.

Могућност одузимања детета од родитеља, односно губитка родитељског права произилази из КПД, где се предвиђа у форми изузетка од општег правила како је у "најбољем интересу детета" да се о њему старају његови родитељи. Тако, према КПД, "државе-уговорнице ће обезбедити да се дете не раздваја од својих родитеља против њихове воље, осим када надлежни органи подложни судској контроли одреде, у складу са важећим законом и процедуром, како је такво раздвајање нужно у најбољем интересу детета".¹³⁹⁶ У поменутом правилу, принцип "најбољег интереса детета" чини критеријум ограничавања или укидања права детета да живи са својим родитељима. Истовремено, наведени правни принцип представља мерило процене степена нарушавања дужности родитељског старања и озбиљности прекорачења аутономије родитеља приликом вршења родитељског права. Због тога, поставља се питање како одредити садржину "најбољег интереса детета" као услова за примену диспозиције правног правила о лишењу родитељског права?

Најпре, Комитет за права детета сугерише како се садржина принципа "најбољег интереса детета" треба одредити применом приступа заснованом на правима деце у сваком конкретном случају ("*the right-based approach*").¹³⁹⁷ То би практично значило како родитеља треба лишити родитељског права онда када неко друго право детета захтева виши ранг од права детета да живи са својим родитељима. Међутим, то не може бити било које право из КПД, већ једино право детета на живот, опстанак и развој, као истовремено и један од основних принципа наведеног међународног уговора.

¹³⁹⁴ Вид. *ibid.*, 201- 202.

¹³⁹⁵ Вид. *ibid.*

¹³⁹⁶ Чл. 9. ст. 1. КПД.

¹³⁹⁷ Вид. para. 5. CRC/C/GC/14.

Са друге стране, из угла ЕКЉП, мера лишења родитељског права представља преваходно оправдан начин ограничавања, односно искључења права родитеља на приватни и породични живот.¹³⁹⁸ Ипак, с обзиром да готово све европске државе предвиђају могућност лишења родитељског права у својим националним законодавствима, Европски суд за људска права има прилично уско поље слободне процене приликом оцене легитимности и нужности наведених мера.¹³⁹⁹ Из тог разлога, елементе за ближе одређивање садржине "најбољег интереса детета" у контексту оправданости лишења родитељског права треба тражити на пољу националних породичних законодавстава.

3. 2. Разлози за изрицање мере лишења родитељског права

Сва европска законодавства која прихватају могућност ограничавања или одузимања родитељског права прописују и одговарајуће услове, односно разлоге за изрицање наведене мере. Поменути разлози имају улогу елемената за процену оправданости лишења родитељског права са становишта "најбољег интереса детета".

У циљу лакшег теоријског, али и практичног разликовања, разлози за лишење родитељског права могу се поделити по три основна критеријума. Најпре, према обиму дискреционог простора који се оставља судовима за одлучивање о лишењу родитељског права и начину правног нормирања, наведени разлози могу имати отворен или затворен карактер.¹⁴⁰⁰ У првом случају, разлози за лишење родитељског права прописују се у виду широких правних стандарда, чију садржину треба уобличити суд у сваком конкретном случају, док се у другом случају настоје детаљно и таксативно побројати сви разлози за одузимање, односно ограничење родитељског права. Даље, веома је значајно раздвојити разлоге за лишење родитељског права који се заснивају на кривици родитеља од оних који се родитељу не могу приписати у кривицу.¹⁴⁰¹ Коначно, у зависности од степена угрожености психофизичког развоја детета и последица које, у том смислу, одлука о лишењу

¹³⁹⁸ Вид. чл. 8. ст. 2. ЕКЉП.

¹³⁹⁹ Законодавства Данске и Енглеске су ретки примери националних правних система који не предвиђају могућност лишења родитељског права. Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 214.

¹⁴⁰⁰ Вид. *ibid.*

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, 214 - 215.

родитељског права има на родитељско старање, могу се разликовати разлози за потпуно од разлога за делимично лишење родитељског права.¹⁴⁰²

Најпре, разлози за лишење родитељског права могу имати отворен карактер у случајевима када се формулишу у виду правних стандарда којима се утврђују само општи оквири за изрицање мере лишења родитељског права. На пример, према пољском законодавству суд може донети наведену одлуку ако постоји трајна препрека у вршењу родитељског права, злоупотреба родитељског права или занемаривање родитељске дужности према детету.¹⁴⁰³ Чешко право садржи још краћу формулацију, према којој ће се родитељ лишити родитељског права ако значајно злоупотребљава или занемарује вршење родитељског права.¹⁴⁰⁴ За отворену листу разлога за лишење родитељског права залаже се и CEFL. Комисија за европско породично право предлаже како "надлежни орган треба лишити титулара родитељских одговорности, у целини или делимично, када својим понашањем или непажњом изазива озбиљан ризик по личност или имовину детета".¹⁴⁰⁵ Поменута Комисија сматра да исказивање разлога за лишење родитељског права путем генералне клаузуле више одговара "најбољем интересу детета", јер омогућава судовима да одлуку прилагоде околностима сваког конкретног случаја.¹⁴⁰⁶

Са друге стране, поједина законодавства таксативно наводе разлоге због којих се родитељ, односно родитељи, могу лишити родитељског права. Тако, према белгијском праву, ималац родитељске одговорности може се лишити одговорности према детету у целини или делимично ако су: отац или мајка осуђени за кривично дело против детета или за кривично дело приликом чијег извршења је родитељима помагало дете, отац или мајка злостављањем, злоупотребом права, очигледним рђавим понашањем или грубом непажњом угрозили здравље, безбедност или морал детета, као и уколико отац или мајка детета закључе брак са лицем лишеним родитељског права.¹⁴⁰⁷ Као примере законодавства која инсистирају на затвореној листи разлога за лишење родитељског права могу се навести и породична права

¹⁴⁰² Вид. М. Драшкић (2012), 378.

¹⁴⁰³ Чл. 111. ст. 1. Закона о породици и старатељству Пољске.

¹⁴⁰⁴ Чл. 44. ст. 3. Закона о породици Чешке.

¹⁴⁰⁵ Принцип 3:32 CEFL Принципа европског породичног права који се тичу родитељских одговорности.

¹⁴⁰⁶ К. Boele-Woelki *et al.*, 216.

¹⁴⁰⁷ Вид. чл. 32. белгијског Закона о заштити младих из 1965. године. Посебно је занимљив последњи разлог за лишење родитељског права, где се право на закључење брака ограничава снагом принципа "најбољег интереса детета".

Русије и Француске.¹⁴⁰⁸ Поменута законодавства такође предвиђају неке посебне узроке за лишење родитељског права, односно издвајају одређене околности или поступке родитеља који могу имати нарочито штетне последице по "најбољи интерес детета".¹⁴⁰⁹

Таксативно навођење разлога за лишење родитељског права има за циљ сужавање дискреционог простора судовима који одлучују о наведеном питању како би се умањила могућност олаке примене овако радикалног захвата у породичне односе. Ипак, разлике између два начина правног нормирања разлога за лишење родитељског права у пракси нису толико препознатљиве. Наиме, законодавства која предвиђају затворене листе разлога, обухватају и основе за лишење родитељског права који су формулисани широким правним стандардима, сличним онима које познају и правни системи где се разлозима за лишење родитељског права даје отворени карактер.¹⁴¹⁰ На тај начин, судовима наведених држава такође се омогућава еластична примена правила о лишењу родитељског права, слично као и у државама где се разлози за лишење родитељског права само оквирно предвиђају одговарајућим правним стандардима. Разлика је у једино у томе што у правним системима где листа разлога за лишење родитељског права има затворени карактер, судови немају слободу ценити одређене околности од значаја за лишење родитељског права у мери у којој то могу судски органи држава које само оквирно регулишу наведено питање. У наведеном контексту посебно је значајан приступ нашег законодавца који би се могао означити као мешовити. Наиме, основно полазиште домаћег породичног законодавства јесте да се разлози за лишење родитељског права требају исказати кроз широке правне стандарде, који би

¹⁴⁰⁸ Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 214.

¹⁴⁰⁹ На пример, у руском породичном праву се као основ за лишење родитељског права, између осталог, наводи одбијање родитеља да без ваљаног разлога изнесу дете из породилишта, односно одведу дете из другог здравственог центра, образовне установе, социјалне установе за заштиту становништва или сличне институције где је дете било смештено одређено време. Вид. чл. 69. Породичног закона Руске Федерације. Француско право као један од разлога за лишење родитељског права наводи избегавање родитеља да врше родитељско права и дужности у периоду дужем од две године према детету са којим не живе. Овај разлог односи се превасходно на намерно невршење права родитеља да одржавају личне односе са дететом и могуће је да се оба родитеља истовремено лише родитељског права по основу наведеног разлога ако се, на пример, дете налази на хранитељству, а оба родитеља избегавају контакт са дететом. Вид. чл. 378-1. у вези са чл. 375-7. Француског грађанског законика. Оба законодавства као разлог за лишење родитељског права изричито предвиђају и хроничне, односно интензивне злоупотребе алкохола или наркотика од стране родитеља, с тим што руски законодавац наведени основ третира као апсолутни узрок лишења родитељског права, док се у француском праву тражи да је овакво родитељско понашање очигледно угрозило безбедност, здравље или морал детета. Упор. чл. 69. Породичног закона Руске Федерације са чл. 378-1. Француског грађанског законика.

¹⁴¹⁰ Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 214.

разлозима за лишење родитељског права давали отворени карактер. Ипак, наш законодавац доследно усваја наведени приступ само када се ради о разлозима за делимично лишење родитељског права, који се обухватају правним стандардом "несавесног вршења права или дужности из садржине родитељског права".¹⁴¹¹ Када је реч о разлозима за потпуно лишење родитељског права, ПЗ такође полази од широких правних стандарда "злоупотребе права" или "грубог занемаривања дужности" из садржине родитељског права.¹⁴¹² Међутим, у закону се ближе одређује садржина поменутих правних стандарда путем навођења читавог низа родитељских поступака и понашања. У нашој правној литератури опште је прихваћен став како оваква законска конкретизација правних стандарда не представља таксативно набрајање разлога за потпуно лишење родитељског права, већ има за циљ судовима *exempli causa* навести примере које поменути правни стандарди укључују. Међутим, стиче се утисак како овакво тумачење не одговара у строгом правно-техничком смислу начину на који је законодавац уредио питање разлога за потпуно лишење родитељског права. Наиме, поступци родитеља које ПЗ даје као вид конкретизације правних стандарда "злоупотребе родитељског права", односно "грубог занемаривања родитељских дужности" формирају *numerus clausus* листу разлога за лишење родитељског права. На такав закључак неминовно упућује формулација родитељских поступака које ПЗ даје како би ближе садржински одредио правне стандарде за потпуно лишење родитељског права. Тако, наш законодавац, након навођења ужих манифестација злоупотребе родитељског права, истиче како родитељ, између осталог, злоупотребљава родитељско право "ако на други начин злоупотребљава права из садржине родитељског права".¹⁴¹³ Идентично томе, листа "примера" понашања која представљају "несавесно вршење" родитељских дужности завршава се са поступцима родитеља који "на други начин грубо занемарује дужности из садржине родитељског права".¹⁴¹⁴ Ако су се разлози за потпуно лишење родитељског права хтели навести *exempli causa*, оваквим "примерима" није било места. На овај начин, законодавац је у контексту потпуног лишења родитељског права предвидео *numerus clausus* листу разлога отвореног карактера, што је противуречно у правно-техничком смислу. Због тога се са теоријског становишта приступ нашег породичног законодавства правном уређењу разлога за лишење

¹⁴¹¹ Вид. чл. 82. ст. 1. ПЗ.

¹⁴¹² Вид. чл. 81. ст. 1. ПЗ.

¹⁴¹³ Чл. 81. ст. 2. тач. 5. ПЗ.

¹⁴¹⁴ Чл. 81. ст. 3. тач. 5. ПЗ.

родитељског права може означити мешовитим. Са практичног становишта листа разлога тешко може имати затворен карактер, као што је то случај и са државама које таксативно наводе разлоге за лишење родитељског права.

За разлику од поделе на разлоге отвореног и затвореног карактера, класификација основа за лишење родитељског права у зависности од постојања кривице родитеља има значајан практични домашај. По правилу, европска породична законодавства у разлоге за лишење родитељског права укључују како скривљено, тако и нескривљено понашање родитеља.¹⁴¹⁵ На пример, немачко право изричито као могући разлог лишења родитељског права наводи понашање које се родитељу не може приписати у кривицу.¹⁴¹⁶ Разлика између скривљеног и нескривљеног понашања родитеља као разлога за лишење родитељског права посебно је значајна због степена у којем се може одузети родитељско право. Тако, родитељ се најчешће потпуно лишавља родитељског права услед свесних и вољних поступака где постоји намера да се дете повреди или да му се нанесе штета. Такав случај је са нашим правним стандардима за потпуно лишење родитељског права, који се односе на скривљено понашање родитеља, без обзира да ли се ради о одговарајућем чињењу или нечињењу родитеља.¹⁴¹⁷ Са друге стране, родитељ чије нескривљено понашање негативно утиче на психофизички развој детета може само делимично бити лишен родитељског права. У том смислу одредила се и наша судска пракса, где судови изричу меру делимичног лишења родитељског права у случајевима понашања за које родитељ не сноси кривицу.¹⁴¹⁸ Другим речима, не може се потпуно лишити родитељског права родитељ који услед објективних околности не може на одговарајући начин одговорити минималним захтевима вршења родитељског права. Такав родитељ има вољу, али му недостају капацитети за вршење родитељске дужности, због чега постоји обавеза државе да му својим материјалним и људским ресурсима помогне у настојању да родитељско право врши. Тек уколико држава исцрпи сва расположива средства без успеха, поменути родитељ може се делимично лишити родитељског права. Због тога, "најбољи интерес детета" захтева да се мера делимичног лишења родитељског права посматра као последњи

¹⁴¹⁵ Детаљније вид. К. Voelke-Woelki *et. al.*, 214 - 215.

¹⁴¹⁶ Вид. пар. 1666. ст. 1. Немачког грађанског законика.

¹⁴¹⁷ Вид. М. Драшкић (2012), 376.

¹⁴¹⁸ Тако се у једном случају делимично лишио родитељског права отац, који после смрти мајке детета није био у стању да се адекватно брине и задовољи елементарне услове живота, здравља и образовања деце. Вид. Пресуда Општинског суда у Сврљигу П. 180/07 и Пресуда Окружног суда у Нишу Гж. 242/08, Актуелна судска пракса 3/2009, 59 - 60.

излаз, а одлука о потпуном лишењу родитељског права као нужност изазвана потпуним негирањем циља због којег је родитељско право успостављено.

ГЛАВА ШЕСТА

ПРИНЦИП "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА" У ОДНОСИМА ИЗМЕЂУ ДЕЦЕ И ДРУГИХ СРОДНИКА

1. "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА" КАО КРИТЕРИЈУМ ЗА ОБЛИКОВАЊЕ ПОРОДИЧНОПРАВНОГ СТАТУСА СРОДНИКА

Премда је однос између родитеља и деце извориште принципа "најбољег интереса детета", дете се од тренутка доласка на свет налази у јединственом породичном окружењу, које у великој мери утиче на формирање личности детета. Поменуто породично окружење не чине само родитељи, премда њима припада примарно право и дужност да се старају о детету, већ и чланови шире породице, односно сродници детета, чији утицај на развој детета може бити посебно значајан у раном детињству када дете тек почиње упознавати свет око себе. Поред браће и сестара, са којима дете најчешће живи заједно унутар исте нуклеарне породице, од значаја за дете може бити и однос са ујацима, теткама, стричевима и нарочито са дедама и бабама. Социолошка истраживања показују како дете најчешће сматра и доживљава наведена лица као чланове своје породице, што не даје одговор на

питање колико поменути сродници истински значе деци.¹⁴¹⁹ Природа односа који дете има са својим сродницима, као и утицај који сродници имају на развој детета, немогуће је генерализовати јер ови односи у великој мери варирају у зависности од околности у којима свако појединачно дете одраста.¹⁴²⁰ Из тог разлога, тешко је путем општих правних правила утврдити некакав генерални правни статус сродника у смислу права и обавеза који би им *a priori* припадали у односима са дететом, на начин на који се такав статус формира у случајевима родитеља. Огромна разноврсност природе сродничких односа чини да се првенствено може говорити о индивидуалистичком приступу правном положају одређеног сродника, који се формира превасходно судским одлукама које садрже појединачне правне норме, а у мањој мери законским претпоставкама. При томе, кључни критеријум за одређивање правног положаја сваког појединачног сродника према детету јесте принцип "најбољег интереса детета". Сходно томе, може се рећи како правни статус сродника обухвата у највећем делу одговарајућа правна стања наведених лица, при чему се настанак конкретних права и обавеза према детету везује за наступање неких додатних околности или чињеница. Другим речима, код родитеља је принцип "најбољег интереса детета" критеријум за ограничавање признатих права и дужности према детету, док је код сродника наведени принцип услов заснивања самог права у зависности од околности конкретног случаја.

Ипак, одређене групе сродника, попут браће и сестара обично се сматрају привилегованим, у смислу да им се законом додељује одређени ужи корпус права и дужности према детету, чије се вршење може ограничити у складу са "најбољим интересом детета". Насупрот томе, правни положај осталих сродника, макар у домену њиховог породичноправног статуса, остаје углавном у границама препознавања одговарајућих правних стања која се могу уздићи до конкретног права према детету само ако то одговара принципу "најбољег интереса детета" у појединачном случају. На пример, већина европских породичних законодавства признаје браћи или сестрама право на личне односе путем претпоставке како је наведени контакт генерално у "најбољем интересу детета".¹⁴²¹ Насупрот томе, право ујака на одржавање личних односа са дететом, признаје се само изузетно, уз доказ претходног постојања јаких емотивних веза између њега и сестрића, као и у

¹⁴¹⁹ Вид. Jan Pryor, "Children's Contact with Relatives", *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare* (eds. A. Bainham *et al.*), Hart Publishing, Oxford - Portland 2003, 50.

¹⁴²⁰ Вид. J. Herring (2007), 329.

¹⁴²¹ Детаљније вид. K. Boele-Woelki *et. al.*, 169.

специфичним ситуацијама када је ујак *de facto* вршио улогу социолошког родитеља.¹⁴²²

Европска законодавства испољавају велику хетерогеност када је реч о питањима правног положаја сродника детета. Наведена разноликост последица је великог броја чинилаца, различитог значаја шире породице у конкретном друштву, другачијих економских прилика, односа између породичне и друштвене солидарности, различитих обичајних и традиционалних норми утканих у појам "најбољег интереса детета". Ипак, готово сва европска права признају у већем или мањем обиму одређена права и обавезе сродника према детету. У прилог томе изјашњава се и КПД прописујући да ће државе-уговорнице, између осталог, поштовати и одговорности, права и дужности чланова шире породице, где је то могуће, да у складу са развојним капацитетима детета пруже детету одговарајуће усмеравање и саветовање приликом остваривања својих права.¹⁴²³ Међутим, остваривање права и обавеза из сродничког статуса у значајној мери зависи од воље родитеља детета, врсте и близине сродства и нивоа емотивне везе између наведених лица и детета. Из тог разлога, правни положај сродника има несталну, магловиту и крајње променљиву садржину подређену принципу "најбољег интереса детета", којег, по правилу, тумаче родитељи или држава.

Несумњиво је како однос детета са сродницима може представљати важну компоненту развоја детета. О томе сведоче и разна истраживања из области социологије и психологије, али и лична искуства већине људи. Тако, однос детета са братом и сестром може имати снажан утицај на развој и одрастање детета, у зависности од њихове разлике у годинама, пола, дужине заједнички проведеног времена, односа са родитељима.¹⁴²⁴ Са друге стране, деде и бабе могу имати вишеструко значајну улогу као носиоци знања о прошлости друштва и породице, представљати узор деци и изградити са њима посебан однос поверења, при чему је нарочито значајна активност и пожртвовање бака на пољу фактичког старања о деци у ситуацијама када родитељи нису у могућности то чинити.¹⁴²⁵ У нешто мањем степену и однос са ујацима, стричевима и теткама може утицати на развој детета.

¹⁴²² Вид. случај *Boyle v. United Kingdom* [15680/90] од 28. фебруара 2004. године.

¹⁴²³ Вид. чл. 5. КПД.

¹⁴²⁴ Вид. Claire Hughes, "Making and Breaking Relationships: Children and their Families", *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare* (eds. A. Bainham et al.), Hart Publishing, Oxford - Portland 2003, 38.

¹⁴²⁵ Вид. J. Pryor, 55; Вид. Gillian Douglas, Neil Ferguson, "The Role of Grandparents in Divorced Families", *International Journal of Law, Policy and the Family* 1/2003, 45.

Посете њиховим домаћинствима детету пружају драгоцен увид у породичну микро-културу другачију од његовог породичног дома и представљају извесну спону са спољним светом изван домаћинства детета, чувајући притом одређену дозу блискости проистеклу из односа сродства.¹⁴²⁶

Увидом у различита европска законодавства може се закључити како се породичноправни статус сродника везује за правне односе из домена успостављања и престанка родитељскоправног односа, одржавања личних односа између сродника и детета, старатељства, иницирања поступка за лишење родитељског права, издржавања.¹⁴²⁷ Законска решења и приступи показују изузетну разноврсност, што отежава могућност свеобухватније класификације права и обавеза које би се сродницима могла признати према деци. Наше породично право у крајње суженом домену препознаје потребу да се заштите одређени интереси сродника у односима са децом, чиме се истовремено процена о доприносу сродника "најбољем интересу детета" оставља судској пракси. У том смислу, ПЗ изричито предвиђа како се сродници у одређеним случајевима могу јавити као дужници обавезе издржавања, односно како се за старатеља детета првенствено поставља сродник или хранитељ малолетног штићеника.¹⁴²⁸ Такође, сродник може у случајевима ништавости усвојења захтевати поништење наведеног правног акта, премда овакво право сродника тешко може бити сагласно принципу "најбољег интереса детета".¹⁴²⁹

Рестриктиван приступ породичноправном статусу сродника не одговара улози коју сродници фактички имају у односима са децом у нашем друштву. Њихова улога је превасходно консултативна, а мишљење сродника служи само као један од елемената за утврђивање "најбољег интереса детета" приликом доношења одлука о питањима која се тичу детета.

Са становишта "најбољег интереса детета", али и интереса самог сродника, највећу тежину има одржавање личних односа, односно контакт између сродника и детета. Потреба сродника да одржава личне односе са дететом највише долази до изражаја у случајевима када је заједница живота родитеља детета престала смрћу једног од њих. Тада родитељ који самостално врши родитељско право може

¹⁴²⁶ J. Pryor, 51.

¹⁴²⁷ Нека законодавства у наведеном контексту садрже прилично интересантна решења. Тако, према грчком праву, изјава о признању очинства није строго лична изјава воље. Наиме, у случајевима када отац детета није више жив или му недостаје пословна способност, признање очинства у име наведеног мушкарца могу учинити његови отац или мајка, односно деда или баба детета. Вид. чл. 1475. ст. 3. Грчког грађанског законика.

¹⁴²⁸ Вид. чл. 154. ст. 2. и чл. 126. ст. 2. ПЗ.

¹⁴²⁹ Вид. чл. 107. у вези са чл. 274. ст. 1. ПЗ.

представљати препреку за жеље сродника његовог умрлог партнера да одржавају личне односе са дететом. У наведеном контексту, посебно угрожени могу бити деда и баба детета, чије је право на контакт са дететом, чак и у државама где се изричито признаје, слабије у односу на родитељско право.¹⁴³⁰ У таквим околностима, "најбољи интерес детета" се тражи на размеђу интереса деде и бабе, родитеља који врши родитељско право и права детета. Због значаја и сложености проблема, питању одржавања личних односа између деде и бабе и детета треба поклонити посебну пажњу.

2. ПРАВО ДЕДЕ И БАБЕ НА ОДРЖАВАЊЕ ЛИЧНИХ ОДНОСА СА ДЕТЕТОМ

Односи између деде и бабе и детета најчешће нису правно видљиви и карактерише их принцип немешања и подршке родитељима приликом вршења родитељског права. Другим речима, наведени сродници детета, по правилу, пружају помоћ родитељима како би на задовољавајући начин одговорили дужностима родитељског права. У том смислу, деде, а нарочито бабе, понашају се као да имају правну дужност старања о унуцима.¹⁴³¹ Питање контакта са децом ретко се поставља док родитељи живе заједно, па чак ни у већини случајева када други родитељ самостално врши родитељско право, јер деде и бабе могу остваривати контакт са дететом преко права своје ћерке или сина као родитеља детета. Међутим, уколико је заједница живота родитеља престала смрћу једног од родитеља, на површину избија самостални правни интерес деде и бабе да одржавају лични однос са дететом. Проблем настаје уколико се други родитељ противи контакту деде и бабе са унуком. У таквим ситуацијама, прекид односа са дететом може бити посебно болан за деду и бабу, пошто они сву своју љубав усредсређују на децу умрлог.¹⁴³²

¹⁴³⁰ На пример, у Аустрији и Немачкој изричито се признаје деди и баби право на контакт са дететом, али поменуто право може се ограничити или искључити ако ремети однос између детета и родитеља. Вид. К. Boele-Woelki *et. al.*, 169.

¹⁴³¹ Вид. G. Douglas, N. Ferguson, 45.

¹⁴³² Зоран Поњавић, "Правна заштита шире породице", *Србија и европско право*, књига II (пр. Д. Стојановић), Крагујевац 1998, 269.

Већина европских породичних законодавстава изричито предвиђа право деде и бабе да одржавају личне односе са дететом¹⁴³³ Ретка су законодавства, попут данског, која не признају право поменутих сродника на контакт са дететом, већ право на одржавање личних односа ограничавају искључиво на родитеље и децу.¹⁴³⁴ Блиско данском решењу је и схватање прихваћено у финском праву, према којем се охрабрују и подстичу родитељи да омогуће контакт између деде и бабе и детета, али се као титулари права на контакт означавају искључиво родитељи и дете, а не сродници детета.¹⁴³⁵

Са друге стране, европске државе које су препознале потребу да се интерес деде и бабе за одржавањем личних односа са дететом искаже кроз самостално право, на различите начине прилагођавају вршење поменутог права "најбољем интересу детета". Тако, одређена законодавства предвиђају да се право деде и бабе на контакт са дететом може ограничити једино ако је то у "најбољем интересу детета", при чему се ближе не одређује садржина овог правног принципа. У таквим случајевима једини основ за успостављање наведеног права јесте постојање сродства. На тај начин право деде и бабе ставља се, макар формалноправно, приближава праву родитеља на одржавање личних односа са дететом, које се такође може ограничити или искључити уколико је то у "најбољем интересу детета".¹⁴³⁶ Поменутој групи породичних законодавстава припадају, између осталих, бугарско, чешко, немачко и руско право.¹⁴³⁷ У нашој правној теорији има ставова како треба прихватити управо наведени модел регулисања личних односа између деде и бабе и деце.¹⁴³⁸

Међутим, одређена европска права која такође признају право деди и баби на контакт са дететом, успостављање наведеног права не везују једино или не везују

¹⁴³³ Детаљније вид. К. Voele-Woelki *et. al.*, 169.

¹⁴³⁴ У Данској деда и баба неће имати право на контакт са дететом, чак и ако су имали значајну улогу у животу детета и старали се о детету у значајном временском периоду. Вид. Ingrid Lund - Andersen, Christina Jeppesen de Boer, *National Report: Denmark*, <http://ceflonline.net/parental-responsibility-reports-by-jurisdiction/>, 18 - 19 (20. 11. 2013.).

¹⁴³⁵ Вид. Kirsti Kurki-Suonio, *National Report: Finland*, , <http://ceflonline.net/parental-responsibility-reports-by-jurisdiction/>, 24 - 25 (20. 11. 2013.).

¹⁴³⁶ Ипак, у пракси право деде и бабе никада не може бити у истој равни са правом родитеља на контакт са дететом. Наиме, противљење и отпор родитеља према остваривању права деде и бабе на контакт са дететом представља важан елемент за процену "најбољег интереса детета" у смислу ограничења или искључења наведеног права. Са друге стране, противљење деде и бабе остваривању права родитеља да одржава личне односе са дететом нема ни приближно исти значај.

¹⁴³⁷ Вид. К. Voele-Woelki *et al.*, 167 - 168. Вид. чл. 70. ст. 2. Породичног закона Бугарске; чл. 27. ст. 4. Закона о породици Чешке Републике; пар. 1685. ст. 1. Немачког грађанског законика; чл. 55. Породичног закона Руске Федерације.

¹⁴³⁸ У том смислу, истиче се како право на одржавање личних односа дедама и бабама треба признати све док је то у интересу детета. Другим речима, интерес детета треба бити мера остваривања наведеног права. З. Поњавић (1998), 269.

уопште за чињеницу сродства, већ захтевају и додатне, односно друге услове. Поменути услови односе се на постојање "блиске емотивне везе", односно "блиског односа" између деде и бабе и детета.¹⁴³⁹ Тако, према праву Холандије деди и баби се не признаје издвојено право на одржавање личних односа са дететом, већ у контексту категорије лица која са дететом имају "блиски однос", што значи да уопште не морају бити у сродству са дететом.¹⁴⁴⁰

Наше право изричито предвиђа да дете има право одржавати личне односе са сродницима и другим лицима са којима га повезује посебна блискост, при чему се наведено право може ограничити судском одлуком у "најбољем интересу детета".¹⁴⁴¹ Са друге стране, право на контакт са дететом једино се изричито признаје родитељима, али не и сродницима детета, укључујући деду и бабу.¹⁴⁴² Упркос томе, у нашој судској пракси усвојено је становиште како деди и баби припада право на одржавање личног односа са унуком сходно принципу "најбољег интереса детета".¹⁴⁴³ Међутим, у проналажењу основа за признавање поменутог права, наши судови показују значајну недоследност, што може изазвати правну несигурност. Другим речима, у нашој судској пракси још увек нису формирани јасни и константни критеријуми на основу којих се деди и баби признаје право на одржавају личне односе са дететом у конкретном случају.

Наша судска пракса признаје деди и баби право на личне односе са унуком на основу оба модела присутна у европским законодавствима која изричито признају поменуто право. Тачније, у одређеним случајевима наши судови прихватају да право деде и бабе на контакт са унуком постоји само на основу сродства, док се у неким ситуацијама успостављање наведеног права условљава претходним постојањем личних и емотивних односа између наведених лица. Различити приступи праву деде и бабе на личне односе са унуком у нашој судској пракси имају за последицу различите исходе спорова, па је нужно детаљније размотрити оба приступа.

Према првој концепцији, постоји оборива правна претпоставка како је у "најбољем интересу детета" да се деди и баби призна самостално право на контакт са унуком на основу блиског сродничког односа. Домаћи судови су до оваквог решења

¹⁴³⁹ Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, 168.

¹⁴⁴⁰ Вид. чл. 377f. Холандског грађанског законика.

¹⁴⁴¹ Чл. 61. ст. 5. ПЗ.

¹⁴⁴² Вид. чл. 78. ст. 3. ПЗ.

¹⁴⁴³ Вид. Пресуду Врховног Касационог суда, Рев. 1226/2012 од 18. 02. 2013, Актуелна судска пракса 3/2013, 19.

дошли екстензивним тумачењем права детета на очување сопственог идентитета.¹⁴⁴⁴ У ту сврху препознали су потребу да се заштити "породични идентитет", као посебан сегмент идентитета детета.¹⁴⁴⁵ Упориште за своје тумачење, судови су пронашли у правилима КПД, али и начелној одредби ПЗ према којој породица ужива посебну заштиту државе.¹⁴⁴⁶ При томе, породица се у наведеном контексту схватила широко, тако да укључује не само родитеље и децу, већ и друге сроднике.¹⁴⁴⁷ Ипак, суштинска карактеристика оваквог приступа наше судске праксе јесте давање прворазредног значаја праву детета на очување идентитета као елементу за процену "најбољег интереса детета". Тако је суд у једном случају одлучио како баби детета припада право на одржавање личних односа уз надзор социјалног радника и у просторијама Центра за социјални рад, упркос противљењу родитеља који врши родитељско право, мишљењу детета старог 7 година и непостојању претходне емотивне везе између баке и унуке.¹⁴⁴⁸ Дакле, у наведеном случају суд је очување идентитета детета вредновао изнад свих осталих елемената за процену "најбољег интереса детета", укључујући противљење мајке, мишљење детета и постојање емотивне везе између бабе и унуке.

Овакво схватање суда веома је спорно са становишта приступа "најбољем интересу детета" заснованом на правима деце ("*the right-based approach*"), који иначе заговара Комитет за права детета, као надзорни орган за примену КПД на чија се правила суд позива. Очито је да се наша судска пракса у поменутиим случајевима превасходно руководила разлозима правичности, односно принципом комутативне правде, где се интереси бабе, детета и другог родитеља посматрају на потпуно равноправним основама. На наведено тумачење, без сумње, значајно су утицале и околности под којима је отац детета трагично изгубио живот, при чему је онемогућавање контакта са унуком од стране мајке детета било нарочито тешко и болно за баку. У таквој ситуацији, изостао је уобичајени процес доношења одлуке кроз судски силогизам, односно супсумцију. Тачније, суд је из разлога правичности

¹⁴⁴⁴ Вид. образложење Пресуде Општинског суда у Крагујевцу, П-ХVII-3390/07 од 01. септембра 2008. године, Пресуду Округног суда, Гж 2192/08 од 22. децембра. 2008. године и Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 725/09 од 25. марта 2009. године (необјављене судске одлуке).

¹⁴⁴⁵ Вид. Пресуду Врховног Касационог суда, Рев. 1226/2012 од 18. 02. 2013, Актуелна судска пракса 3/2013, 19.

¹⁴⁴⁶ Вид. образложење Пресуде Општинског суда у Крагујевцу, П-ХVII-3390/07 од 01. септембра 2008. године (необјављена судска одлука).

¹⁴⁴⁷ Вид. *ibid.*.

¹⁴⁴⁸ Вид. Налаз и мишљење Центра за социјални рад у Крагујевцу у склопу предмета П-ХVII-3390/07 од 01. септембра 2008 (необјављено).

кренуо обрнутим путем и пошао од правне последице за коју је настојао наћи правно правило под које ће је подвести. Другим речима, пошло се *a priori* од тога да баби детета треба признати право на контакт са унуком, а затим се тражило правно правило из којег би се поменуто право могло извући.

Међутим, наши судови познају и други приступ где се право деде и бабе на одржавање личних односа са дететом посматра у контексту права на породични живот из ЕКЉП.¹⁴⁴⁹ Овакав приступ има за последицу строжије услове за признавање наведеног права деди и баби, као и већу вероватноћу да ће се признато право на контакт са унуком ограничити или искључити применом принципа "најбољег интереса детета". Како би се увиделе специфичности поменутог приступа, потребно је претходно осврнути се на одговарајућу праксу Европског суда за људска права у смислу права деде и бабе на одржавање личних односа са унуком.

Остваривање права деде и бабе на личне односе са дететом по основу права на породични живот подразумева два претходна корака или фазе. Као прво, потребно је да Европски суд за људска права процени како се у конкретном случају односи између деде и бабе и детета могу подвести под појам породичног живота.¹⁴⁵⁰ Након тога, нужно је да Суд изведе закључак како интереси других лица, а пре свих родитеља и детета, не пружају оправдање за мешање у породични живот деде или бабе.¹⁴⁵¹

Најпре, Европски суд за људска права дужан је проценити да ли се одговарајући однос између деде и бабе и унука може окарактерисати као породични живот. Суд је још у својој чувеној одлуци у случају *Marckx v. Belgium* навео да породични живот не треба ограничити само на однос родитеља и деце, већ да се наведеним појмом требају обухватити и "везе између блиских сродника, попут оних између деда и баба и деце, јер имају значајну улогу за породични живот".¹⁴⁵² Овакво тумачење упућивало је на закључак како однос између деде и бабе и унука аутоматски ужива заштиту у смислу права на породични живот. Међутим, Комисија и Европски суд за људска права убрзо су напустили такво становиште.¹⁴⁵³ Наиме, постојање сродничког односа између деде и бабе и унука није више довољно за

¹⁴⁴⁹ Вид. Пресуду Врховног касационог суда, Рев. 2401/10 од 28. априла 2010. године, Правна пракса 11/2011, 42.

¹⁴⁵⁰ Вид. Felicity Kaganas, Christine Piper, "Grandparents and Contact: "'Rights v Welfare' Revisited", *International Journal of Law, Policy and the Family* 2/2001, 257.

¹⁴⁵¹ Вид. *ibid.*, 258.

¹⁴⁵² Вид. пара. 45. *Marckx v. Belgium* [6833/74] од 13. јуна 1979. године.

¹⁴⁵³ Детаљније вид. S. Choudhry, J. Herring, 270 - 271.

успостављање породичног живота, већ је потребно да наведени однос има одређени квалитет. Тако се за утврђивање породичног живота између деде и бабе и унука тражи "довољно блиска лична" веза између њих, заједнички живот детета са дедом и бабом или претходно редовно одржавање личних односа између поменутих сродника.¹⁴⁵⁴

Међутим, ни постојање породичног живота између деде и бабе и детета у конкретном случају није гаранција да ће наведени сродници моћи да остваре своје право. С обзиром да је право на породични живот квалификовано, односно релативно људско право, оно се може ограничити ради одређеног легитимног циља, нужности у демократском друштву или заштите права других лица.¹⁴⁵⁵ У таквим околностима, право деде и бабе на породични живот може се суочити са супротним интересом родитеља и мишљењем детета које не иде у прилог остваривању наведеног права. Другим речима, нарушавање права на породични живот деде и бабе може се правдати жељом да се сачува однос између родитеља и детета, што положај титулара права чини још тежим. На тај начин, пут до остваривања права деде и бабе на одржавање личних односа са дететом у контексту права на породични живот из ЕКЉП захтева савладавање две озбиљне и тешко премостиве препреке.

Као што је напоменуто, нашој судској пракси није страно да се о праву деде и бабе на контакт са дететом одлучује у контексту њиховог права на породични живот. Тако је Врховни касациони суд у једном случају проценио како су "нижестепени судови на правилно утврђено чињенично стање неправилно применили материјално право када су закључили да је тужиљин тужбени захтев за одржавање личних односа са унуком основан и да је у интересу детета и крајњи рок да дете коначно упозна бабу и деду по оцу, те да са њима успостави и одржава контакте јер би на тај начин сазнало за своје порекло и очувало свој идентитет".¹⁴⁵⁶ Дакле, слично као у претходно наведеном примеру из наше судске праксе, између деде и бабе и детета не постоји претходно успостављени лични однос, нити су имали прилике одржавати контакт.¹⁴⁵⁷ Међутим, Врховни касациони суд овде заузима другачији приступ и процењује како нису испуњени услови за одржавањем личних односа између деде и

¹⁴⁵⁴ Вид. случај *S. and S. v. United Kingdom* [10375/83] од 10. децембра 1984. године, 199; *X. v. Switzerland* [8924/80] од 10. марта 1981. године, 185; *Price v. United Kingdom* [12402/86] од 9. марта 1988. године, 234.

¹⁴⁵⁵ Вид. чл. 8. ст. 2. ЕКЉП и у том смислу *S. Choudhry, J. Herring*, 28.

¹⁴⁵⁶ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2401/10 од 28. априла 2010. године, Правна пракса 11/2011, 42.

¹⁴⁵⁷ Треба напоменути како је и у овом случају тужилац била баба детета, а до онемогућавања контакта између детета и ње дошло је такође након смрти оца детета. Вид. *ibid.*

бабе и детета. У образложењу своје одлуке, Суд наглашава како се у овом случају сукобљавају право на породични живот бабе са правом на поштовање породичног живота родитеља детета, те да се наведени конфликт може решити једино проценом "најбољег интереса детета".¹⁴⁵⁸ Имајући у виду утврђено чињенично стање, а нарочито мишљење стручног тима Центра за социјални рад, Врховни касациони суд је сматрао како у том тренутку нису постојали услови да се оствари право деде и бабе на личне односе са унуком.¹⁴⁵⁹

Очито је како је потребно уложити напор за усаглашавањем наше судске праксе по веома значајном питању као што је право деде и бабе на одржавање личних односа са унуком. Из тог разлога, Врховни касациони суд би требао усвојити начелно правно схватање или начелни правни став, како би се ујединила судска пракса по наведеном питању. Прво решење намеће се снагом правичности, док други приступ почива на вредности правне аргументације Европског суда за људска права. Први приступ подразумева само један корак до остваривања права деде и бабе на личне односе са дететом, док приступ заснован на пракси Суда у Стразбуру захтева две фазе на путу до остваривања поменутог права. У оба случаја противљење родитеља и мишљење детета представљају значајне факторе за ограничење или искључење права деде и бабе на контакт са унуком. Због тога, може се закључити како ће бити све мање простора да наши судови доносе одлуке у којима ће, руководећи се принципом правичности, право деде и бабе рангирати изнад мишљења другог родитеља и детета. Тренутни интереси детета, односно родитеља који врши родитељско право однеће вероватно превагу над будућим интересима детета, попут права на очување породичног идентитета.

¹⁴⁵⁸ Вид. *ibid.*

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

ГЛАВА СЕДМА

ПРИМЕНА ПРИНЦИПА "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА" У КОНТЕКСТУ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ БЕЗ РОДИТЕЉСКОГ СТАРАЊА

1. УСВОЈЕЊЕ И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"

1. 1. Смисао и значај принципа "најбољег интереса детета" у области усвојења

Са аспекта детета, усвојење представља најдугорочнији и, макар у европским правним оквирима, најзначајнији облик породичноправне заштите деце без родитељског старања. Са друге стране, заснивање усвојења је у исти мах и начин за успостављање родитељскоправног односа који се не заснива на биолошком родитељству. На тај начин, установа усвојења има двоструки карактер, који указује како се усвојење може појмовно одредити како са становишта правних последица које наступају његовим заснивањем, тако и из угла циља који се усвојењем жели постићи.¹⁴⁶⁰ Другим речима, институција усвојења креће се на линији потребе да се трајније збрине и заштити дете без родитељског старања и успостави нови родитељскоправни однос. Оба карактера усвојења тесно су повезана, јер успостављање родитељскоправног односа између усвојеника и усвојитеља има за примарни циљ заштиту детета без родитељског старања.

¹⁴⁶⁰ Љ. Ђуровић, 153.

Заштитни карактер установе усвојења има своје упориште у низу права деце из КПД. У најширем смислу речи, усвојење као вид збрињавања детета проистиче из права детета на живот, опстанак и развој, као фундаменталног принципа Конвенције.¹⁴⁶¹ На наведено право, надовезује се право детета " које је привремено или трајно лишено свог породичног окружења, или чији најбољи интерес не дозвољава да у том окружењу остане, на посебну заштиту и помоћ од стране државе".¹⁴⁶² Према КПД, државе су дужне поменутом детету обезбедити алтернативно старање које може имати облик хранитељства, кафалаха у исламском праву, усвојења или неопходног смештаја у одговарајуће институције за бригу о деци.¹⁴⁶³

Усвојењем се успоставља и родитељскоправни однос, чиме се свакако остварују и самостални интереси усвојитеља. Потврду оваквог становишта пружа и све већа флексибилност и отвореност законодавстава за могућност усвојења детета од стране појединаца.¹⁴⁶⁴ Међутим, не може се говорити о праву на заснивање усвојења јер воља лица која подносе захтев за усвојење није довољна за успостављање родитељскоправног односа. У том циљу, законодавства прописују низ услова који се требају испунити како би до усвојења могло доћи. Круна тих услова јесте "најбољи интерес детета", који је истовремено гаранција поштовања јавноправних елемената унутар појма усвојења.

Без обзира на свеобухватност "најбољег интереса детета" као општег правног принципа, постоје одређени правни односи код којих је потреба за поштовањем наведеног начела нарочито изражена. Реч је о оним ситуацијама када рањивост детета, као његова природна карактеристика, посебно избија на површину, односно случајевима када долази до распада, нефункционисања или чак изостанка породице. Под наведеним околностима "најбољи интерес детета" постаје принцип врхунског значаја. Из тог разлога, наглашена потреба за заштитом "најбољег интереса детета" постоји у оним случајевима када се дете измешта из свог примарног породичног окружења, раздваја од својих родитељима и нарочито у ситуацијама када се дете одговарајућег породичноправног статуса даје на усвојење. Управо у последњем

¹⁴⁶¹ Вид. Brian Sloan, "Conflicting Rights: English adoption law and the implementation of the UN Convention on the Rights of the Child", *Child and Family Law Quarterly* 1/2013, 48.

¹⁴⁶² Чл. 20. ст. 1. КПД.

¹⁴⁶³ Чл. 20. ст. 3. КПД.

¹⁴⁶⁴ У том смислу, Европском конвенцијом о усвојењу изричито се предвиђа како дете може усвојити и појединац и то на равноправним основама са брачним или ванбрачним паром ако је то у "најбољем интересу детета". чл. 7. ст. 1. у вези са чл. 4. ст. 1. ЕКУ.

случају, "најбољи интерес детета" се кроз КПД изричито формулише као посебан правни принцип "врхунског значаја" (*paramount consideration*).¹⁴⁶⁵

У складу са тим, у правној теорији се наводи како се принципу "најбољег интереса детета" даје апсолутна предност наспрам, како јавних интереса (економских, политичких), тако и личних интереса самих усвојитеља.¹⁴⁶⁶ Ипак, "врхунски значај" наведеног принципа не значи како приликом заснивања усвојења неће бити места за интересе родитеље детета уколико су живи и познати. На овакав закључак упућује правило КПД према којем су "државе-уговорнице у обавези да детету обезбеде такву заштиту и бригу која је нужна за његову добробит, узимајући у обзир права и дужности његових родитеља, законских старатеља и других лица одговорних за дете...".¹⁴⁶⁷

Може се чинити како је овакво правило у несагласности са "најбољим интересом детета" као принципом "врхунског значаја" у области усвојења. Међутим, "најбољи интерес детета" обухвата и процену интереса родитеља, односно лица одговорних за дете и наведени принцип није могуће остварити ако се интереси родитеља детета уопште не би узимали у обзир. Потврду наведеног становишта даје сама КПД у делу који се управо односи на усвојење. Тако се поменути међународним уговором прописује како ће систем усвојења унутар националног законодавства одговарати "најбољем интересу детета" ако је, између осталог, "усвојење допуштено с обзиром на статус детета у односу на родитеље, сроднике и законске старатеље и да су, ако је то предвиђено, заинтересована лица дала информисан пристанак на усвојење....".¹⁴⁶⁸

"Врхунски значај" поменутог принципа из КПД се на одговарајући начин пренео и на национална законодавства. У неким, попут енглеског права, изричито се наводи како се "најбољем интересу детета" даје "врхунски значај" приликом заснивања усвојења.¹⁴⁶⁹ У другим законодавствима, пак, безусловно првенство принципа "најбољег интереса детета" приликом доношења одлуке о заснивању усвојења може произилазити из опште законске формулације принципа "најбољег интереса детета", као и из систематског тумачења правног правила о "најбољем

¹⁴⁶⁵ "Стране уговорнице које признају и/или дозвољавају систем усвајања ће обезбедити да најбољи интерес детета буде од врхунског значаја..." Вид. чл. 21. ст. 1. КПД.

¹⁴⁶⁶ Вид. R. Hodgkin and P. Newell, 295.

¹⁴⁶⁷ Чл. 3. ст. 2. КПД.

¹⁴⁶⁸ Чл. 21. ст. 1. тач. а. КПД.

¹⁴⁶⁹ "Кад год суд или агенција за усвајање требају донети одлуку која се односи на усвојење детета, врхунски значајсе мора дати добробити детета". Чл. 1. Закона о усвојењу и деци из 2002. (The Adoption and Children Act 2002) - АСА. Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 840.

интересу детета" као услову за заснивање усвојења. На пример, у породичном праву Србије, "најбољи интерес детета" се означава као принцип "врхунског значаја", што је снажнија формулација од оне из КПД.¹⁴⁷⁰ С обзиром на овакав домаћај који се наведеном принципу даје у основној законској формулацији, није се могло очекивати да ће се од тога одступити приликом одређивања "најбољег интереса детета" као правног правила у контексту услова за заснивање усвојења. Заиста, ПЗ прописује како се дете може усвојити ако је то у његовом најбољем интересу.¹⁴⁷¹

У контексту принципа "најбољег интереса детета", усвојење има предност у односу на остале облике збрињавања деце без родитељског старања. Наведена предност изразита је у поређењу са институционалним обликом смештаја деце, јер детету омогућава породично окружење.¹⁴⁷² Такође, усвојење има предност и над хранитељством, као установом збрињавања деце привременог карактера, која најчешће обухвата само однос фактичког старања, односно старања о личности детета. У наведеном контексту, интересантно је непотпуно усвојење као облик усвојења којег одликује дуализам родитељских и усвојитељских функција.¹⁴⁷³ Наш бивши ЗБПО познавао је непотпуно усвојење, а у прилог његовог поновног увођења залажу се и творци Преднацрта грађанског законика.¹⁴⁷⁴ Са једне стране раскидивост оваквог вида усвојења и постојање адоптивног сродства уз очување везе усвојеника са крвним сродницима може створити код детета одређену конфузију у смислу психолошке родитељске фигуре за коју ће се везати. Такође, одређене карактеристике установе хранитељства умањују потребу за оваквим обликом усвојења. Ипак, у нашој правној литератури има ставова како наведени облик усвојења може помоћи да се оствари правична равнотежа између интереса родитеља и детета у случајевима када родитељи не сnose кривицу за губитак родитељског

¹⁴⁷⁰ "Свако је дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета". Чл. 6. ст. 1. ПЗ. Вид. Г. Ковачек - Станић (2010), 144.

¹⁴⁷¹ Чл. 89. ПЗ.

¹⁴⁷² Комитет за права детета је у више наврата истицао предности усвојења над институционалним смештајем деце. У том смислу, Комитет сматра како се усвојење деце лишене породичног окружења мора промовисати, развијати и примењивати као алтернатива јавном старању. Вид. Закључна запажања Комитета УН за права детета поводом трећег и четвртог периодичног извештаја Азербејџана од 12. марта. 2012. године - CRC/C/AZE/CO/3-4, пара. 54. Сходно томе Комитет за права детета "препоручује држави-уговорници да повећа напоре како би се деца која има потребу за алтернативним старањем сместила у окружење породичног типа, пре него у институције...." Закључна запажања Комитета УН за права детета поводом трећег и четвртог периодичног извештаја Белорусије од 4. фебруара 2011. године - CRC/C/BLR/3-4, пара. 46.

¹⁴⁷³ Вид. Љ. Ђуровић, 155.

¹⁴⁷⁴ Вид. чл. 124. треће књиге Преднацрта грађанског законика РС.

старања.¹⁴⁷⁵ Сматра се како је у таквим ситуацијама неоправдано да родитељско право престане заснивањем потпуног усвојења.¹⁴⁷⁶

Принцип "најбољег интереса детета" исказује се на два основна начина у области усвојења. Тако наведени принцип може имати улогу посебног услова за заснивање усвојења и основа за диспензацију од појединих услова за усвојење. У првом случају, "најбољи интерес детета" чини изузетак од материјалноправних услова за заснивање усвојења које предвиђа свако законодавство које познаје ову установу.

1.2. "Најбољи интерес детета" као изузетак од материјалноправних услова за заснивање усвојења

Законодавства која познају систем усвојења, по правилу, предвиђају низ материјалноправних услова, односно претпоставки који се морају испунити како би се усвојење могло пуноважно засновати. Поменути услови се обично исказују кроз правила о утврђивању опште подобности усвојеника, односно усвојитеља за усвојење. Како је усвојење сложен породичноправни однос, приликом његовог заснивања мора се водити рачуна о интересима различитих правних субјеката. С обзиром да већина европских законодавстава не допушта усвојење пунолетних лица,¹⁴⁷⁷ потребно је остварити равнотежу између интереса детета, његових родитеља и усвојитеља. Управо се поменута равнотежа и настоји постићи правилима која садрже услове за заснивање усвојења. Као илустративан пример настојања да се

¹⁴⁷⁵ Вид. Слободан Панов, "Породичноправни статус потпуно усвојеног детета", *Архив за правне и друштвене науке* 2/1995, 245.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷⁷ Изузетак су, на пример, права Немачке и Грчке. У Грчкој се допушта усвојење пунолетних лица која су у крвном и адоптивном сродству са усвојитељем закључно са четвртим степеном, а за поступак усвојења не важи начело тајности. Вид. I. Androulidakis - Dimitriadis, 109. За разлику од правила грчког права, којима се првенствено штите одговарајући наследноправни интереси, немачко право има за циљ очување стабилности и континуитета везе између детета и усвојитеља. Наиме, према законодавству наведене државе, пунолетно лице може се усвојити само ако је то морално оправдано, што подразумева да се између усвојитеља и детета претходно развио фактички родитељски однос. Вид. пар. 1767. ст. 1. Немачког грађанског законика. Овакво усвојење, по правилу, има дејство непотпуног усвојења, али суд по захтеву усвојитеља и усвојеника може одредити да усвојење има дејство потпуног усвојења из таксативно наведених разлога (на пример, у исто време се усваја или је већ усвојен од стране истог усвојитеља малолетни брат или сестра пунолетног усвојеника, усвојитељ усваја дете свог супружника итд.). Вид. пар. 1772. Немачког грађанског законика. Ипак, Суд може одбити наведено усвојење ако оно не би одговарало "најбољем интересу" малолетног детета усвојитеља. Вид. пар. 1769. Немачког грађанског законика.

оствари равнотежа између интереса усвојитеља и интереса детета које се усваја могу се навести одговарајућа правила Грађанског законика Аустрије о усвојењу. Тако се, према аустријском праву као доња старосна граница за мушкарца који усваја дете одређује узраст од 30 година, док се за жену у истој ситуацији поменута старосна граница одређује нешто ниже, на 28 година.¹⁴⁷⁸ Међутим, наведено правило важи само ако дете усвајају појединци. У случају да се у улози усвојитеља јављају супружници, довољно је да поменута лица буду старија најмање 18 година од детета које желе усвојити,¹⁴⁷⁹ а уколико се усваја дете другог супружника, допушта се и да разлика у годинама између усвојитеља и усвојеника не буде већа од 16 година.¹⁴⁸⁰ Различита одређивања минималне доби усвојитеља су непосредна последица настојања да се оствари правична равнотежа између интереса лица који желе усвајати децу и детета као усвојеника. Тако, у случајевима када дете жели усвојити појединац, минимална старосна доб усвојитеља је највиша јер интерес детета намеће потребу његовог одрастања у потпуној, двородитељској породици. Насупрот томе, потребна разлика у годинама између лица које усвајају дете и усвојеника је најнижа када се усваја дете свог супружника, односно када тазбинско сродство прераста у адоптивно. У таквим случајевима, интерес детета је најмање угрожен јер дете, по правилу, већ има стабилну заједницу и континуитет односа са својим усвојитељем, односно очухом или маћехом.

Међутим, увођење "најбољег интереса детета" као посебног услова за заснивање усвојења, условно речено, ремети наведену концепцију о остваривању равнотеже између интереса свих учесника у поступку заснивања усвојења. Систематским тумачењем наведеног правила у контексту осталих услова за заснивање усвојења, долази се до закључка како правило о заснивању усвојења у "најбољем интересу детета" представља изузетак у односу на остала правила за успостављање усвојитељског односа. Потврду овакве природе поменутог правила о усвојењу налазимо у Европској Конвенцији о усвојењу, где се наглашава како "надлежни орган неће одобрити усвојење уколико се не увери да ће усвојење бити у најбољем интересу детета".¹⁴⁸¹ Као што се може приметити, наведена формулација из ЕКУ указује на одређени простор за дискрециону власт који органи надлежни за

¹⁴⁷⁸ Вид. чл. 180 ст. 1. тач. 1. Грађанског законика Аустрије.

¹⁴⁷⁹ Вид. *Overview on Austrian Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-austria.pdf>, 3 (10. 12. 2013.)

¹⁴⁸⁰ Вид. чл. 180. ст. 2. тач. 2. Грађанског законика Аустрије.

¹⁴⁸¹ Чл. 4. ст. 1. ЕКУ.

одлучивање о усвојењу имају. Међутим, простор за вршење дискреционе власти је, као што ће се видети, у овом случају ограничен осталим правилима за заснивање усвојења.

Најважнија практична последица оваквог становишта јесте што органи надлежни за заснивање усвојења могу одбити захтев за усвојењем, онда када су сви остали услови испуњени, позивајући се на "најбољи интерес детета". Дакле, административни, односи судски органи пред којима се усвојење заснива, морају претходно утврдити јесу ли све претпоставке за заснивање усвојења остварене.¹⁴⁸² Тек након тога, захтев за усвојењем подлеже својој последњој провери, његовој усаглашености са "најбољим интересом детета". Другим речима, није могуће засновати усвојење ако се не испуни неки од услова опште подобности. Стога није могуће дерогирати било који од поменутих услова позивањем на "најбољи интерес детета". На пример, према праву Србије, не може се дозволити брату да усвоји сестру проценом како је то у "најбољем интересу детета".¹⁴⁸³ Сходно томе, може се рећи како се правило о усвојењу детета, ако је то у његовом "најбољем интересу", активира тек након што орган надлежан за заснивање усвојења утврди да су сви остали услови испуњени. Због тога правило о усвојењу у "најбољем интересу детета" представља изузетак од правила на основу којих се утврђује општа подобност усвојитеља, односно усвојеника за усвојење. Тачније, управо примена принципа "најбољег интереса детета" омогућава надлежном органу да одбије заснивање усвојења, иако су испуњени сви услови који се тичу опште подобности усвојитеља или усвојеника за усвојење.

На овом месту треба нагласити како правила о посебној подобности усвојитеља и усвојеника представљају процесни израз "најбољег интереса детета" као посебног услова за усвојење, што значи како надлежни орган не може одбити усвојење у случају утврђене посебне подобности наведених лица, односно успешног периода прилагођавања.¹⁴⁸⁴ Потврду наведеног схватања пружа чињеница да се утврђивању посебне подобности приступа тек након што се претходно установи како

¹⁴⁸² На пример, у Србији је орган старатељства као административни орган надлежан донети одлуку о заснивању усвојења. Вид. чл. 88. ПЗ. У неким државама, попут Немачке, Француске или Шпаније, одлуку о заснивању доноси судски орган, премда значајну улогу у процесу заснивања усвојења имају одређене агенције за усвојење (Немачка) или одговарајући органи локалне самоуправе. Вид. *Overview on German Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf>, 4 (16. 12. 2013.); *Overview on French Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-france.pdf>, 5 (16. 12. 2013.); *Overview on French Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-spain.pdf>, 4 (16. 12. 2013.)

¹⁴⁸³ Вид. чл. 92. ПЗ.

¹⁴⁸⁴ Вид. чл. 320. ст. 1. тач. 3. ПЗ.

су испуњени сви материјалноправни услови за заснивање усвојења. Међутим, "најбољи интерес детета" остварује своју функцију посебног услова за заснивање усвојења и у случајевима када се не врши избор усвојитеља, односно не утврђује посебна подобност усвојитеља и усвојеника. Наиме, наше законодавство допушта усвојење када родитељи дају сагласност за усвојење са означавањем или без означавања усвојитеља.¹⁴⁸⁵ У првом случају, основ усвојења представља споразум родитеља детета са одређеним брачним или ванбрачним паром. Споразум *de facto* представља основ усвојења и у ситуацијама када брачни или ванбрачни партнер родитеља детета подноси захтев за усвојење свог пасторка, односно детета свог ванбрачног партнера. Међутим, надлежни орган може одбити наведени споразум уколико процени да је супротан "најбољем интересу детета".¹⁴⁸⁶ Другим речима, правило о "најбољем интересу детета" поново се испољава као изузетак од правила о општој подобности за усвојење, односно као посебан услов за заснивање усвојења. У случајевима када брачни или ванбрачни партнер мајке детета подноси захтев за усвојење, дискрециони простор за примену "најбољег интереса детета" се значајно сужава, али такође постоји. На пример, орган старатељства би могао одбити овакав захтев за усвојење ако је брачни или ванбрачни партнер провео релативно кратко време у заједници са дететом у тренутку подношења захтева, што подразумева краће трајање брака између њега и мајке детета.¹⁴⁸⁷

У контексту "најбољег интереса детета" као изузетка од материјалноправних услова за заснивање усвојења, интересантно је анализирати један услов који се тиче опште подобности усвојеника за усвојење, а то је сагласност детета. Наиме, већина европских законодавстава одређује минимални узраст детета чија је сагласност нужна како би се засновало усвојење.¹⁴⁸⁸ Поменути услов представља конкретизацију права детета на мишљење које, пак, није строго омеђено узрастом

¹⁴⁸⁵ Чл. 95. ст. 2. ПЗ

¹⁴⁸⁶ Вид. чл. 317. ст. 3. ПЗ.

¹⁴⁸⁷ На пример, према холандском праву, брачни или ванбрачни партнер родитеља детета може поднети захтев за усвојење детета свог партнера једино ако њихова заједница живота траје најмање три године непрекидно. Вид. чл. 227. ст. 2. Холандског грађанског законика. Истовремено, потребно је да дете живи са партнером мајке у периоду од најмање годину дана у континуитету пре подношења захтева за усвојење. М. Vonk (2007), 112.

¹⁴⁸⁸ На пример, у Немачкој и Италији се тражи да дете има најмање 14 година, у Шведској и Норвешкој 12 година, док се у Руској Федерацији и Србији тражи узраст детета од најмање 10 година. Вид. пар. 1750. ст. 2. Немачког грађанског законика и чл. 22. ст. 6. тач. 2. италијанског Закона бр. 184; вид. одсек 5. Закона о родитељству и старатељству Шведске и чл. 6. ст. 2. норвешког Закона о усвојењу; вид. чл. 132. ст. 1. Породичног закона Руске Федерације и чл. 98. ПЗ.

детета, већ превасходно његовом способношћу да формира своје мишљење.¹⁴⁸⁹ У закону се најчешће одређује минимална доб детета када ће се претпоставити како је оно способно формирати мишљење, што није сметња да се значај мишљењу детета прида и ако је оно млађе од наведеног узраста.¹⁴⁹⁰ Дакле, узраст детета у којем се захтева његова сагласност са усвојењем, не мора се подударати са узрастом када је конкретно дете способно формирати своје мишљење. Значи ли то како се може одбити заснивање усвојења уколико се дете млађе од доби потребне за давање сагласности са усвојењем, али способно формирати своје мишљење, изјасни против усвојења? Одговор је позитиван, под условом да надлежни орган процени како такво усвојење не би било у "најбољем интересу детета". На тај начин се не дерогира правило о сагласности детета са усвојењем, јер се оно због узраста детета у конкретном случају није ни могло применити. Поменуто правило би се дерогирало ако би се, позивањем на "најбољи интерес детета", допустило усвојење иако се њему противи дете старије од траженог узраста за давање сагласности са усвојењем. Због тога, правило о сагласности детета са усвојењем ни у чему не нарушава претходно изнету концепцију према којој усвојење у "најбољем интересу детета" представља изузетак од осталих правила за заснивање усвојитељског односа.

Међутим, услов да усвојење буде у "најбољем интересу детета" није типично правило које представља изузетак, због неодређености његовог обима, односно одређеног степена дискреционе власти који доносиоци одлука о заснивању усвојења имају.¹⁴⁹¹ Ипак, поменуто дискреционо право одлучивања одговарајућих органа ограничено је двојачко. Најпре, као што је већ указано, простор за дискреционо одлучивање о заснивању усвојења у "најбољем интересу детета" јесте простор који преостане након што се утврди како су испуњени сви остали услови за усвојење. Друго, сама природа изузетка намеће потребу за његовом опрезнијом применом, без обзира на неодређеност појма "најбољег интереса детета". Управо из тог разлога, потребно је, у мери у којој је то могуће, утврдити одређене критеријуме или елементе за процену "најбољег интереса детета" као услова за заснивање усвојења.

¹⁴⁸⁹ З. Поњавић (2011а), 216.

¹⁴⁹⁰ На пример, према ПЗ, претпоставља се како је дете старо 10. година способно формирати своје мишљење. Вид. чл. 65. ст. 1. ПЗ у вези са чл. 65. ст. 4. истог Закона.

¹⁴⁹¹ О појму изузетка вид. Р. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић, 575.

1.3. Елементи за процену "најбољег интереса детета" као посебног услова за заснивање усвојења

"Најбољи интерес детета" представља изузетно сложен појам, чија садржина зависи од низа спољних и унутрашњих фактора који се цене у сваком конкретном случају. Спољни фактори чине заправо друштвени, односно културолошки контекст у коме се "најбољи интерес детета" примењује. Реч је о најразличитијим вредностима једног друштва, проистеклим из његове традиције, обичаја, религијских уверења, који се морају узети у обзир јер дете не може бити "самодовољно биће које није у социјалној, емотивној и духовној корелацији са својом породицом и друштвом".¹⁴⁹² Са друге стране, постоје и унутрашњи чиниоци који обликују правни стандард "најбољег интереса детета", а који се тичу самог детета и његовог блиског породичног окружења. У том смислу се говори о узрасту и полу детета, његовим жељама, способностима родитеља да задовоље утврђене потребе детета и сл.¹⁴⁹³ Ипак, примена "најбољег интереса детета" као услова за заснивање усвојења има одређених специфичности у односу на примену наведеног принципа у неким другим области породичноправних односа, попут вршења родитељског права. Поменуте специфичности проистичу из наглашене потребе за збрињавањем, односно заштитом детета која постоји у ситуацијама када се доноси одлука о усвајању, али и потребе за очувањем идентитета детета уколико је позната његова претходна породична средина. На пример, уколико је позната верска припадност детета и усвојитеља, надлежни орган за заснивање усвојења дужан је поменуту околност узети у обзир приликом доношења одлуке о заснивању усвојења у "најбољем интересу детета".¹⁴⁹⁴ Другим речима, вероисповест детета представљаће један од елемената за одређивање садржине "најбољег интереса детета" као посебног услова за заснивање усвојења. Колики ће се значај дати наведеном елементу, зависи од интензитета са којим спољни фактори обликују "најбољи интерес детета" у једном друштву. Ипак, по правилу, утицај верске припадности на заснивање усвојења зависи од дискреционе

¹⁴⁹² С. Панов, 250 - 251.

¹⁴⁹³ Вид. Пресуда Другог општинског суда у Београду П. бр. 5569/05 од 13. јуна 2006. године и пресуда Округног суда у Београду Гж. бр. 13945/06 од 31. октобра 2006. године, Билтен Округног суда у Београду 74/ 2006.

¹⁴⁹⁴ Тако, Комитет за права детета истиче како се приликом заснивања хранитељства или усвојења у обзир мора узети потреба за континуитетом развоја детета и етничко, верско, културно и језичко окружења детета. Вид. пара. 56. CRC/C/GC/14.

процене надлежних органа, засноване на "најбољем интересу детета".¹⁴⁹⁵ При томе, религијска припадност детета се цени заједно са осталим елементима за процену "најбољег интереса детета", које је надлежни орган у конкретном случају узео у обзир.¹⁴⁹⁶

Поменути елементи најчешће представљају унутрашње факторе који обликују садржину "најбољег интереса детета" и ретка су законодавства која дају неке детаљније смернице које би елементе требало узети у обзир приликом одређивања садржине "најбољег интереса детета" код заснивања усвојења. Изузетак у том смислу представља енглеско право, чији Закон о усвојењу и деци из 2002. године наводи листу елемената (*statutory checklist*) који би требали представљати полазиште приликом утврђивања "најбољег интереса детета" у поступку заснивања усвојења. Тако, према наведеном Закону, приликом доношења одлуке о усвојењу, суд или агенција за усвојење би морали узети у обзир следеће чиниоце (између осталих):¹⁴⁹⁷

1. докучиве жеље и осећања детета која се тичу одлуке (разматране у светлу дететовог узраста и разумевања;
2. посебне потребе детета;
3. вероватно дејство које ће (током живота) на дете имати престанак припадности примарној породици и давање на усвајање;
4. дететов узраст, пол, окружење и било која друга карактеристика коју суд, односно агенција сматра значајном;
5. било која штета (у смислу Закона о деци из 1989. године, чл. 41)¹⁴⁹⁸, коју је дете претрпело или за коју постоји ризик да ће је претрпети;
6. однос који дете има са сродницима или било којим другим лицем, а који суд, односно агенција сматрају значајним укључујући:

¹⁴⁹⁵ Изузетак је ирско право, где верска припадност усвојеника или усвојитеља детета није један од спољних фактора за процену "најбољег интереса детета" приликом усвојења детета, већ околност уткана у посебан услов за заснивање усвојења, која се мора утврдити пре процене постојања "најбољег интереса детета" да буде усвојено. Тако, "када усвојитељи детета, дете и биолошки родитељи, односно родитељ детета нису исте вероисповести, решење о усвојењу се не може донети уколико лица чија је сагласност са усвојењем нужна, не знају вероисповест (ако постоји) подносилаца захтева за усвојењем у тренутку давања сагласности." Чл. 4. Закона о усвојењу Републике Ирске из 1974. године.

¹⁴⁹⁶ Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 675.

¹⁴⁹⁷ Одсек 1. (1) 4 - 5. Закона о усвојењу и деци из 2002. године (*Adoption and Children Act 2002*). Вид. M. Oldham (ed.), *Blackstone's Statutes - Family Law 2007-2008*, Oxford University Press, Oxford - New York 2007, 436.

¹⁴⁹⁸ Енглески законодавац даје и општу листу елемената за процену "најбољег интереса детета", независно од природе правних односа који се тичу деце. Поменута листа се налази у Закону о деци из 1989. године (*Children Act 1989*). Вид. одсек 1 (3) поменутог Закона.

- вероватноћу да ће се такав однос наставити и корист детета од наставка поменутог односа;
- способност и решеност било ког сродника детета, односно другог лица да детету обезбеди сигурно окружење у коме се дете може развијати, односно да на други начин задовољи потребе детета;
- жеље и осећања било ког од дететових сродника, односно другог лица према детету.

7. приликом давања детета на усвојење, агенција за усвојење мора посветити дужну пажњу дететовом верском убеђењу, расној припадности и културном, односно језичком окружењу.

Као што се може приметити, енглески законодавац даје детаљну листу елемената за процену "најбољег интереса детета" која обухвата како унутрашње, тако и спољне факторе који обликују садржину наведеног појма. Реч је о врло корисном начину за ублажавање проблема које носи вршење дискреционе власти органа надлежних за заснивање усвојења, што би могло представљати драгоцен путоказ и оним државама, чија законодавства поменути листу немају.

Како би показали начин примене "најбољег интереса детета" као услова за заснивање усвојења, осврнућемо се на две скорашња случаја из праксе Европског суда за људска права у Стразбуру. Поменути судски орган је надлежан за надзор над применом и тумачењем Европске Конвенције за људска права у Стразбуру. Међутим, Суд у Стразбуру се може дотаћи и правног стандарда "најбољег интереса детета" у контексту заштите права на поштовање породичног живота из ЕКЉП. Наиме, садржину правног стандарда "породичног живота" одређује Суд у Стразбуру својим одлукама, при чему се у ЕКЉП наводи како се право на породични живот може ограничити "ако је то у складу са законом и неопходно у демократском друштву из разлога националне безбедности, јавне сигурности или економске добробити државе, ради спречавања нереда или криминала, ради заштите здравља или морала, односно заштите права и слобода других".¹⁴⁹⁹ Дакле, право на породични живот представља једно квалификовано, односно релативно право у смислу да се може ограничити горе из горе наведених разлога.¹⁵⁰⁰ У пракси Суда у Стразбуру, мешање државе у породични живот се често оправдава као сразмерно

¹⁴⁹⁹ Чл. 8. ст. 2. ЕКЉП.

¹⁵⁰⁰ S. Choudhry and J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2010, 4.

легитимним циљевима.¹⁵⁰¹ Наиме, државама се оставља једно поље слободне процене (*margin of appreciation*) да задрже одређену слободу у доношењу одлука које се тичу породичних односа, јер поменути односи нису подобни унификацији, попут, на пример, типичних имовинскоправних односа. Што је поље слободне процене веће, то се пред државе постављају блажи стандарди како би оправдале мешање у породични живот легитимним циљевима. Породичноправни односи представљају управо пример правних односа где су границе поља слободне процене врло широко постављене, односно где Суд у Стразбуру има блаже критеријуме приликом одлучивања је ли мешање државе било сразмерно легитимном циљу. Међутим, ако мешање државе у породичне односе изазове нарочито озбиљне последице, попут разарања породичних веза, Суд у Стразбуру може поставити знатно строжије стандарде приликом оцене да ли је мешање државе било сразмерно легитимним циљевима, што узрокује значајно сужавање обима поља слободне процене.¹⁵⁰² Такав ситуација може настати када се на усвојење даје дете живих и познатих родитеља, при чему "најбољи интерес детета" представља правни стандард кога Суд не може заобићи. О томе на илустративан начин говори недавна одлука Суда у Стразбуру у случају Понтес против Португалије (*Pontes v. Portugal*) из априла месеца ове године.¹⁵⁰³

У поменутом случају, подносиоци представке били су г-дин и г-ђа Понтес као португалски држављани који су у моменту подношења захтева имали четворо деце. Поменути пар је злоупотребом дрога довео своје четворо деце у високо ризично породично окружење, због чега су им најпре изрицане мере корективног надзора, да би касније сва деца била институционално збринута. При томе је најмлађе дете било смештено у засебни дом који се налазио близу 40 километара од места становања детета, док су његова браћа и сесте привремено смештени у установу која се налазила на око 13 километара од породичног дома. Две године након тога надлежни суд је лишио родитеље родитељског права у погледу најмлађег детета, имајући у виду његов узраст и потешкоће родитеља да се врате нормалном животу, као и чињеницу како дете са биолошком породицом није одржавало никакве личне односе. Истовремено дете је дато на хранитељство и покренут је поступак да се дечак усвоји. У међувремену, родитељи детета су успешно прошли третман одвикавања од дроге и

¹⁵⁰¹ Вид. Choundhry and J. Herring, 28.

¹⁵⁰² Choundhry and J. Herring, 34.

¹⁵⁰³ Вид. случај *Pontes v. Portugal* [19554/09] од 10. априла 2012. године.

нашли посао, те је укинута решење о институционалном смештају троје старије деце и она су враћена родитељима. Међутим, португалски породични суд је 2009. године одлучио да се одобри усвојење најмлађег детета, имајући у виду да од 2006. године, када су родитељи били лишени родитељског права, они нису имали никакав контакт са дететом, те да би у "најбољем интересу детета" било да га усвоји друга породица са којом ће моћи да развије стабилан однос. Родитељи детета су сматрали како им је оваквом одлуком португалских власти прекршено право на породични живот, јер им није било омогућено, с обзиром на одлуку о лишењу родитељског права, виђати своје дете у периоду од три године. Суд у Стразбуру је проценио како је захтев родитеља оправдан, те да је Португалија прекршила своје обавезе из ЕКЉП. У образложењу своје одлуке, Суд је, између осталог, дао коментар на који начин треба тумачити "најбољи интерес детета" као услов за заснивање усвојења. Према схватању Суда, "најбољи интерес детета" је да живи са својом породицом, те да се његово раздвајање од породице може оправдати само изузетним околностима и морају се учинити сви напори како би се породични односи очували, те да се у одговарајућем тренутку породица поново успостави. Суд је указао како смештај детета у породично окружење које ће више допринети његовом образовању, не може оправдати одвајање детета од родитеља. У конкретном случају, португалске власти су донеле противуречне одлуке према деци подносилаца представке и раздвојили најмлађе дете од свог брата и својих сестара. При томе, домаћи органи нису разматрали мере које би биле мање радикалне од усвојења, чиме су трајно прекинули везу детета са својом биолошком породицом, што се не може оправдати легитимним циљевима мешања у породични живот. Дакле, одлука португалских власти о заснивању усвојења није почивала на "најбољем интересу детета" у контексту права на поштовање породичног живота из ЕКЉП.

Други интересантан случај, са аспекта одређивања елемената за процену "најбољег интереса детета" приликом заснивања усвојења, тиче се одлуке Гас и Дибоа против Француске (*Gas and Dubois v. France*) из марта ове године.¹⁵⁰⁴ У наведеном случају, ради се о одбијању француских власти да допусте заснивање непотпуног усвојења из разлога што усвојење не би било у "најбољем интересу детета".

¹⁵⁰⁴ Случај *Gas and Dubois v. France* [25951/07] од 15. марта 2012. године.

Представку Суду у Стразбуру поднеле су две француске држављанке које су као истополне партнерке живеle заједно још од 1989. године. Натали Дибоа је 2000. године је родила ћерку у Француској, која је зачета поступком биомедицински потпомогнуте оплодње у Белгији. Дете, у складу са белгијским правом, нема утврђено порекло према оцу и живи од рођења са Дибоа и Гасовом у њиховом заједничком дому. Након што су 2002. године закључиле уговор о цивилном партнерству, као правни облик хомосексуалне заједнице коју француско право допушта, Гасова је поднела захтев за непотпуно усвојење девојчице, уз претходну изричиту сагласност са усвојењем дететове биолошке мајке, а њене партнерке. Француски органи су утврдили како су сви услови за усвојење испуњени, али су одбили захтев јер усвојење не би било у "најбољем интересу детета". Судови поменуте државе су констатовали како би такво усвојење лишило г-ђу Дибоа могућности вршења родитељског права према сопственом детету, сходно правилима Француског грађанског законика. Наиме, једино ако појединац усваја дете свог брачног партнера, усвојитељ и родитељ ће заједнички вршити родитељско право.¹⁵⁰⁵ Овде то није био случај, пошто француско право тада није допуштало могућност закључења хомосексуалних бракова. Подносиатељке представке су сматрале како су оваквим поступањем француских власти претрпеле дискриминацију, услед које је нарушено и њихово право на поштовање породичног живота.¹⁵⁰⁶ Међутим, за разлику од претходног случаја, државе имају широко поље слободне процене приликом одлучивања хоће ли допустити закључење истополних бракова. Истовремено, Суд је нагласио како се и хетеросексуалним партнерима који су склопили споразум о цивилном партнерству такође забрањује могућност непотпуног усвојења, тако да дискриминације није било. У поменутом случају, "најбољи интерес детета" се подударало са интересом биолошке мајке детета, а то је да се захтев за усвојење одбије.

¹⁵⁰⁵ Према члану 365. ст. 1. Француског грађанског законика, "на усвојитеља, у односу на усвојеника", прелазе сва овлашћења из родитељског права...осим ако није супружник оца или мајке усвојеника."

¹⁵⁰⁶ Уживање права и слобода предвиђених овом Конвенцијом осигурава се без дискриминације по било ком основу, попут пола, расе, боје коже, језика, вероисповести, политичког или другог мишљења, националног или социјалног порекла, везе са неком националном мањином, имовног стања, рођења или другог статуса. Чл. 14. ЕКЉП.

1.4. "Најбољи интерес детета" као основ за диспензацију од услова за заснивање усвојења

Усвојење је област, коју попут многих других домена породичног права, прате интензивне промене и стални преображај. Од установе која је некада била фокусирана на интересе лица која не могу имати природно потомство да им се продужи породично име, породично наслеђе и оствари жеља да имају децу, савремени појам усвојења има за примарни циљ заштиту детета, уз узимање у обзир интереса родитеља и усвојитеља. Како је то Савезни уставни суд Немачке још давно констатовао, "усвојење у првом реду служи збрињавању сирочади или деце чији родитељи не могу да се континуирано старају о њима у породице које су у стању да се брину о деци и подижу их, при чему се у исти мах излази у сусрет потреби мушкараца и жена без природног потомства да подижу наведену децу као сопствену".¹⁵⁰⁷ Оваква трансформација усвојења одразила се са једне стране на елиминисање одређених лица из круга усвојеника (пунолетна деца), док су одређени услови за усвојење, под утицајем принципа "најбољег интереса детета", постали флексибилнији.¹⁵⁰⁸ Тако су многа законодавства ублажила ригидност услова за усвојење предвиђајући могућност диспензације од одређених адоптивних сметњи, али и позитивних услова за заснивање усвојења. Ослобађање од појединих услова за усвојење, по правилу, има за циљ прилагођавање наведене установе индивидуалистичком карактеру принципа "најбољег интереса детета".

Не пружају сви услови за заснивање усвојења простор за диспензацију. На пример, у нашем праву постоји правило како се не може усвојити крвни сродник у правој линији, а од сродника у побочној линији рођени брат и сестра, односно брат и сестра по оцу или мајци.¹⁵⁰⁹ У овом случају постоји необорива правна претпоставка како заснивање усвојења између наведеног круга лица не би одговарало "најбољем интересу детета". Насупрот томе, усаглашеност одређених услова за усвојење са "најбољим интересом детета" представља правну претпоставку која се може обарати. Који услови и у којем обиму могу бити предмет диспензације зависи у крајњој

¹⁵⁰⁷ BVerfGE 24, 119 од 29. јула 1968. године - 1 BvL 20/63, 31/66 и 5/67, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 53.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, 54.

¹⁵⁰⁹ Чл. 92. ПЗ.

линији од приступа националног законодавца, те је отуда тешко навести прецизан број услова за заснивање усвојења чија се примена може отклонити. Ипак, анализом решења из европских законодавстава може се закључити како постоје три групе услова који се не морају ригидно примењивати, односно чија сагласност са "најбољим интересом детета" чини обориву правну претпоставку.¹⁵¹⁰ Поменути услови тичу се:

1. разлике у годинама између усвојитеља и усвојеника, односно минималне старосне доби усвојитеља;
2. правила да се у својству усвојитеља јавља брачни или ванбрачни пар;
3. сагласности родитеља са усвојењем.

Најпре, већина европских законодавстава посредно или непосредно захтева постојање одређене разлике у годинама између усвојитеља и усвојеника како би овако успостављени родитељскоправни однос што више одговарао слици биолошке, односно природне породице. У том смислу, наш ПЗ предвиђа да разлика у годинама између усвојитеља и усвојеника не може бити мања од 18 нити већа од 45 година.¹⁵¹¹ Међутим, у изузетним ситуацијама, министар надлежан за породичну заштиту може дозволити усвојење лицу које је старије од усвојеника мање од 18 година или лицу које је старије од усвојеника више од 45 година ако је такво усвојење у најбољем интересу детета.¹⁵¹² Такав случај би, на пример, могао бити када брачни партнер мајке детета не задовољава претходно наведени услов за усвојење, а живи дуги низ година у стабилној брачној заједници са мајком и дететом.¹⁵¹³ У извештају којим се објашњавају правила ЕКУ (*Explanatory Report to the European Convention on the Adoption of Children*) даје се још један пример ситуације где се може допустити усвојење, иако је разлика у годинама између усвојитеља и усвојеника мања од прописане. Реч је о случајевима где су млађи брат или сестра усвојеника већ усвојени од стране одговарајућих усвојитеља у погледу којих наведено дете не испуњава тражени услов минималне разлике у годинама.¹⁵¹⁴ Са друге стране, нека законодавства предвиђају минималну старосну доб за усвојитеља, с тим да се допушта да усвојитељ буде млађи уколико је то у "најбољем интересу детета". На

¹⁵¹⁰ Услови који се разматрају односе се на усвојење од стране домаћих држављана.

¹⁵¹¹ Чл. 99. ст. 1. ПЗ.

¹⁵¹² Чл. 99. ст. 2. ПЗ.

¹⁵¹³ Вид. З. Поњавић (2011а), 220.

¹⁵¹⁴ Para. 52. *Explanatory Report to the European Convention on the Adoption of Children*, CETS No. 202.

пример, према норвешком праву, усвојитељ мора имати најмање 25 година како би се могло донети решење о заснивању усвојења.¹⁵¹⁵ Ипак, надлежни министар може ако постоје озбиљни разлози одобрити усвојење лицу које је навршило 20 година живота.¹⁵¹⁶

Европска Конвенција о усвојењу деце предвиђа да се дете може једнако усвојити како од брачног или ванбрачног пара, тако и од појединца који испуњава законске услове за усвојитеља. Међутим, у нашем породичном законодавству постоји оборива правна претпоставка како је у "најбољем интересу детета" да буде усвојено од брачних или ванбрачних партнера.¹⁵¹⁷ Примена овог услова за усвојење може се изузетно отклонити ако министар надлежан за породичну заштиту дозволи усвојење лицу које само живи из нарочито оправданих разлога.¹⁵¹⁸ На овом месту, законодавац је основ диспензације препознао у правном стандарду "нарочито оправданих разлога", уместо "најбољег интереса детета". Избегавање употребе правног стандарда "најбољег интереса детета" у наведеном контексту може упутити на закључак како се оваквим решењем штите првенствено интереси појединца који усваја дете. Међутим, с обзиром да је "најбољи интерес детета" истовремено и посебан услов за заснивање усвојења, такав закључак не може се прихватити. Законодавац је заправо имао други циљ, а то је да кроз правни стандард "нарочито оправданих разлога" нагласи крајње рестриктиван приступ обарању правне претпоставке како је у "најбољем интересу детета" да буде усвојено од стране брачног или ванбрачног пара. На пример, такав случај би могао бити када дете усваја ујак који је претходно са дететом изградио емотивну и блиску везу.

Упркос томе што установа усвојења има за превасходни циљ породичноправну заштиту детета без родитељског старања, већина европских породичних законодавстава допушта могућност да се усвоји дете које има живе и познате родитеље. Услов је да се родитељи детета претходно сагласе са усвојењем, без обзира на облик вршења родитељског права. У том смислу, наше право искључује могућност заснивања усвојења без изричите сагласности оба родитеља, као и детета способног за расуђивање које је навршило 10 година живота.¹⁵¹⁹ Међутим, поједини правни системи, изузетно допуштају могућност да се заснује

¹⁵¹⁵ Одсек 3. норвешког Закона о усвојењу из 1986. године.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*

¹⁵¹⁷ Вид. чл. 101. ст. 1. ПЗ.

¹⁵¹⁸ Вид. чл. 101. ст. 3. ПЗ.

¹⁵¹⁹ Вид. чл. 95. ст. 1. и чл. 98. ПЗ.

усвојење без сагласности једног од родитеља, па чак и када се родитељ противи усвојењу детета.

Наиме, у једном броју европских држава допушта се могућност да суд својом одлуком надомести, односно замени сагласност родитеља за усвојење детета.¹⁵²⁰ Према немачком праву поступак за диспензацију од услова сагласности родитеља за усвојење може покренути једино дете, односно одговарајући заступник детета.¹⁵²¹ По захтеву детета, "породични суд може заменити сагласност једног родитеља када је тај родитељ упорно и озбиљно кршио своје дужности према детету или је својим понашањем показивао како је равнодушан према детету, односно ако би се детету нанела несразмерна штета уколико не дође до заснивања усвојења. Сагласност се такође може заменити и када родитељ није континуирано кршио дужности, али је то чинио на нарочито озбиљан начин, због чега постоји вероватноћа да му се трајно не може поверити дете".¹⁵²² Међутим, немачко право допушта могућност да суд својом одлуком замени сагласност родитеља за усвојење детета чак и без кривице поменутог родитеља. Тако, "сагласност родитеља може се заменити када је трајно неспособан за старање и подизање детета услед нарочито озбиљне душевне болести или нарочито озбиљног душевног или телесног хендикепа и ако ће развој детета, уколико се усвојење не заснује,...бити у озбиљној мери угрожен".¹⁵²³

Овакво решење може бити проблематично са становишта остваривања правичне равнотеже између интереса родитеља, усвојитеља и детета, која је нужна узимајући у обзир сложени карактер установе усвојења. Ипак, Савезни уставни суд Немачке проценио је како поменуто правило није у супротности са одредбом Устава према којој се "деца могу раздвојити од својих породица против воље својих родитеља или старатеља једино у складу са законом и само ако родитељи или старатељи не успеју извршити своје дужности, односно ако се деца на други начин не доведу у опасност од озбиљног занемаривања".¹⁵²⁴ У поменутој одлуци, Суд је истакао како немачко право гарантује првенство родитеља, њихову независност и одговорност за старање о детету и подизање деце, али у исто време обавезује државу

¹⁵²⁰ На пример, таква могућност постоји у холандском и немачком праву. Вид. чл. 228. ст. 1. тач. d. у вези са чл. 228. ст. 2. Холандског грађанског законика, као и пар. 1748. Немачког грађанског законика.

¹⁵²¹ Вид. пар. 1748. ст. 1. Немачког грађанског законика.

¹⁵²² Пар. 1748. ст. 1. Немачког грађанског законика.

¹⁵²³ Пар. 1748. ст. 3. Немачког грађанског законика.

¹⁵²⁴ Чл. 6. ст. 3. Устава Савезне Републике Немачке.

да их надзире.¹⁵²⁵ При томе, држави није циљ да потисне и замени родитеље, већ да, услед неуспеха природних родитеља у вршењу родитељских дужности, помогне успостављању новог, функционалног родитељскоправног односа, где ће родитељи такође подизати дете независно и самостално, заштићени од неовлашћеног мешања државе.¹⁵²⁶

Може се приметити како немачко право допушта могућност да се путем судске одлуке замени сагласност родитеља за усвојење детета из разлога који у принципу одговарају онима за лишење родитељског права. Наше право се определило за пут правне сигурности где се изричито захтева постојање правноснажне судске одлуке о лишењу родитељског права, односно пословне способности како се од родитеља не би тражила сагласност за усвојење. Немачко право одабрало је еластичнији, али и опаснији пут за примену принципа "најбољег интереса детета" у конкретном случају.

2. ХРАНИТЕЉСТВО И "НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА"

2.1. Карактер хранитељства и одређивање садржине "најбољег интереса детета" у домену хранитељске услуге

Поред усвојења, многа законодавства, укључујући и наше, предвиђају хранитељство као алтернативни облик старања о детету чији родитељи из правних или фактичких разлога нису у стању одговорити дужностима из садржине родитељског права. Наведени облик збрињавања деце у туђој породици познат је од давнина као израз хуманости и услуга добродиног карактера и односио се углавном на заштиту деце без родитеља. Исламске државе, које традиционално одбацују установу усвојења деце, у значајној мери окренуте су управо једном облику добродиног хранитељства, оличеног у установи кафалах као начину збрињавања и заштите сирочади.¹⁵²⁷ Са друге стране, поједине државе, попут Грчке, користе

¹⁵²⁵ BVerfGE 24, 119 од 29. јула 1968. године - 1 BvL 20/63, 31/66 и 5/67, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 64.

¹⁵²⁶ *Ibid.*, 65.

¹⁵²⁷ Према концепту кафалаха или кафале у исламском праву, "хранитељ" се стара о личности детета и издржава дете без настанка родитељскоправног односа као у случају усвојења, при чему није реч о

кураторство, као посебан вид хранитељства за децу са поремећајем у понашању.¹⁵²⁸ Наше породично законодавство после низа година, поново се окренуло установи хранитељства као виду збрињавања деце у туђој породици, додуше у виду услуге лукративног типа.¹⁵²⁹

Породични закон не садржи дефиницију хранитељства, али се таква дефиниција може наћи у Правилнику о хранитељству као подзаконском акту. У том смислу, хранитељство се у нашем праву дефинише као мера заштите детета без родитељског старања, односно детета под родитељским старањем које има сметње у психофизичком развоју или поремећај понашања, а које привремено не може да живи са својим родитељима.¹⁵³⁰ У наведеном Правилнику, наводе се основни принципи и елементи за процену "најбољег интереса детета" приликом заснивања и вршења услуге хранитељства. Тако, истиче се како ће хранитељство бити у сагласности са "најбољим интересом детета" уколико служи принципима безбедности и развоја детета, као и очувању односа између храњеника и чланове његове породице, односно других особа важних за дете.¹⁵³¹ Од посебног значаја је што се поменути подзаконским актом даје врло детаљна листа елемената за одређивање садржине "најбољег интереса детета" приликом заснивања и остваривања хранитељства.¹⁵³² Ови елементи заправо представљају конкретизацију принципа заштите безбедности и развоја детета, као и принципа очувања односа храњеника са члановима своје породице и блиским лицима. На пример, у циљу безбедности и развоја храњеника, предвиђа се континуирано праћење развоја и

установи привременог карактера. Вид. Andrea Büchler, *Islamic Law in Europe: Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Ashgate, Burlington 2011, 69.

¹⁵²⁸ Вид. I. Androulidakis-Dimitriadis, 122,

¹⁵²⁹ Хранитељство се у виду добротине услуге предвиђало у Српском грађанском законнику из 1844. године, где је хранитељ имао право и обавезу да "пристојно издржава" и подиже дете, али не и право "на име и остала права родбинска". Пар. 144. Српског грађанског законика. У годинама после Другог светског рата хранитељство није било предмет интересовања законодавца, али су у пракси били чести случајеви фактичког узимања туђе деце на старање. Судска пракса је издатке које су хранитељи имали поводом издржавања и неге туђе деце третирали као поклоне учињене храњенику. Вид. М. Драшкић (2007), 323. ЗБПО такође није регулисао хранитељство, али је предвиђао два облика породичног смештаја, као установе истог циља. Тако се сврха хранитељства остваривала кроз друштвено организовани облик збрињавања деце у другој породици уз накнаду (организован породични смештај) или у случајевима када су родитељи сами поверавали своју децу другим лицима на привремено старање ("приватни" породични смештај) уз надзор органа старатељства. Љ. Ђуровић, 182. У оба случаја, овакав облик збрињавања деце представљао је уговорни однос, с тим што су се у случају "приватног" породичног смештаја, уместо органа старатељства, као уговорна страна јављали родитељи детета.

¹⁵³⁰ Чл. 2. ст. 1. Правилника о хранитељству из 2008. године - ПХ, *Службени гласник РС*, бр. 36/08.

¹⁵³¹ Под развојем детета подразумева се задовољавање физичких, здравствених, емотивних, социјалних, васпитних и образовних потреба детета. Вид. чл. 5. ПХ.

¹⁵³² Вид. чл. 6. ст. 1. тач. 1 - 13. ПХ.

напредовања детета на хранитељству, тако што социјални радници имају обавезу да интензивно посећују хранитељску породицу у периоду прилагођавања, а током одвијања хранитељства најмање једанпут месечно.¹⁵³³ Са друге стране, принцип очувања односа храњеника са породицом порекла и другим важним особама штити се, између осталог, кроз стандард да се избор хранитељске породице врши примарно у средини порекла детета, да се браћа и сестре смештају у исту хранитељску породицу, као и да се хранитељи могу бирати из редова сродника који имају општу подобност за хранитељство.¹⁵³⁴ У том смислу, у Закону о социјалној заштити изричито се наводи како услуге породичног смештаја првенствено пружају сродници када је то у складу са најбољим интересом корисника.¹⁵³⁵ Поред тога што се генерално узима како је избор сродника детета за хранитеља у "најбољем интересу детета", успостављање хранитељства на наведени начин одговара и државним интересима. Наиме, накнаду за рад неће остваривати хранитељи који су у обавези издржавати дете (деда и баба, брат и сестра).¹⁵³⁶

2.2. Критичне тачке хранитељства са становишта "најбољег интереса детета"

2.2.1. Трајање хранитељског односа

Посматрано са аспекта примене "најбољег интереса детета", могу се уочити три критичне тачке установе хранитељства у нашем праву. Реч је о трајању хранитељског односа, правном односу између родитеља и храњеника када је на хранитељству дете под родитељским старањем и специфичном основу за утврђивање опште подобности храњеника на основу процене да су се родитељи о њему старали на "неодговарајући начин".¹⁵³⁷

¹⁵³³ Чл. 6. ст. 1. тач. 6. ПХ.

¹⁵³⁴ Вид. чл. 6. ст. 1. тач. 1 - 3. ПХ.

¹⁵³⁵ Вид. чл. 50. ст. 1. Закона о социјалној заштити из 2011. године - ЗСЗ, *Службени гласник РС*, бр. 24/2011.

¹⁵³⁶ Информатор за садашње и будуће хранитеље, Министарство рада и социјалне политике РС под покровитељством UNICEF-а и Европске Уније, стр. 11.

¹⁵³⁷ Вид. чл. 113. ст. 3. ПЗ.

Најпре, треба нагласити како је хранитељство установа привременог карактера.¹⁵³⁸ Основни циљ ове установе јесте пружање привремене заштите за дете, било до поновног враћања детета у породицу порекла, било до усвојења.¹⁵³⁹ О томе на најбољи начин говори Европски суд за људска права у Стразбуру у својој одлуци у случају *L. v. Finland* из 2000. године.¹⁵⁴⁰ У поменутој одлуци Суд каже: "Примање детета на старање се редовно мора посматрати као привремена мера, која ће се окончати чим околности дозволе... .. било која мера привременог старања мора бити у сагласности са коначним циљем поновног спајања биолошког родитеља и детета.... ..правична равнотежа мора се остварити између интереса детета које остаје у систему социјалне заштите и интереса родитеља кроз поновно спајање родитеља са дететом".¹⁵⁴¹ Нажалост, у нашој пракси социјалне заштите, хранитељство често представља дугорочни вид заштите који траје до престанка родитељског права.¹⁵⁴²

Трајање хранитељства до престанка правног статуса детета, односно стицања потпуне пословне способности храненика, није у духу ове установе, премда се у нашим друштвено-економским условима често показује као неминовност.¹⁵⁴³ Према творцима теорије о "најбољем интересу детета" као "најмање штетној алтернативи", што је дете дуже у хранитељској породици, то ће могућност за усвојење наведеног детета или његов повратак у биолошку породицу бити мање прихватљива. Поменути аутори посебно су се бавили ситуацијама када се хранитељство заснива ако је дете под родитељским старањем. Тако, чувени тим стручњака наглашава како "одлука да се дете смести у хранитељску породицу мора подразумевати очекивања свих страна.....да ће се дете, сходно свом осећају за време, брзо вратити у породицу. У супротном, хранитељство може постати средство за уништење породице".¹⁵⁴⁴ Сходно томе, хранитељи имају тежак задатак да детету надоместе родитељско

¹⁵³⁸ Вид. чл. 2. ст. 1. ПХ.

¹⁵³⁹ Вид. J. Goldstein *et al.*, 14.

¹⁵⁴⁰ Вид. случај *L. v. Finland* [25651/94] од 27. априла 2000. година, а одлука је постала правноснажна 27. јула 2000. године.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, para. 122.

¹⁵⁴² На пример, током 2010. године од укупног броја случајева престанка хранитељства, скоро 30% припада оспособљавању деце за самосталан живот. Вид. Извештај Републичког завода за социјалну заштиту о раду центара за породични смештај деце и омладине за 2010. годину, Београд 2011, 12. Према стању за 2012. годину, готово 32% деце су у хранитељским породицама седам или више година. Вид. Синтетизовани извештај Републичког завода са социјалну заштиту о раду центара за породични смештај и усвојење деце и омладине за 2012. годину, Београд 2013,19.

¹⁵⁴³ Примера ради, у Немачкој свега 7% од укупног броја храненика остаје у хранитељским породицама у временском периоду дужем од пет година. Видети: Foster Care Statistics 2009, <http://www.childwelfare.gov/pubs/factsheets/foster.pdf>, 7, (28. 03. 2013.)

¹⁵⁴⁴ J. Goldstein *et al.*, 21.

старање, а да истовремено не подрију везе између детета и родитеља.¹⁵⁴⁵ Због тога се сугерише како би требало приликом доношења одлуке о заснивању хранитељства унапред одредити дужину трајања хранитељског односа. Поменути временски период требао би одговарати способности индивидуалног детета да одржи однос са родитељима током њихове раздвојености.¹⁵⁴⁶ Међутим, уколико се хранитељство одужи и изгуби свој привремени карактер, настаје нова ситуација за дете, која мора уживати правну заштиту.¹⁵⁴⁷

Ипак, творци поменуте теорије били су свесни како хранитељство не може парирати установи усвојења у смислу примене принципа "најбољег интереса детета". Према Савезном уставном суду Немачке, "најбољи интерес детета" захтева одлуку која ће детету гарантовати већи осећај сигурности и омогућити породицу детету које није имало здраво породично окружење.¹⁵⁴⁸ У том смислу, усвојење односи превагу над хранитељством, које је замишљено као установа привременог карактера. Из тог разлога, творци теорије "најмање штетне алтернативе" препоручују да се хранитељи покушају убедити да усвоје храњеника у ситуацијама дуготрајног хранитељског односа.¹⁵⁴⁹

2.2.2. Правни однос између хранитеља и родитеља детета

За примену принципа "најбољег интереса детета" након успостављања хранитељства, посебно је важан однос између родитеља и хранитеља детета, нарочито ако је храњеник дете под родитељским старањем. Након заснивања хранитељства, правни положај родитеља детета доживљава одређену трансформацију. Родитељи детета, у сваком случају, остају без права и дужности да чувају, подижу и васпитавају дете, која прелазе на хранитеља. Даље осипање права и дужности из садржине родитељског права зависи од породичноправног статуса детета које је дато на хранитељство. Тако, уколико се ради о детету без родитељског

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*

¹⁵⁴⁶ Вид. *ibid.*

¹⁵⁴⁷ У том смислу, немачко право прописује како у случајевима када је дете у дужем временском периоду живело у хранитељској породици, а родитељи желе раскинути хранитељство, породични суд може по службеној дужности или по захтеву хранитеља наложити да дете остане са хранитељем, све док би најбољи интерес детета био угрожен раскидом хранитељства. Пар. 1632. ст. 4. Немачког грађанског законика. Према схватању Савезног уставног суда Немачке, "најбољи интерес детета" ће у наведеном контексту бити угрожен ако би раздвајање детета од хранитеља имало за последицу озбиљно и трајно нарушавање физичког или психичког здравља детета. Вид. BVerfGE 79, 51 од 12. октобра 1988. године - 1 BvR 818/88, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 289.

¹⁵⁴⁸ Вид. *ibid.*, 297.

¹⁵⁴⁹ Вид. *ibid.*, 22.

старања, родитељима, по правилу, остаје само дужност издржавања детета. Међутим, уколико се на смештај у туђу породицу даје дете са сметњама у психо-физичком развоју или поремећајима у понашању, садржина родитељског права се, у извесном смислу распоређује и дели, између родитеља и хранитеља детета. Тако, родитељима детета, поред дужности издржавања детета, остају право и дужност да заступају дете, да управљају и располажу имовином детета, те да одржавају личне односе са дететом.¹⁵⁵⁰ Родитељи имају и једно право које заједнички и споразумно остварују са хранитељем детета. Тако се, одлуке о питањима која битно утичу на живот детета, могу доносити само на основу споразума хранитеља са родитељима детета, што би посебно у виду требао имати хранитељ, с обзиром да се непосредно стара о детету.¹⁵⁵¹ Породични закон као примере неких питања која битно утичу на живот детета наводи: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промену пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности.¹⁵⁵² Положај родитеља је овде сличан положају родитеља који не врши родитељско право по разводу брака, што је још један доказ о квази-родитељској природи хранитељског односа.¹⁵⁵³ Ипак, нека питања од битног утицаја за живот детета, које Закон наводи, нису подобна за заједничко и споразумно одлучивање родитеља и хранитеља детета. На пример, хранитељ не може утицати на одлуку о располагању имовином детета велике вредности, јер уопште и нема право управљати и располагати имовином детета. Такође, одлука о промени пребивалишта детета се не може донети без сагласности органа старатељства, с обзиром да се хранитељска породица само изузетно може налазити изван средине порекла детета.¹⁵⁵⁴ Истовремено, промена пребивалишта детета би свакако представљала промену од значаја за одвијање хранитељства, због које би орган старатељства могао донети одлуку о раскиду хранитељства или одлуку којом се ускраћује општа подобност хранитеља.¹⁵⁵⁵

Као што је већ речено, родитељу детета припада и право на одржавање личних односа са дететом које се налази на хранитељству. Ово је једно од најважнијих права родитеља, будући да одражава саму суштину установе

¹⁵⁵⁰ Чл. 120. ПЗ

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² Вид. чл. 78. ст. 4. ПЗ

¹⁵⁵³ Вид. Зоран Поњавић. *Приватизација породице и породичног права*, ЈП Службени гласник, Београд, 2009, 161.

¹⁵⁵⁴ Вид. чл. 6. ст. 2. ПХ

¹⁵⁵⁵ Вид. чл. 29. ст. 4. ПХ у вези са чл. 122. ст. 1. ПЗ.

хранитељства, а то је очување везе са биолошком породицом. Такође, одржавање веза између детета и његове биолошке породице чини саставни део права детета на идентитет.¹⁵⁵⁶ Наш ПЗ не предвиђа могућност да дете поднесе захтев за раскид хранитељства, што се може сматрати његовим недостатком.¹⁵⁵⁷ У домаћој правној литератури истиче се као апсурд што је сагласност детета које је навршило 10. година живота и способно за расуђивање услов за заснивање хранитељства, а да при томе дете нема право тражити раскид хранитељског односа.¹⁵⁵⁸ Наведени недостатак нашег законодавства може се у одређеној мери отклонити преко поступка за заштиту права детета. Тако, уколико хранитељ отежава или онемогућава контакт између детета и родитеља, дете може поднети тужбу за заштиту права на одржавање личних односа са родитељима, што може имати за последицу раскид хранитељског односа.¹⁵⁵⁹ Наиме, ако надлежни суд процени како је повређено право детета на одржавање контакта са родитељима, одлуку ће доставити органу старатељства, који ће бити дужан да донесе одлуку о раскиду хранитељства, јер поменути облик алтернативног старања више није у "најбољем интересу детета".¹⁵⁶⁰ Са друге стране, ако родитељ детета сматра како му се крши право на личне односе са дететом, које се налази на хранитељству, може непосредно поднети захтев органу старатељства да се хранитељство раскине.¹⁵⁶¹

Нажалост, у нашим друштвеним условима, постоје значајни проблеми са остваривањем права родитеља на контакт са дететом на хранитељству у пракси. Добру илустрацију наведеног проблема представља Извештај Републичког завода за социјалну заштиту о раду центара за породични смештај деце и омладине за 2010. годину. У поменутом извештају се, између осталог, закључује како већина деце на хранитељству нема никакве контакте са биолошком породицом, иако више од половине њих долази из оваквих породица.¹⁵⁶² Такво стање је неприхватљиво, нарочито ако се има у виду како је право на одржавање личних односа са родитељима истовремено и право детета.¹⁵⁶³ Будући да мора имати увид у одвијање

¹⁵⁵⁶ Вид. Чл. 8. ст. 1. КПД и у том смислу Добрила Грујић *et. al.*, *Сигурним кораком до хранитељства - приручник за хранитеље*, Центар за породични смештај деце и омладине Београд 2009, 38.

¹⁵⁵⁷ З. Поњавић (2011а), 270.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁵⁹ У овом случају дете могу заступати његови родитељи јер им интереси нису супростављени. Вид. чл. 265. ст. 1. ПЗ.

¹⁵⁶⁰ Вид. чл. 122. ст. 3. ПЗ.

¹⁵⁶¹ Вид. чл. 122. ст. 2. ПЗ.

¹⁵⁶² Вид. Извештај Републичког завода за социјалну заштиту о раду центара за породични смештај деце и омладине за 2010. годину, Београд 2011. године, 18.

¹⁵⁶³ Вид. чл. 61. ст. 1. ПЗ.

хранитељског односа, орган старатељства је у наведеним случајевима дужан да покуша отклонити разлоге због којих се не одржавају лични односи између родитеља и храненика. Ако у томе не успе, преостаје му да донесе одлуку о раскиду хранитељства или да покрене поступак за лишење родитељског права, у зависности од разлога због којих се не остварује контакт између родитеља и храненика.¹⁵⁶⁴

2.2.3. "Неодговарајуће родитељско старање" као разлог за заснивање хранитељства

Нису сви законски разлози због којих дете остаје без родитељског старања, а родитељи без могућности да се успротиве хранитељству, тако јасни. Проблем изазива законска формулација како се без родитељског старања може оставити и дете о коме се родитељи "не старају или се старају на неодговарајући начин".¹⁵⁶⁵ Оваква формулација доноси неуобичајено широка дискрециона овлашћења органу старатељства приликом доношења одлуке о заснивању хранитељства, што ставља на озбиљан тест принцип "најбољег интереса детета". Да све буде значајније, статистика показује како "неадекватно родитељско старање" доминира међу разлозима за заснивање хранитељства у нашој пракси.¹⁵⁶⁶ На тај начин опасност од нарушавања или боље речено злоупотребе принципа "најбољег интереса детета" постаје реалност.

Остаје нејасно због чега се законодавац одлучио издвојити случајеве "неадекватног родитељског старања" из контекста лишења родитељског права. За оваквим решењем није било потребе, нарочито ако се има у виду да се у ПЗ, као пример разлога за потпуно лишење родитељског права, наводи случај када се родитељ "уопште не стара о детету".¹⁵⁶⁷ Са друге стране, ситуације када се родитељи "старају о детету на неодговарајући начин" блиска је правном стандарду "несавесног вршења родитељског права. "Неодговарајуће родитељско старање" свакако је блажи

¹⁵⁶⁴ Вид. чл. 122. ст. 3. и чл. 264. ст. 2. ПЗ.

¹⁵⁶⁵ Вид. чл. 113. ст. 3. ПЗ.

¹⁵⁶⁶ Током 2008. године, чак 63,4% деце су смештена у хранитељске породице из наведеног разлога. Ипак, присутна је постојана тенденција да се смањи учешће "неадекватног родитељског старања" у укупној структури разлога за заснивање хранитељског односа, тако да је током 2012. године било 36, 7% деце, која су по овом основу смештена у хранитељске породице. Вид. Синтетизовани извештај Републичког завода за социјалну заштиту о раду центара за породични смештај и усвојење деце и омладине за 2012. годину, Београд 2013, 18.

¹⁵⁶⁷ Вид. чл. 81. ст. 3. тач. 2. ПЗ.

вид угрожавања развоја детета од случајева када се родитељ "уопште не стара о детету" и може се односити како на чињење, тако и на пропуштање или избегавање родитеља да врше своје дужности из садржине родитељског права. У том смислу, орган старатељства не може бити надлежан да доноси одлуке којима би се родитељ остављао без родитељског старања због процене да се стара о детету "на неодговарајући начин". Давање таквих дискреционих овлашћења органу старатељства било би у супротности, како са самим ПЗ, тако и са КПД.¹⁵⁶⁸ Истовремено, надлежност органа старатељства за доношење оваквих одлука не предвиђа изричито ни ЗСЗ из 2011. године.¹⁵⁶⁹ Одлуке о раздвајању детета од родитеља може доносити само суд, онда када је то у најбољем интересу детета.¹⁵⁷⁰

Ипак, постоји један изузетак када орган старатељства може донети одлуку о одвајању детета од родитеља без претходне родитељске сагласности. Наиме, у ситуацијама када се дете налази у озбиљној и непосредној опасности, орган старатељства може донети привремени закључак о обезбеђењу смештаја детета, док суд не донесе одлуку о изрицању мера насиља у породици или лишењу родитељског права.¹⁵⁷¹ У овом случају, детету се поставља привремени старатељ и обезбеђује смештај ван родитељског дома. Орган старатељства је у обавези да након доношења ове мере, одмах покрене одговарајући судски поступак. У наведеној ситуацији, може доћи до заснивања ургентног хранитељства јер хитност ситуације не трпи одлагање и чекање судске одлуке. Међутим, овакво дете се и даље, до доношења одговарајуће судске одлуке, налази под родитељским старањем.¹⁵⁷² Због тога се основ одлуке органа старатељства за привремено раздвајање детета од родитеља и смештај у туђу породицу не може тражити у "неодговарајућем старању о детету".¹⁵⁷³ Дакле, поменута ситуација представља изузетак од правила како ће се увек тражити сагласност родитеља за смештај детета у родитељску породицу уколико је дете под родитељским старањем.

Коначно, правилном да се може засновати хранитељство над дететом о коме се родитељи старају "на неодговарајући начин" нарушава кохерентност прописа о усвојењу. Наиме, познато је како се усвајају првенствено деца без родитељског

¹⁵⁶⁸ Вид.: чл. 60. ст. 2. ПЗ у вези са чл. 9. ст. 1. КПД.

¹⁵⁶⁹ Вид. чл. 120. ЗСЗ.

¹⁵⁷⁰ Вид. чл. 60. ст. 2. ПЗ.

¹⁵⁷¹ Мера 2. Мера за отклањање неправилности у вршењу послова смештаја деце и омладине у установе социјалне заштите, Министарство рада и социјалне политике РС од 3. новембра 2006. године.

¹⁵⁷² Вид. чл. 132. ст. 1. ПЗ.

¹⁵⁷³ Вид. чл. 113. ст. 3. ПЗ.

старања, што овде не може бити случај. Тако, ПЗ таксативно набраја каквог породичног статуса мора бити дете како би било опште подобно за усвојење и при томе изоставља случај детета о коме се родитељи старају "на неодговарајући начин".¹⁵⁷⁴ Дакле, од родитеља из наведене групе неће се тражити сагласност за заснивање хранитељства, али ће њихова сагласност бити неопходна када се ради о заснивању усвојења. Својеврстан апсурд је што родитељи који се старају о детету "на неодговарајући начин" не могу одлучивати о питањима која битно утичу на живот детета заједно са хранитељем, али могу ускратити сагласност за усвојење детета, што је управо "питање које битно утиче на живот детета".¹⁵⁷⁵ Све ово указује на велику унутрашњу несагласност самог ПЗ по питању раздвајања детета од родитеља.¹⁵⁷⁶

На крају, посебно треба нагласити како се на хранитељство никада не може дати дете искључиво због лошег материјалног стања његових родитеља.¹⁵⁷⁷ Другим речима, процена да се родитељи не старају о детету на одговарајући начин, не сме имати своје упориште једино у материјалним приликама родитеља.¹⁵⁷⁸ У таквим ситуацијама, постоје друге мере социјалне заштите и социјалне помоћи које држави стоје на располагању да се таквим родитељима помогне.

2.3. Одржавање личних односа између хранитеља и храњеника по престанку хранитељства

Хранитељство је као установа привременог карактера замишљена да траје до повратка детета у породицу порекла или усвојења детета. У том смислу, хранитељима припада осетљив и тежак задатак да обезбеде и омогуће детету опстанак и развој до тренутка када ће се питање родитељског старања трајно уредити. Ипак, без обзира што наступају са позиције својеврсног представника државе, хранитељи детету требају пружити одговарајућу микро-средину за одрастање, скројену према мерилима индивидуалног детета. Будући да се старају о

¹⁵⁷⁴ Вид. чл. 91. ПЗ.

¹⁵⁷⁵ Вид. чл. 120. ПЗ.

¹⁵⁷⁶ У том смислу вид. З. Поњавић (2009а), 266.

¹⁵⁷⁷ Вид. З. Поњавић (2009а), 265; М. Драшкић (2007) 324.

¹⁵⁷⁸ У том смислу вид. Мишљење поверенице за заштиту равноправности поводом притужби А. ж. ц. против центара за социјални рад због дискриминације по основу имовног стања у области социјалне заштите, бр. 07 - 00 - 401/2013 - 02 од 15. 10. 2013. године.

личности детета, природно је очекивати да се између хранитеља и детета развије одређена емотивна веза. Штавише, хранитељ не може успешно одговорити својој функцији ако би смисао хранитељства проналазио једино у праву на материјалну накнаду за свој рад. Сходно томе, по престанку хранитељства може настати проблем одржавања личних односа између хранитеља и детета као значајно питање за "најбољи интерес детета". Питање је веома сложено и заслужује да се посебно размотри.

Могућност, да по престанку хранитељства, хранитељ и дете одржавају личне односе зависиће од конкретних околности сваког појединачног случаја. Ипак, три групе чињеница су од кључног значаја како би се у правном смислу препознала потреба за наведеним контактом. Тако, од значаја је да ли се одржавање личних односа посматра као право детета или право хранитеља, затим, веома је важно колико је хранитељство трајало и да ли је успостављена блиска емотивна веза између хранитеља и детета и коначно, битно је да ли је хранитељство престало повратком детета у породицу порекла или заснивањем новог родитељскоправног односа усвојењем.

Већина европских права, укључујући и наше, признаје детету право на одржавање личних односа и са трећим лицима, која нису сродници детета, али са којима дете има близак емотивни однос.¹⁵⁷⁹ У ову групу лица могу се укључити и хранитељи детета. Дакле, дете ће имати право на контакт са хранитељем под условом да је са њим изградило блиску емотивну везу, што ће у доброј мери зависити од узраста детета и трајања хранитељства. Са друге стране, одређен број европских законодавстава одлучује се под истим условима признати идентично право хранитељу.¹⁵⁸⁰ Признавање права хранитељу да одржава личне односе са дететом такође се условљава принципом "најбољег интереса детета".¹⁵⁸¹

Правна потреба за контактом између хранитеља и детета по престанку хранитељства у великој мери зависи од временског периода који је храненик провео у хранитељској породици. Што је наведени период краћи, мање су шансе да ће се

¹⁵⁷⁹ На пример, белгијско право тражи доказ о постојању "значајне наклоности" детета према хранитељу и обрнуто, док немачко законодавство садржи општу одредбу како право на контакт припада лицима која имају "социо-породични однос". Вид. К. Boele-Woelki *et. al.*, 170. Према ПЗ, дете има право на личне односе са хранитељем ако са њим везује "посебна блискост", под условом да је остваривање овог права у "најбољем интересу детета". Вид. чл. 61. ст. 5. ПЗ.

¹⁵⁸⁰ На пример, према француском праву, када добробит детета то захтева, суд ће одредити одржавање личних односа између детета и трећих лица, без обзира да ли су у сродству. Вид. чл. 371-5. Француског грађанског законика.

¹⁵⁸¹ К. Boele-Woelki *et al.*, 170.

правно препознати потреба за одржавањем личних односа између хранитеља и детета по окончању хранитељства. У том смислу, емотивна везаност хранитеља за дете обично неће бити довољан разлог за признавање права на одржавање личних односа уколико је хранитељски однос кратко трајао.¹⁵⁸² За заснивање права хранитеља на контакт са дететом, потребна је, по правилу, кумулација субјективног и објективног критеријума, односно постојање блиске емотивне везе и дуже трајање хранитељства. Сличан приступ постоји и у случајевима признавања права детета на контакт са хранитељем.

Користан путоказ за утврђивање постојања права хранитеља на одржавање личних односа са дететом даје пракса Европског суда за људска права. У наведеном контексту, право хранитеља на личне односе са дететом одговара праву на поштовање породичног живота из ЕКЉП. Практика поменутог Суда поводом права на породични живот нарочито је корисна јер такође подразумева две фазе приликом доношења одлуке. Такво "двостепено" одлучивање одговара доношењу одлуке о праву хранитеља на контакт са дететом које исто тако обухвата два корака. Наиме, најпре је потребно утврдити да ли је у одређеном случају хранитељ уопште имао квалитет односа са дететом који би завређивао признавање права на одржавање личних односа. Тек ако утврди како хранитељу треба признати право на контакт са дететом, национални суд одлучује да ли такав контакт одговара принципу "најбољег интереса детета" у конкретном случају. Сличан механизам постоји и приликом одлучивања Европског суда за људска права у смислу права на породични живот подносиоца представке. Најпре се утврђује да ли конкретни породични однос представља право на породични живот, а потом да ли је оправдано да се наведено право у датом случају ограничи.¹⁵⁸³ Однос између родитеља и детета аутоматски чини породични живот у смислу КПД, али то није случај са односом између хранитеља и детета. Из тог разлога, Европски суд за људска права најпре мора утврдити завређује ли конкретни хранитељски однос да се обухвати појмом породичног живота, баш као што национални судови прво морају установити да ли одређено хранитељство може изнедрити право хранитеља на контакт са дететом.

¹⁵⁸² Тако, Савезни уставни суд Немачке у једној одлуци истиче како раздвајање детета од хранитеља има мању тежину, него када се ради о раздвајању детета од родитеља. Наклоност хранитеља према детету може представљати утицајан фактор, али то не мења чињеницу да су хранитељи својом вољом пристали на хранитељство свесни његовог привременог карактера. Вид. BVerfGE 79, 51 од 12. октобра 1988. године - 1 BvR 818/88, *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 294.

¹⁵⁸³ Вид. чл. 8. ст. 2. ЕКЉП.

Европски суд за људска права бавио се наведеним питањем у случају *Copf and Liberda v. Austria* из 2012. године.¹⁵⁸⁴ Подносиоци представке су двоје аустријских држављана, који су током 1997. године постали хранитељи двогодишњег детета Ф, након што је дете избављено из стана у коме је мајка, под утицајем наркотика, изазвала пожар. У међувремену, мајка Ф. се опоравила и син јој је враћен у октобру 2001. године. Копф и Либерда су у децембру 2001. поднели захтев суду у Бечу да им се одобри одржавање личних односа са дететом. Готово три године касније, у новембру 2004. Окружни суд у Бечу је одбио њихов захтев уз образложење како њихова немогућност да одржавају личне односе са дететом не угрожава "најбољи интерес" детета. Судови у Бечу су закључили како је Ф. развио близак и позитиван однос са својом мајком. Без обзира што су подносиоци представке истински бринули за добробит детета, омогућавање одржавања личних односа са њима би дете довело у стање "подељене лојалности" ("*loyalitätskonflikt*"), што не би било у дечаковом "најбољем интересу".¹⁵⁸⁵ Подносиоци представке су навели како им је, као последица онемогућавања одржавања личних односа са бившим хранителом, повређено право на породични живот.¹⁵⁸⁶

Суд је констатовао да су подносиоци представке били хранитељи дечака Ф. готово четири године и како су са њим су развили емотивне везе и истински водили рачуна о дечаковој добробити. Ипак, након периода који је провео у хранитељској породици, дечак је живео са својом биолошком мајком близу три године. У том временском периоду, хранитељи нису одржавали никакве личне односе са дететом, те је у дечаковом "најбољем интересу" да се хранитељима не допусти да га посећују.¹⁵⁸⁷ Суд је закључио како су аустријски судови, у моменту доношења одлуке, постигли правичну равнотежу између сукобљених интереса детета и његових бивших хранитеља.¹⁵⁸⁸

Међутим, за окончање поступка је аустријским судовима требало више од три и по године. Иако је случај био у извесном смислу сложен, није се пружио задовољавајуће објашњење за споро напредовање поступка и за чињеницу да је у два наврата дошло до застоја поступка. При томе је Окружни суд закључио како би

¹⁵⁸⁴ Вид. случај *Copf and Liberda v. Austria* [1598/06] од 17. јануара 2012. године, а одлука је постала правноснажна 17. априла 2012.

¹⁵⁸⁵ Вид. *ibid.*, пара. 23.

¹⁵⁸⁶ Вид. *ibid.*, пара. 28.

¹⁵⁸⁷ Вид. *ibid.*, пара. 46.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, пара. 44.

постојали ваљани разлози да се подносиоцима представке призна право на личне односе са дететом да су се одлуке донеле раније.¹⁵⁸⁹

Сходно томе, Суд је закључио како аустријски судови нису довољно брзо донели одлуку по захтеву подносиоца представке да им се омогући одржавање личних односа са храњеником, чиме се нарушило њихово право на породични живот.¹⁵⁹⁰ У поменутом случају постојало је право на породични живот између хранитеља и детета, будући да је током периода хранитељства почела да се формира "емотивна веза између хранитеља и детета налик родитељској".¹⁵⁹¹ Међутим, дужина временског периода у коме хранитељи нису имали контакт са дететом утицала је да њихово право избледи наспрам јачег, родитељског права.

За признавање права детета, односно хранитеља на одржавање личних односа значајно је и како је хранитељство престало. Ако је хранитељски однос окончан повратком детета у породицу порекла, веће су шансе како ће се правно препознати потреба за контактом између хранитеља и родитеља. Са друге стране, ако је дете збринуто у усвојитељској породици, противљење усвојитеља може значити трајну немогућност остваривања контакта између хранитеља и детета.

Већи домашај несагласности усвојитеља са одржавањем личних односа између хранитеља и детета није последица дискриминације родитеља наспрам лица која као усвојитељи заснивају родитељскоправни однос са дететом. Наиме, хранитељство настаје најчешће као последица немогућности родитеља да одговоре дужностима из садржине родитељског права. Због тога би било правично да родитељи трпе одржавање личних односа између хранитеља и детета у случајевима када између наведених лица постоји блиска емотивна веза као резултат дужег временског периода проведеног које је дете провело у хранитељској породици. Насупрот томе, усвојитељи детета представљају лица која желе потпуно интегрисати дете у породицу и пружити му трајно породично окружење са свим правима и обавезама које из тога произилазе. Због тога се само у изузетним случајевима може замислити одржавање личних односа између хранитеља и детета које је усвојено. Ово не значи да ће се *a priori* сматрати како је контакт између хранитеља и детета у "најбољем интересу детета", док се детету, односно хранитељу неће признати право на одржавање личних односа ако се томе противе усвојитељи. Суштина је у томе да

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, para. 47.

¹⁵⁹⁰ Вид. *ibid.*, para. 48 - 49.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, para. 37.

ће се у сличним околностима случаја строжије ценити услови за признавање права хранитеља или детета на контакт коме се противе усвојитељи, него када родитељи изражавају своју несагласност са таквим контактом.¹⁵⁹² У том смислу, од посебног значаја биће мишљење детета. Према нашем праву дете које је навршило 15 годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи.¹⁵⁹³ Треба узети како се наведеним правилом могу обухватити и хранитељи детета као блиска лица, јер је наведена способност детета квалитативне природе и не може се ограничити само на одређени круг особа. У оваквим ситуацијама, мишљење детета има одлучујући карактер и формира необориву правну претпоставку како је контакт са хранитељем у "најбољем интересу детета".

3. СТАРАТЕЉСТВО НАД МАЛОЛЕТНИЦИМА КАО ИЗРАЗ "НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА"

3.1. Стављање малолетног штићеника под старатељство и постављање старатеља

Примарна одговорност за подизање и развој детета припада његовим родитељима. Међутим, уколико су родитељи правно или фактички у немогућности да врше дужности из садржине родитељског права, држава је дужна да интервенише и заштити дете како би се омогућило остваривање права детета на опстанак и развој. Пракса заштите деце је током последњих деценија значајно проширена, те је поред заштите сирочади укључила и заштиту деце чији живи и познати родитељи нису у стању одговорити својим дужностима.¹⁵⁹⁴ Услед индивидуализације деце надзорна функција државе је повећана, а појам "детета без родитељског старања" добио на

¹⁵⁹² На пример, енглески судови су невољни наметати контакт усвојитељима детета који посматрају као мешање у њихово право да васпитавају дете. John Eekelaar, "Contact and the Adoption Reform", *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare* (eds. A. Bainham et al.), Hart Publishing, Oxford - Portland 2003, 255.

¹⁵⁹³ Чл. 61. ст. 4. ПЗ.

¹⁵⁹⁴ Katja Schweppe, "Child Protection in Europe: Different Systems - Common Challenges", *German Law Journal* 10/2002, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=196>, (25. 12. 2013.).

обиму. Проширење наведеног појма и на дете које има живе и познате родитеље увећало је простор за задирање државе у родитељска права и најближе породично окружење детета. Због тога већина европских породичних законодавстава инсистира на старатељству као установи која представља *ultima ratio* у настојањима да се заштите права и интереси детета.¹⁵⁹⁵ Другим речима, како би се остварила правична равнотежа између циљева заштите детета и очувања његове примарне породичне средине, односно интереса родитеља, државе прописују одговарајуће мере којима се превасходно настоји пружити помоћ и подршка родитељима да отклоне недостатке у вршењу родитељског права.¹⁵⁹⁶ Остваривање наведене равнотеже одговара принципу "најбољег интереса детета" јер се на овај начин постављају границе неумереној државној интервенцији у породичне односе. Ако то није могуће или ако је степен угрожености права и интереса детета такав да поменуте мере бивају обесмишљене, дете ће остати без родитељског старања. У таквим околностима дете ће се ставити под старатељство и поставиће му се старатељ, као физичко и у ређим случајевима правно лице, које ће имати задатак да се стара о личности детета и његовим имовинским правима и интересима под надзором одговарајућег државног органа.¹⁵⁹⁷

Према нашем породичном законодавству, дететом без родитељског старања сматра се дете: које нема живе родитеље, дете чији су родитељи непознати или је непознато њихово боравиште, дете чији су родитељи потпуно лишени родитељског права односно пословне способности, дете чији родитељи још нису стекли пословну способност, дете чији су родитељи лишени права на чување и подизање односно васпитавање детета и дете чији се родитељи не старају о детету или се старају о детету на неодговарајући начин.¹⁵⁹⁸ О последњем случају детета без родитељског старања већ је било речи, док ситуације када дете нема живе или познате родитеље, односно када су његови родитељи потпуно лишени родитељског права или пословне способности представљају јасне разлоге за стављање детета под старатељство. У том смислу, пажња ће се усмерити на случајеве детета без родитељског старања чији родитељи још нису стекли пословну способност, односно чији су родитељи лишени права на чување, подизање и васпитавање детета.

У пракси се могу јавити ситуације да малолетна лица постану родитељи. С обзиром да ће дете тада бити без родитељског старања, настаје потреба за

¹⁵⁹⁵ У том смислу стављање детета под старатељство мора почивати на принципу оправданости. *Ibid.*

¹⁵⁹⁶ На пример, вид. чл. 79 - 80. ПЗ.

¹⁵⁹⁷ Вид. З. Поњавић (2011а), 280; М. Драшкић (2007), 330.

¹⁵⁹⁸ Чл. 113. ст. 3. ПЗ.

стављањем наведеног детета под старатељство.¹⁵⁹⁹ Међутим, последице дословне примене правила о стављању малолетног штићеника под старатељство могу у случајевима детета малолетних родитеља има негативне последице по "најбољи интерес детета". Наиме, статус детета без родитељског старања имплицира раздвајање наведеног детета од својих малолетних родитеља, што би значило како они губе могућност да се старају о личности детета. Такав исход био би у супротности са њиховим правом на породични живот, које се аутоматски успоставља између детета и родитеља рођењем детета, односно утврђивањем порекла детета према мајци и оцу.¹⁶⁰⁰ Истовремено, на тај начин би се реметило успостављање емотивне везе између детета и родитеља, што је нарочито значајно у раном детињству. Због тога је јасно како се дете не може одвојити од родитеља само на основу чињенице њиховог малолетства. Немачко право наведени проблем решава тако што малолетни родитељи имају родитељско право и дужност да се старају о личности детета, док се заступање и управљање, односно располагање имовином детета поверава постављеном старатељу.¹⁶⁰¹ У нашој правној теорији не постоји сагласност око тога да ли орган старатељства приликом доношења решења о стављању под старатељство може одредити обим дужности старатељ малолетног штићеника. Према једном схватању, наше право не дозвољава овакву фрагментацију старатељских дужности, па се старатељ може једино интегрално старати о личним и имовинским правима детета.¹⁶⁰² Овакво тумачење произилази из правила ПЗ о хранитељству заснованом када је дете без родитељског старања. У наведеним случајевима хранитељ без изузетка има дужност да се стара о личности детета, што искључује могућност вршења наведених дужности од стране родитеља детета без родитељског старања. По другом схватању, орган старатељства може у решењу о стављању детета под старатељство одлучити да родитељи детета наставе вршити одређена права и дужности из садржине родитељског права.¹⁶⁰³ Поменуто тумачење проистиче преваходно из процесног правила ПЗ према којем се решењем о стављању под старатељство уједно одређују права и дужности старатеља, што

¹⁵⁹⁹ Проблем настаје само када су оба или једини правно утврђени родитељ детета малолетни. Уколико дете има утврђено порекло према оба детета од којих је један пунолетан, наведени родитељ ће самостално вршити родитељско право до пунолетства другог родитеља.

¹⁶⁰⁰ Вид. пара. 45. *Marckx v. Belgium* [6833/74] од 13. јуна 1979. године.

¹⁶⁰¹ Вид. Harry Willekens, "Rights and Duties of Underage Parents: a Comparative Approach", *International Journal of Law, Policy and the Family* 3/2004, 363.

¹⁶⁰² Вид. З. Поњавић (2011а), 296.

¹⁶⁰³ Вид. М. Драшкић (2007), 341.

упућује на закључак како орган старатељства ужива одређену дискрецију приликом доношења поменутог решења.¹⁶⁰⁴

Извесно је како се штићеник не може раздвојити од малолетних родитеља који нису стекли пословну способност. У таквој ситуацији би друго решење, које практично одговара правилима немачког права, било ефикасније. Међутим, прво тумачење је конзистентније са становишта целокупне садржине ПЗ. Тачније, таксативно наведени случајеви детета без родитељског старања искључују могућност да родитељи задрже дужност старања о личности детета након стављања малолетног штићеника под старатељство. Због тога би се као решење наметало да се за старатеља детета именује лице са којим малолетни родитељи заједно живе, што су најчешће баба и деда детета.

У нашем породичном праву наводи се како ће дете остати без родитељског старања и ако су родитељ, односно родитељи лишени права на чување, подизање и васпитавање детета.¹⁶⁰⁵ Оваква ситуација може изазвати недоумице и проблеме у пракси.¹⁶⁰⁶ Наиме, уколико се родитељи лише наведених права и дужности, преостаје им право на образовање, заступање и управљање и располагање имовином детета. Међутим, према ПЗ, сматраће се како је у таквим случајевима дете без родитељског старања, без обзира што су родитељи само делимично лишени родитељског права. Таквом детету мора се поставити старатељ у чијој надлежности ће управо бити вршење дужности заступања, управљања и располагања имовином детета.¹⁶⁰⁷ Старатељ неће имати право да се стара о образовању детета, већ ће наведену дужност вршити лице са којим дете живи, што је најчешће хранитељ. Дакле, када је дете без родитељског старања јер су родитељи лишени права и дужности старања о личности детета, родитељи *de facto* остају без свих обавеза из садржине родитељског права, изузев дужности да издржавају дете.

Када дете остане без родитељског старања потребно је да се што хитније стави под старатељство и да му се постави старатељ. Породични закон није предвидео посебна процесна правила за стављање под старатељство малолетног штићеника, што је одраз схватања законодавца како у материјалноправном делу не треба засебно уредити старатељство над малолетницима. У том смислу, ПЗ на истом месту и у највећем делу заједнички регулише старатељство над малолетницима и

¹⁶⁰⁴ Вид. чл. 333. ст. 3. ПЗ.

¹⁶⁰⁵ Вид. чл. 124. у вези са чл. 113. ст. 3. ПЗ.

¹⁶⁰⁶ У том смислу вид. 3. Поњавић (2011а), 295 - 296.

¹⁶⁰⁷ Вид. чл. 137 - 140. ПЗ.

старатељство над пунолетним лицима лишеним пословне способности. То је и један од разлога због чега законодавац уместо термина "најбољи интерес детета" користи израз "интерес штићеника".¹⁶⁰⁸ Поменути правни стандард заправо одговара принципу посебне заштите одређених категорија лица која су услед својих година или психофизичког стања посебно угрожена.

Издвајање старатељства над малолетницима присутно је у правилу да ће приликом постављања старатеља штићеник који је навршио 10 година живота и који је способан за расуђивање имати право да предложи лице које ће му бити постављено за старатеља.¹⁶⁰⁹ Поменуто правило представља израз права детета на мишљење и принципа "најбољег интереса детета". Међутим, треба рећи како се наше породично законодавство мора изменити у смислу признавања права на партиципацију и пунолетном лицу лишеном пословне способности, сходно Конвенцији о правима особа са инвалидитетом која је у међувремену усвојена и ратификована од стране Србије.¹⁶¹⁰

У нашој држави одлуку о стављању штићеника под старатељство доноси орган старатељства, који на иницијативу најширег круга лица покреће поступак по службеној дужности.¹⁶¹¹ Иницијатива за покретање поступка је општег карактера и има за циљ што хитнију реакцију државе ради ублажавања последица неповољног статуса детета или пунолетног лица лишеног пословне способности.¹⁶¹² У том смислу, поступак стављања под старатељство је хитан и орган старатељства је дужан да донесе привремени закључак о обезбеђењу смештаја штићеника у року од 24 сата од тренутка када је обавештен о постојању потребе за старатељством.¹⁶¹³ При томе, решење о стављању под старатељство мора се донети најкасније у року од 30 дана од дана када је поменути орган информисан о постојању потребе за старатељством над малолетним дететом, односно пунолетним лицем лишеним пословне способности.¹⁶¹⁴

¹⁶⁰⁸ Вид. чл. 126. ст. 2; чл. 129; чл. 130; чл. 131. ст. 3. ПЗ.

¹⁶⁰⁹ Чл. 127. ПЗ.

¹⁶¹⁰ Конвенција је усвојена од стране Генералне Скупштине Уједињених Нација Резолуцијом А/RES/61/106 од 13. децембра 2006. године, а наша држава ју је ратификовала 2009. године - КПОИ. Вид. Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом - *Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 42/2009. Вид. чл. 21. КПОИ.

¹⁶¹¹ Вид. чл. 125. ст. 1. у вези са чл. 329. ст. 1 - 2. ПЗ. За разлику од нашег права, поједина законодавства предвиђају судску надлежност за доношење одлуке о стављању малолетника под старатељство. Вид. пар. 1774. Немачког грађанског законика; чл. 1592. Грчког грађанског законика; чл. 295. Холандског грађанског законика.

¹⁶¹² Вид. Гордана Ковачек - Станић, *Породично право: партнерско, деље и старатељско право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2009, 376.

¹⁶¹³ Чл. 332. ст. 1 - 2. ПЗ.

¹⁶¹⁴ Чл. 332. ст. 4. ПЗ.

Начело хитности односи се и на заштиту имовинских интереса штићеника, те ће орган старатељства бити дужан да изврши попис имовине штићеника најкасније у року од осам дана од дана када је обавештен о постојању потребе за старатељством.¹⁶¹⁵

Малолетни штићеник ће се првенствено сместити у сродничку породицу, а уколико то није могуће, онда ће му се смештај обезбедити код хранитеља и тек на крају у одговарајућој установи за смештај деце.¹⁶¹⁶ Сродницима ће се дати предност и приликом постављања старатеља, с тим што не постоји њихова дужност да се прихвате старатељске обавезе.¹⁶¹⁷

Дакле, за разлику од ранијег ЗБПО, важеће породично законодавство не намеће блиским сродницима обавезу да се прихвате дужности старатеља.¹⁶¹⁸ Решење нашег породичног права уноси дозу приватног права у старатељство као јавноправну институцију. Ипак, апсолутна добровољност прихватања старатељске дужности у највећем броју случајева одговара принципу "најбољег интереса детета", јер сама чињеница сродства није гаранција да ће старатељ своју дужност обављати савесно и одговорно.¹⁶¹⁹ За разлику од нашег права, немачко законодавство има потпуно супротан став по питању обавезности прихватања старатељске функције. Тако, немачко право старатељство посматра као општу грађанску дужност, где је сваки немачки држављанин у обавези да се прихвати функције старатеља уколико испуњава опште услове.¹⁶²⁰ На овај начин ствара се слика о интересима детета као заједничкој вредности читавог друштва. Немачки законодавац је на тај начин у великој мери ограничио принцип аутономије воље у корист императива заштите деце. Ипак, одређено лице може се ослободити дужности старатеља услед постојања одређених околности које би му старатељску функцију учиниле превеликим теретом, али и довеле у питање остваривање интереса штићеника на начин на који га види немачки законодавац.¹⁶²¹ Дужност прихватања функције старатеља исказује

¹⁶¹⁵ Вид. чл. 332. ст. 3. ПЗ.

¹⁶¹⁶ Вид. З. Поњавић (2011а), 278.

¹⁶¹⁷ У случају пунолетног лица лишеног пословне способности предност приликом избора старатеља имаће његов супружник, односно ванбрачни партнер. Вид. чл. 126. ст. 2. ПЗ.

¹⁶¹⁸ Вид. чл. 224. ст. 4. ЗБПО.

¹⁶¹⁹ Вид. М. Драшкић (2007), 334.

¹⁶²⁰ Пар. 1785. Немачког грађанског законика.

¹⁶²¹ Детаљније вид. пар. 1786. Немачког грађанског законика.

кроз правила о грађанскоправној одговорности и примену система новчаних казни за случај да лице одбија да преузме старатељску обавезу.¹⁶²²

Осим давања одређеног значаја мишљењу детета и правилима о постављању колизијског старатеља, наше право не садржи одредбе којима би се додатно индивидуализовао "најбољи интерес" малолетног штићеника. За разлику од нашег законодавства, поједина европска права предвиђају додатна правила у циљу заштите "најбољег интереса детета". У том смислу, карактеристична је установа "именованог старатеља" ("*designated guardian*") која постоји у одређеним европским законодавствима, попут немачког, француског, холандског или грчког.¹⁶²³

Најкраће речено, именовани старатељ је физичко лице којег су родитељи тестаментом поставили за старатеља на основу законом признатог субјективног права.¹⁶²⁴ Установа именованог старатеља има снажно упориште у принципима хуманости и представља израз морализације права кроз који се истовремено остварује и "најбољи интерес детета". На овај начин, омогућава се да одређени аспекти вршења родитељског права надживе тешко болесне родитеље који вероватно неће дочекати пунолетство свог детета. Тако се истовремено штите интереси умирућих родитеља и детета. Првима се пружа макар зрно спокоја, мира и утехе да њихов физички нестанак неће учинити неизвесном судбину њиховог детета. Са друге стране, детету се поставља за старатеља лице које ће вероватно на најбољи начин омогућити наставак његовог развоја.

Како би обезбедио да установа именованог старатеља истински служи "најбољем интересу детета", немачки законодавац прописује да родитељи могу на овај начин изабрати старатеља једино ако су се у моменту смрти старали о личности и имовини детета и ако именовано лице испуњава опште законске услове за избор старатеља.¹⁶²⁵ Истовремено, немачко право предвиђа одређене изузетке када се избор родитеља ипак неће поштовати. Изузеци су управо мотивисани настојањем да се принцип "најбољег интереса детета" додатно прилагоди околностима конкретног

¹⁶²² Тако ће лице које без разлога одбије дужност старатеља одговарати по основу кривице за штету коју штићеник претрпи услед одлагања постављења старатеља. Пар. 1787. Немачког грађанског законика.

¹⁶²³ Вид. пар. 1776 - 1777. Немачког грађанског законика; чл. 397- 398. Француског грађанског законика; чл. 292. Холандског грађанског законика; чл. 1592. Грчког грађанског законика.

¹⁶²⁴ Према холандском праву, родитељ може тестаментом одредити и да два физичка лица заједнички врше старатељску дужност, док није допуштено да се за старатеља именује правно лице. Вид. чл. 292. ст. 1 - 2. Холандског грађанског законика. Насупрот томе, грчко право дозвољава да родитељи тестаментом именују и правно лице за старатеља, што је у најмању руку дискутабилно са становишта "најбољег интереса детета". Вид. чл. 1592. Грчког грађанског законика.

¹⁶²⁵ Вид. пар. 1777. и пар. 1778. ст. 1. тач. 1. Немачког грађанског законика.

случаја. Тако, између осталог, именовано лице неће бити постављено за старатеља ако суд процени како би његово постављење на дужност угрозило "најбољи интерес детета", као и када се избору наведеног лица противи малолетни штићеник који је навршио 14 годину живота и способан за расуђивање.¹⁶²⁶ Други случај не изазива посебне дилеме и представља још једну потврду нарасле снаге партиципације и мишљења детета као кључног елемента за одређивање садржине принципа "најбољег интереса детета". Насупрот томе, може се закључити како ће само у изузетним ситуацијама суд моћи, позивајући се на "најбољи интерес детета", да одбије именовање старатеља за кога су се одлучили родитељи. Будући да постоји правна претпоставка како је такво именовање у "најбољем интересу детета", суд ће моћи да одступи од жеље родитеља ако су наступиле неке нове околности, које би, да су постојале у време када су родитељи сачињавали тестамент, вероватно утицале на њихов избор.

3.2. "Најбољи интерес детета" у контексту дужности и одговорности старатеља

Према нашем законодавству, старатељ је дужан да се савесно стара о штићенику, што подразумева старање о личности, заступање, прибављање средстава за издржавање, те управљање и располагање имовином штићеника.¹⁶²⁷ Када је реч о имовинскоправним дужностима, стандард "савесног" понашања старатеља значи како имовином детета треба управљати као добар домаћин, односно да постојећу имовину штићеника треба сачувати и ако је могуће увећати.¹⁶²⁸ Одговорно поступање са имовином штићеника утиче на остваривање његовог права на развој, па је отуда у "најбољем интересу детета". Међутим, садржину израза "савесност" теже је одредити када се ради о дужности старатеља да се стара о личности малолетног штићеника. На пример, породичним законодавством Црне Горе прописује се како је старатељ дужан да се стара "као родитељ" о личности малолетног штићеника, а нарочито о његовом здрављу, васпитању, образовању и

¹⁶²⁶ Вид. пар. 1778. ст. 1. тач. 4 - 5. Немачког грађанског законика.

¹⁶²⁷ чл. 135. ПЗ.

¹⁶²⁸ М. Драшкић (2007), 422.

оспособљавању са самосталан живот и рад.¹⁶²⁹ Привлачност наведене формулације умањује чињеница како старатељ није дужан да се непосредно стара о личности штићеника. Због тога се утицај старатеља на васпитавање малолетног штићеника не може мерити са утицајем који у том смислу имају лица код којих је штићеник смештен, било да је реч о сродницима или хранитељима детета. Исто важи и за дужности чувања и подизања детета. Другим речима, старатељска дужност тешко се може уподобити начину на који родитељи врше своје дужности из садржине родитељског права. Из тог разлога, старатељ је превасходно доносилац одлука које се тичу детета и његовог развоја, а не лице које се свакодневно брине о детету и у коме дете препознаје психолошку фигуру родитеља. У том циљу, ПЗ прописује да је старатељ дужан да посећује штићеника и непосредно се обавештава о условима у којима штићеник живи. Присуство старатеља у животу детета има више правну, него фактичку димензију. Сходно томе, "савесно старање" о малолетном штићенику могло би се изједначити са поступцима старатеља који имају за циљ остваривање права малолетног штићеника на развој и партиципацију у складу са узрастом и способношћу детета да формира своје мишљење.

Процесни израз права малолетног штићеника на мишљење јесте правило да штићеник који је способан за расуђивање може поднети притужбу на рад старатеља органу старатељства.¹⁶³⁰ Наведеним правилом, право штићеника на подношење притужбе не везује се за његов узраст, већ искључиво за способност за расуђивање, чиме је наш законодавац доследно испоштовао сугестије Комитета за права детета.¹⁶³¹ Орган старатељства је дужан да на поменуту притужбу одговори у року од 15 дана од дана када је притужба примљена.¹⁶³²

Разлике између вршења родитељских и старатељских дужности присутне су и у домену управљања и располагања имовином детета. Најпре, надзор органа старатељства над вршењем поменутих родитељских дужности приметно је слабији. Тако, ПЗ генерално предвиђа како старатељ може под одређеним условима располагати имовином штићеника само уз дозволу органа старатељства.¹⁶³³ Насупрот томе, родитељима ће требати одобрење органа старатељства за располагање непокретном имовином малолетног штићеника или његовом покретном

¹⁶²⁹ Чл. 231. Породичног закона Црне Горе.

¹⁶³⁰ Чл. 335. ст. 1. ПЗ.

¹⁶³¹

¹⁶³² Чл. 335. ст. 1. ПЗ.

¹⁶³³ Вид. чл. 141. ст. 2. ПЗ.

имовином велике вредности.¹⁶³⁴ Дакле, старатељ мора имати дозволу органа старатељства за све акте располагања имовином малолетног штићеника, независно од тога да ли се ради о покретној или непокретној имовини или вредности имовине.¹⁶³⁵ У наведеном случају интерес сигурности правног промета нашао се у сенци принципа "најбољег интереса детета".

Такође, ПЗ прави још једну разлику између имовинскоправних дужности родитеља и старатеља, при чему је наведена разлика више уочљива у пракси. Наиме, наш законодавац допушта родитељима да располажу имовином детета како уз претходну сагласност (дозволу), тако и уз накнадну сагласност (одобрење) органа старатељства.¹⁶³⁶ Насупрот томе, старатељ је дужан прибавити претходну сагласност органа старатељства како би уопште могао предузети акт располагања имовином малолетног штићеника, што је доказ како старатељ, за разлику од родитеља, не може уживати *a priori* поверење у смислу располагања имовином штићеника у складу са "најбољим интересом детета". Истовремено, старатељ не може предузимати радње ванредног управљања имовином штићеника без дозволе органа старатељства, што такође није случај са родитељима детета.¹⁶³⁷ Ипак, оно што је заједничко имовинскоправним дужностима родитеља и старатеља јесте циљ ради којег се допушта предузимање радњи располагања имовином детета. Поменути циљ диктира претпоставка о "најбољем интересу детета", те родитељ или старатељ могу располагати главницом имовине детета искључиво ради његовог издржавања или када то захтева неки други важан интерес детета.¹⁶³⁸

Од свих дужности старатеља, вероватно највећи печат носи дужност старатеља да заступа малолетног штићеника. Поменута дужност представља главну црту старатељске дужности, а то је доношење одлука у име и за рачун малолетног штићеника. У том смислу, приликом одређивања дужности старатеља у немачком праву се истиче како старатељ има право и дужност да се стара о личности и имовини штићеника и нарочито да заступа штићеника.¹⁶³⁹

Према нашем праву, штићеник има једнаку пословну способност као дете под родитељским старањем и старатељ га заступа једнако као што родитељ заступа

¹⁶³⁴ Вид. 193. ст. 3. ПЗ.

¹⁶³⁵ М. Драшкић (2007), 422 - 423.

¹⁶³⁶ Вид. пара. 21. CRC/C/GC/12.

¹⁶³⁷ Вид. чл. 139. ст. 3. ПЗ. и чл. 192. ст. 2. ПЗ.

¹⁶³⁸ Чл. 193. ст. 4. ПЗ.

¹⁶³⁹ Пар. 1793. ст. 1. Немачког грађанског законика.

дете.¹⁶⁴⁰ Тако, послове које родитељ не може предузимати, јер су везани за личност детета, не може предузимати ни старатељ када се ради о малолетном штићенику.¹⁶⁴¹

Старатељ је, уколико није сродник или хранитељ, у првом реду професионално везан за дете. Из тог разлога, вршење старатељских дужности подлеже надзору од стране органа старатељства. Зато је од посебног значаја дужност старатеља да подноси извештаје и рачуне о свом раду како би поменути орган имао увид у његову "савесност" приликом обављања послова старатељства.¹⁶⁴²

Стални надзор над радом старатеља омогућава органу старатељства да постави питање одговорности старатеља. За "најбољи интерес детета" од првенственог значаја је питање одговорности старатеља за штету коју проузрокује малолетном штићенику током обављања послова старатељства. Према нашем породичном законодавству, старатељ ће одговорати за штету коју проузрокује штићенику у наведеном смислу, осим ако не докаже да је штета настала без његове кривице.¹⁶⁴³ Из законске формулације проистиче како се одговорност старатеља претпоставља, те да је на њему да докаже како није постојала намера, нити груба непажња приликом обављања послова старатељства.¹⁶⁴⁴ Претпоставка о одговорности старатеља за штету представља израз принципа "најбољег интереса детета" у смислу олакшавања процесног положаја малолетног штићеника, али и подстицања старатеља да буде што обазривији и темељнији приликом обављања старатељских послова. Ипак, овакво правило има и своје лоше стране јер може негативно утицати на вољу одређеног лица да се прихвати старатељске функције.¹⁶⁴⁵ Положај малолетног штићеника додатно је ојачан правилом како ће за штету коју старатељ причини малолетнику својим чињењем или пропуштањем солидарно одговорати и орган старатељства.¹⁶⁴⁶

¹⁶⁴⁰ Вид. чл.1 37. ст. 2. и 3. ПЗ. Практично идентична правила садржи Швајцарски грађански законик. Вид. чл. 327б. и 327с. Швајцарског грађанског законика.

¹⁶⁴¹ Детаљније вид. З. Поњавић (2011а), 301.

¹⁶⁴² Дужност подношења извештаја и рачуна представља предуслов за остваривање сталног надзора над радом старатеља. *Ibid.*, 288.

¹⁶⁴³ Вид. чл. 141. ст. 1. ПЗ.

¹⁶⁴⁴ Вид. З. Поњавић (2011а), 289.

¹⁶⁴⁵ Вид. *ibid.*

¹⁶⁴⁶ Чл. 141. ст. 3. ПЗ.

ЗАКЉУЧАК

Анализа "најбољег интереса детета" никада не може бити у довољној мери исцрпна, свеобухватна и темељна. У извесном смислу, тако је са сваким правним начелом таквог значаја и домета. Због тога је настојање да се до краја проникне у суштину наведеног принципа налик на хватање сенке, која стално узмиче и мења свој облик. Ипак, принцип "најбољег интереса детета" није ни магична формула, ни енигма попут смисла живота, нити некакав празан и неомеђен простор који се по сопственој вољи може садржински уобличавати. "Најбољи интерес детета" без обзира на речи које га чине не тражи идеал, нити савршено решење, иако му се то често приписује. Таквог решења у праву нема, баш као ни у животу, без обзира на врсту односа и карактеристике њихових учесника.

Последњих година у правној теорији и пракси много је учињено на демистификацији наведеног принципа. Комитет за права детета залаже се да се "најбољи интерес детета" преведе на колосек права деце, при чему би као локомотива, на челу композиције, стајало право детета на мишљење. У том смислу, судовима и осталим органима сугерише се да нарочито образложе на који начин су утврдили способност детета да формира мишљење, као и да понуде посебну аргументацију за свако одступање од става детета. Овакав приступ ће, макар у европским правним оквирима, вероватно водити хармонизацији "најбољег интереса детета" у значајном степену.

Са друге стране, Европски суд за људска права захтева равноправне полазне основе за права и интересе свих учесника породичноправних односа, а пре свих родитеља и деце. Циљ поменутог става Суда је постизање правичне равнотеже између оних лица које обухвата појам породичног живота. "Најбољи интерес детета" посматра се у контексту права на породични живот чиме се у већој мери исказује веза детета са његовим породичним окружењем, без које "најбољи интерес детета" као аутономни концепт суштински и не може опстати. Због тога наведени правни принцип мора сачувати своју самосвојност у односу на права деце.

Без обзира на пут којим крену, надлежни органи и доносиоци одлука о "најбољем интересу детета" морају образложити сваки свој корак и сваку посебну процену која у крајњем збиру треба да доведе до одређеног исхода. Суштина примене "најбољег интереса детета" није у слободи избора, већ у томе да се сваки

избор, вредновање, поређење или рангирање образложи, било да се ради о правима деце, њиховим интересима у контексту интереса осталих чланова породице и ширег друштвеног окружења или низу фактора који утичу на схватање о томе шта је за дете најбоље. Сликовито речено, свака примена принципа "најбољег интереса детета" од стране надлежних органа мора оставити трагове, попут отисака у снегу, јер мора бити јасно којим путем се до садржине поменутог принципа дошло. Зато је за оне који примењују право, "најбољи интерес детета" изазов, али и императив да покажу сву своју креативност, темељност, правичност и знање. Нечији вредносни суд тешко се може преиспитивати, али начин на који је формиран итекако може бити предмет процене.

Захваљујући индивидуализацији породичних односа, принцип "најбољег интереса детета" све је видљивији и унутар породице, у односима између родитеља и деце. Међутим, поменути принцип не треба посматрати као разградитеља породичног окружења, као претњу родитељима или средство маргинализације родитељског ауторитета. Напротив, наведено начело треба схватити као мост између света деце и одраслих, између детињства и зрелог доба. Родитељи су, по правилу, најсигурнији стубови таквог моста, који тешко може имати исту постојаност и чврстину ако њихова улога изостане.

Може се закључити како се данас кроз принцип "најбољег интереса детета" одсликава целокупно превирање у породичноправним односима, односно да је наведено начело постало место вишеструког сукоба различитих вредносних модела. Тако се кроз "најбољи интерес детета" сучељавају традиционални и либерални погледи, колективизам и индивидуализам, тежња за очувањем породичног права као израза националне културе и настојања да се оно хармонизује. На практичном плану, од исхода наведених конфликта зависи начин одређивања садржине "најбољег интереса детета", односно у којој мери ће постојати простор за дискрецију, а у каквом обиму ће творци одлука бити везани правним правилима. У том смислу, "најбољи интерес детета" има капацитет да служи хармонизацији, али и очувању породичних вредности унутар одређеног друштва. Због тога је наведени принцип својеврсни одраз у огледалу односа одређеног друштва и породице према деци.

Међутим, продором идеје о људским правима и правима деце у породичноправне односе, простор за одређена аутономна решења националних законодавстава по питању "најбољег интереса детета" постаје све ужи. Од суштинског значаја је што процес конституционализације породичноправних односа

умањује дискрецију креатора одлука о "најбољем интересу детета" у конкретним случајевима. Извесно је како ће наша судска пракса ускоро морати да напусти дискрециони модел одлучивања који је још увек главна карактеристика судских одлука у смислу примене принципа "најбољег интереса детета". Време које долази захтеваће много више од индивидуалног осећања судије на основу којег се једном елементу за процену "најбољег интереса детета" ваља дати предност над другим. Судови и остали надлежни органи мораће да вреднују права деце и људска права чланова породице у контексту доношења одлуке о "најбољем интересу детета". С обзиром да "најбољи интерес детета" мора сачувати макар део свог патерналистичког карактера како би задржао самосвојност наспрам права деце, а пре свих права детета на мишљење, очување концепта родитељског права тражиће се преваходно на линији права на породични живот, бар у европским правним оквирима. Додуше, веза детета са породичним и друштвеним окружењем, тако важним за "најбољи интерес детета", могла би се штитити и преко појединих права деце, попут права детета на идентитет. Међутим, ова права тешко могу парирати праву детета на мишљење које преузима доминантну улогу у одређивању садржине "најбољег интереса детета". Суштински, држава постепено јача свој надзорни механизам над вршењем родитељског права и притисак на родитеље постаје све снажнији. Принцип "најбољег интереса детета" налази се на великим искушењима, баш као и сама породица и његова даља судбина зависиће од мере у којој ће се препознати заједнички интереси родитеља и деце. У мозаику права деце и индивидуалистичких погледа на свет коме дете припада, треба сачувати простор у коме је право одувек било сувишно, место за родитељску љубав.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

МЕЂУНАРОДНИ УГОВОРИ И ОСТАЛИ ПРАВНО ОБАВЕЗУЈУЋИ МЕЂУНАРОДНИ АКТИ

- Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Савет Европе, Рим, од 04. новембра 1950. године - CETS No. 005.
- Протокол бр. 1. уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Савет Европе, Париз, од 20. марта 1952. године - CETS No. 009.
- Протокол бр. 6. уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Савет Европе, Стразбур, од 28. априла 1983. године - CETS No. 114.
- Протокол бр. 7. уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Стразбур, од 22. новембра 1984. године - CETS No. 117.
- Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Уједињене Нације, Њујорк, од 16. децембра 1966. године - 999 UNTS 71.
- Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Уједињене Нације, Њујорк, од 16. децембра 1966. године - 993 UNTS 3.
- Бечка конвенција о уговорном праву, Уједињене Нације, од 23. маја 1969. године - 1155 UNTS 331.
- Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, Уједињене Нације, Њујорк, од 18. децембра 1979. године - 1249 UNTS 13.
- Хашка Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, Хашка конференција за међународно приватно право, од 25. октобра 1980. године - Hague XXVIII.
- Конвенција о правима детета, Уједињене Нације, Њујорк, од 20. новембра 1989. године - 1577 UNTS 3.
- Опциони протокол бр. 3 уз Конвенцију о правима детета о процедури комуникације, Уједињене Нације, Њујорк од 19. децембра 2011. године - A/RES/66/138.

- Конвенција о остваривању права деце, Савет Европе, Стразбур, од 25. јанура 1996. године - ETS 160.
- Повеља о основним правима Европске Уније, од 07. децембра 2000. године - 2000/С 364/01.
- Конвенција о контакту са децом, Савет Европе, Стразбур, од 15. маја 2003 - CETS No. 192.
- Уредба Савета Европске Уније бр. 2201/2003 о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним односима и односима родитељске одговорности (*Brussels IIА*), од 27. новембра 2003. године - (ЕС) No 2201/2003.
- Конвенција о усвојењу, Савет Европе, Стразбур, од 27. новембра 2008. године - CETS No. 202.
- Конвенција о правима особа са инвалидитетом, Уједињене Нације, Њујорк, 13. марта 2006. године - 2515 UNTS 3.

ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

- *A v. The United Kingdom* [25599/94] од 23. септембра 1998. године.
- *Ahrens v. Germany* [45071/09] од 22. марта 2012. године, а одлука је постала правноснажна 24. септембра 2012. године.
- *Boyle v. United Kingdom* [15680/90] од 28. фебруара 2004. године, а одлука је постала правноснажна 08. априла 2004. године.
- *C v. Finland* [18249/02] од 09. маја 2006. године, а одлука је постала правноснажна 09. августа 2006. године.
- *Campbell and Cosans v. The United Kingdom* [7511/76; 7743/76] од 25. фебруара 1982. године.
- *Chavdarov v. Bulgaria* [3465/03] од 21. децембра 2010. године, а одлука је постала правноснажна 21. марта 2011. године.
- *Çiftçi v Turkey* [71860/01] од 17. јуна 2004. године.
- *Copf and Liberda v. Austria* [1598/06] од 17. јануара 2012. године, а одлука је постала правноснажна 17. априла 2012.
- *Dmitriy Ryabov v. Russia* [33774/08] од 01. августа 2013. године, а одлука је постала правноснажна 01. новембра 2013. године.

- *Elsholz v. Germany* [25735/94] од 13. јула, 2000. године;
- *Gas and Dubois v. France* [25951/07] од 15. марта 2012. године, а одлука је постала правноснажна 15. јуна 2012. године.
- *Gobec v. Slovenia* [7233/04] од 03. октобра 2013. године, а одлука је постала правноснажна 03. јануара 2014. године.
- *Görgülü v. Germany* [74969/01] од 26. фебруара 2004. године, а одлука је постала правноснажна 26. маја 2014. године.
- *Kaleta v. Poland* [11375/02] од 16. децембра 2008. године, а одлука је постала правноснажна 6. априла 2009.
- *Keegan v. Ireland* [16969/90], para. 50. од 26. маја 1994. године.
- *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* [5095/71; 5920/72; 5926/72] од 07. децембра 1976. године.
- *Kutzner v. Germany* [46544/99] од 26. фебруара 2002, а одлука је постала правноснажна 10. јула 2002. године.
- *L. v. Finland* [25651/94] од 27. априла 2000. година, а одлука је постала правноснажна 27. јула 2000. године.
- *Leventoglu Abdulkadiroglu v. Turkey* [7971/07] од 28. маја 2013. године, а одлука је постала правноснажна 28. августа 2013. године.
- *Marckx v. Belgium* [6833/74] од 13. јуна 1979. године
- *Nanning v. Germany* [39741/02] од 12. јула 2007. године, а одлука је постала правноснажна 12. октобра 2007.
- *Nielsen v. Denmark* [10929/84] од 28. новембра 1988. године.
- *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [41615/07] од 08. јануара 2009. године, а одлука је постала правноснажна 06. јула 2010. године.
- *Odièvre v. France* [42326/98] од 13. фебруара 2003. године.
- *Olsson v. Sweden (No. 1.)* [10465/83], од 24. марта 1988. године
- *Pontes v. Portugal* [19554/09] 10. априла 2012. године, а одлука је постала правноснажна 24. септембра 2012. године.
- *Price v. United Kingdom* [12402/86] од 9. марта 1988. године.
- *R. and H. v. United Kingdom* [35348/06] од 31. маја 2011. године, а одлука је постала правноснажна 15. септембра 2011. године.
- *S. and S. v. United Kingdom* [10375/83] од 10. децембра 1984. године
- *Sahin v. Germany* [30943/96] од 08. јула 2003;

- *Sanchez Cardenas v. Norway* [12148/03] од 4. октобра 2007. године, а одлука је постала правноснажна 4. јануара 2008.
- *Sommerfeld v. Germany* [31871/96] од 08. јула 2003. године.
- *Süss v. Germany* [40324/98] од 10. новембра 2005, а одлука је постала правноснажан 12. априла 2006. године.
- *Tyrer v. United Kingdom* [5856/72] од 25. априла 1978. године.
- *X. v. Switzerland* [8924/80] од 10. марта 1981. године,
- *Valsamis v. Greece* [21787/93] од 18. децембра 1996. године.
- *Z. and Others v. United Kingdom* [29392/95] од 10. маја 2001. године.
- *Zaunegger v. Germany* [22028/04] од 03. децембра 2009. године, а одлука је постала правноснажна 03. марта 2010. године.
- *Zawadka v. Poland* [48542/99] од 23. јуна 2005. године, а одлука је постала правноснажна 12. октобра 2005. године.

ОПШТИ И ПОЈЕДИНАЧНИ АКТИ КОМИТЕТА ЗА ПРАВА ДЕТЕТА И ДРУГИХ ОРГАНА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА

- Општи коментар бр. 6. Комитета Уједињених Нација за људска права: Члан 6 (право на живот), од 27. маја 1982. године - HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) paras. p. 176.
- Општи коментар бр. 18. Комитета Уједињених Нација за људска права: Недискриминација, од 04. октобра 1990. године - A/45/40(VOL.I)(SUPP).
- Општи коментар бр. 1. Комитета Уједињених Нација за права детета: Члан 29 (1): Циљеви образовања, од 17. априла 2001. године - CRC/GC/2001/1.
- Општи коментар бр. 4. Комитета Уједињених Нација за права детета: Здравље и развој адолесцената у контексту Конвенције о правима детета, од 01. јуна 2003. године - CRC/GC/2003/4.
- Општи коментар бр. 5. Комитета Уједињених Нација за права детета: Опште мере за примену Конвенције о правима детета (чл. 4, 42 и 44. ст. 6), од 27. новембра 2003. године - CRC/GC/2003/5.
- Општи коментар бр. 7. Комитета Уједињених Нација за права детета: Примена права деце у раном детињству, од 20. септембра 2005. године - CRC/C/GC/7/Rev. 1.

- Општи коментар бр. 8. Комитета Уједињених Нација за права детета: Право детета на заштиту од телесног кажњавања и других окрутних или понижавајућих облика кажњавања (чл. 19; 28, ст. 2; и 38, између осталих) од 02. марта 2007. године - CRC/C/GC/8.
- Општи коментар бр. 12. Комитета Уједињених Нација за права детета: Право детета да буде саслушано, од 20. јула 2009. године - CRC/C/GC/12.
- Општи коментар бр. 13. Комитета Уједињених Нација за права детета: Право детета на слободу од свих облика насиља, од 18. априла 2011. године - CRC/C/GC/13.
- Општи коментар бр. 14. Комитета Уједињених Нација за права детета о праву детета да његов или њен најбољи интерес буде од првенственог значаја (чл. 3. ст. 1) од 29. маја 2013. године - CRC/C/GC/14.
- Општи коментар бр. 15. Комитета Уједињених Нација за права детета о праву детета да ужива највиши могући стандард здравствене заштите (чл. 24), од 17. априла 2013. године - CRC/C/GC/15.
- Општи коментар бр. 16. Комитета Уједињених Нација за права детета од обавезама државе које се тичу утицаја пословног сектора на права деце, од 17. априла 2013. године - CRC/C/GC/16
- Општи коментар бр. 17. Комитета Уједињених Нација за права детета о праву детета на одмор, слободно време, игру, рекреативне активности, културни живот и изражавање (чл. 31), од 17. априла 2013. године - CRC/C/GC/17.
- Привремена процедурална правила Комитета Уједињених Нација за права детета, од 14. новембра 1991. године - CRC/C/4.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом другог периодичног извештаја Алжира, од 12. октобра 2005. године - CRC/C/15/Add. 269.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом иницијалног извештаја Аустралије, од 17. октобра 1997. године - CRC/C/15/Add. 79.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом трећег и четвртог периодичног извештаја Азербејдана, од 12. марта. 2012. године - CRC/C/AZE/CO/3-4.

- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом трећег и четвртог периодичног извештаја Белорусије, од 4. фебруара 2011. године - CRC/C/BLR/3-4.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом иницијалног извештаја Етиопије, од 24. јануара 1997. године - CRC/C/15/add. 67.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом другог периодичног извештаја Француске, од 30 јуна 2004. године - CRC/C/15/Add. 240.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом четвртог периодичног извештаја Француске, од 11. јуна 2009. године - CRC/C/FRA/CO/4.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом иницијалног извештаја Гане, од 18. јуна 1997. године - CRC/C/15/add.73.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом иницијалног извештаја Грчке, од 02. априла 2002. године - CRC/C/15/Add. 170.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом трећег периодичног извештаја Холандије, од 27. марта 2009. године - CRC/C/NLD/CO/3.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом другог периодичног извештаја Индије, од 26. фебруара 2004. године - CRC/C/15/Add. 226.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом другог периодичног извештаја Ирана, од 31. марта 2005. године - CRC/C/15/Add. 254.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом иницијалног извештаја Канаде, од 20. јуна 1995. године - CRC/C/15/Add. 37.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом другог периодичног извештаја Марока, од 10. јула 2003. године - CRC/C/15/Add.211.

- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом четвртог периодичног извештаја Норвешке, од 29. јануара 2010. године - CRC/C/NOR/CO/4.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом иницијалног извештаја Саудијске Арабије, од 21. фебруара 2001. године - CRC/C/15/Add. 148.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом иницијалног извештаја Србије, од 20. јуна 2008. године - CRC/C/SRB/CO/1.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом трећег периодичног извештаја Шведске, од 30. новембра 2002. године - CRC/C/125/Add. 1.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом четвртог периодичног извештаја Шведске, од 26. јуна 2009. године - CRC/C/SWE/CO/4.
- Закључна запажања Комитета Уједињених Нација за права детета поводом другог периодичног извештаја Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске, од 09. октобра 2002. године - CRC/C/15/Add. 188.

ДОМАЋИ ПРАВНИ ПРОПИСИ

- Устав Републике Србије - УС, *Службени гласник РС*, бр. 83/06.
- Закон о облигационим односима - ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78; 39/85; 45/89, 57/89" и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.
- Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Службени гласник РС*, бр. 16/95 и 101/2005.
- Породични закон - ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.
- Кривични законик - КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009 и 111/2009.
- Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица - ЗМУКД, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005.
- Закон о судијама - ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010 и 8/2012 - Одлука УС.

- Закон о матичним књигама Републике Србије - ЗМК, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009.
- Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења - ЗБМПО, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.
- Закон о основама система образовања и васпитања, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 52/2011, 55/2013.
- Закон о социјалној заштити - ЗСЗ, *Службени гласник РС*, бр. 24/2011.
- Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 и 109/213 - одлука УС.
- Закон о парничном поступку - ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.
- Закон о правима пацијената - ЗОПП, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013.
- Правилник о хранитељству - ПХ, *Службени гласник РС*, бр. 36/08.
- Правилник о поступку издавања пријаве рођења детета и обрасцу пријаве рођења у здравственој установи, *Службени гласник РС*, бр. 25/2011.
- Мера за отклањање неправилности у вршењу послова смештаја деце и омладине у установе социјалне заштите, Министарство рада и социјалне политике РС од 3. новембра 2006. године.

ЛИТЕРАТУРА

1. ABRAMSON, Bruce: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 2 - The Right of Non-Discrimination*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008.
2. AGELL, Anders: Should and Can Family Law Influence Social Behaviour?, *The Changing Family: Family Forms & Family Law* (eds. J. Eekelaar, T. Nhlapo), Hart Publishing, Oxford 1998.
3. AHDAR, Rex: Religion as a factor in custody and access disputes, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2/1996.
4. AHRONS, Constance: The Binuclear Family: Two Households, One Family, *Journal of Family and Economic Issues* 4/1979.
5. ALEXY, Robert: On the Structure of Legal Principles, *Ratio Juris*, 3/ 2000.
6. ALSTON, Philip: The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child, *Human Rights Quarterly* 1/1990.
7. ALSTON, Philip: The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, *International Journal of Law and Family* 8/ 1994.
8. ALSTON, Philip: Establishing Accountability: Some Current Challenges in Relation to Human Rights Monitoring, *Monitoring Children's Rights* (ed. E. Verhellen), Martinus Nijhoff Publishers - Kluwer Law International, The Hague 1996.
9. ALSTON, Philip - TOBIN, John: *Laying the Foundations for Children's Rights: An Independent Study of Some Key Legal and Institutional Aspects of the Impact of the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, Innocenti Research Centre, Florence, 2005.
10. ALTMAN, Scott: A Theory of Child Support, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2/2003.
11. АНДЕРСЕН, Метју: *Европа у осамнаестом веку* (пр. Б. Радевић - Стојиљковић, С. Деканић), Клио, Београд 2003.
12. ANDERSON, Priscilla - HAWTHORNE, Joanna - KILLEN, Margaret: The Participation Rights of Premature Babies, *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays from the International Journal of Children's Rights* (ed. M. Freeman), 2011.
13. АНДРИЋ, Иво: *Травничка хроника*, SEZAM BOOK, Зрењанин 2011.
14. ANDROULIDAKIS - DIMITRIADIS, Ismene: *Family Law in Greece*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, 97.

15. AN -NA'IM, Abdullahi: Cultural Transformation and Normative Consensus on the Best Interests of the Child, *International Journal of Law, Policy and the Family* 1/1994.
16. АНТИЋ, Оливер: *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.
17. ANTOKOLSKAIA, Masha: Harmonisation of substantive family law in Europe: myths and reality, *Child and Family Law Quarterly* 4/2010.
18. APPLEBY, John - BLAKE, Lucy - FREEMAN, Tabitha: Is disclosure in the best interests of children conceived by donation?, *Reproductive Donation: Practice, Politics and Bioethics* (eds. M. Richards, G. Pennings, J. Appleby) 2012.
19. ARCHARD, David: *Children: Rights and Childhood*, Routledge, London – New York 2009.
20. ARCHARD, David - SKIVENES, Marit: Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views, *International Journal of Children's Rights*, 1/2009.
21. ARCHARD, David - SKIVENES, Marit: Deciding best interests: general principles and the cases of Norway and the UK, *Journal of Children's Services*, 4/2010.
22. ARIÈS, Philippe: *Centuries of Childhood: A Social History of Family Life* (tr. R. Baldick), Vintage Books, New York 1962.
23. ÁVILA, Humberto Bergmann: *Theory of Legal Principles*, Springer, The Netherlands 2007.
24. BAINHAM, Andrew: The Privatisation of the Public Interest in Children, *Modern Law Review*, 2/1990.
25. BAINHAM, Andrew: Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions, *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis* (eds. A. Bainham, S. Day Sclater and M. Richards), Hart Publishing, Oxford - Portland 1999.
26. BAINHAM, Andrew: Can we Protect Children and Protect their Rights?, *Family Law Journal*, 4/2002.
27. BAINHAM, Andrew: Contact as a Right and Obligation, *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare* (eds. A. Bainham et al.), Hart Publishing, Oxford - Portland 2003.
28. BAINHAM, Andrew: What is the point of birth registration?, *Child and Family Quarterly* 4/2008.
29. BAINHAM, Andrew: Is Anything Now Left of Parental Rights?, *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009.

30. BEITZ, Charles: *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2011.
31. BENNETT WOODHOUSE, Barbara: Child Custody in the Age of Children's Rights: The Search for a Just and Workable Standard, *Family Law Quarterly*, 33/3, Fall 1999.
32. BENNETT WOODHOUSE, Barbara: The Changing Status of the Child, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Treaty Provisions and Implications of U.S. Ratification* (eds. J. Todres, M. Wojcik, C. Revaz), Transnational Publishers, Ardsley 2006.
33. BENNETT WOODHOUSE, Barbara - JOHNSON, Kathryn: The United Nations Convention on the Rights of the Child: Empowering Parents to Protect Their Children's Rights, *What is Right for Children* (M. Fineman, K. Worthington, eds.), Ashgate, Burlington 2009.
34. BETANCOURT, Fernando: *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla 2007.
35. BESSON, Samantha: The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child, *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays from the International Journal of Children's Rights* (ed. M. Freeman), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011.
36. BLAUWHOFF, Richard: Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins - Has 'to know or not to know' ever been legal question?, *Utrecht Law Review* 2/2008.
37. BLAUWHOFF, Richard: *Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children's rights to know their genetic origins*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Утрехту 15. маја 2009. године, *Intesentia*, Antwerpen - Oxford 2009.
38. BOELE - WOELKI, Katharina *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen-Oxford 2007.
39. BOOTH, Penny: The United Nation Convention on the Rights of the Child and the Punishment of Children under English Law - Public and Private Vices?, *Liverpool Law Review* 3/ 2006.
40. BORGAN, Marianne: Developing the Role of an Ombudsman, *Monitoring Children's Rights* (ed. E. Verhellen), Martinus Nijhoff Publishers- Kluwer Law International, The Hague 1996.
41. BRAMS, Eva: Children's Rights and Universality, *Developmental and Autonomy Rights of Children* (ed. J.C.M. Williems) Intersentia, Antwerpen - Oxford 2007.
42. BREEN, Claire: *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2006.
43. BÜCHLER, Andrea: *Islamic Law in Europe: Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Ashgate, Burlington 2011.

44. CALDWELL, John: Child welfare defences in child abduction cases - some recent developments, *Child and Family Law Quarterly* 2/2001.
45. CAMBIANO, Guiseppe: Becoming and adult, *The Greeks* (ed. J.C.Vernant), The University of Chicago Press, Chicago 1991.
46. CAMPION, Mukti Jain, *Who's Fit to Be a Parent?*, Routledge, New York 2005.
47. CASSON, Lionel: *Everyday Life in Ancient Egypt*, The Josh Hopkins University Press, Baltimore 2001.
48. CARBONE, June: A Feminist Perspective on Divorce, *The Future of Children*, 1/1994.
49. CARBONNIER, Jean, *Droit civil - Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige/PUF, Paris 2004.
50. CHOUDHRY, Shazia - FENWICK Helen: Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act, *Oxford Journal of Legal Studies*, 3/ 2005.
51. CHOUDHRY, Shazia: Parental Responsibility and Corporal Punishment, *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009.
52. CHOUDHRY, Shazia: Clashing Rights and Welfare: A Return to a Rights Discourse in Family Law in UK?, *What is Right for Children: The Competing Paradigms of Religion and Human Rights* (M. Fineman and K. Worthington, eds.), Ashgate Publishing Company, Burlington USA 2009.
53. CHOUDHRY, Shazia - HERRING, Jonathan: *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oxford - Portland 2010.
54. CORNOCK, Marc - MONTGOMERY, Heather: Children's rights in and out of the womb, *International Journal of Children's Rights* 1/2011.
55. CRETNEY, Stephen: *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford University Press, Oxford - New York 2005.
56. ЦВЕЈИЋ - ЈАНЧИЋ, Олга: Заједничко вршење родитељског права, *Правни живот* 9/1997.
57. ЦВЕЈИЋ - ЈАНЧИЋ, Олга: *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009.
58. DE VECO, Gauthier: The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: Good News?, *Human Rights Law Review* 2/2013.

59. DE MAUSE, Lloyd: *History of Childhood*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham, 1995.
60. DETHLOFF, Nina: Parental Rights and Responsibilities in Germany, *Family Law Quarterly* 2/2005.
61. DETRICK, Sharon - DOEK, Jaap - CANTWELL, Nigel (ed. S. Detrick): *The United Nations Convention on the Rights of the Child - A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht - Boston - London 1992.
62. DETRICK, Sharon: 'Family Rights' Under the United Nations Convention on the Rights of the Child, *Families Across Frontiers* (eds. N. Lowe, G. Douglas), Kluwer Academic Publishers, The Hague 1996.
63. DEWAR, John: Reducing Discretion in Family Law, *The Changing Family: Family Forms & Family Law* (eds. J. Eekelaar, T. Nhlapo), Hart Publishing, Oxford 1998.
64. DEWAR, John: The Normal Chaos of Family Law, *Modern Law Review*, 4/ 1998.
65. DEWAR, John: Family Law and Its Discontents, *International Journal of Law, Policy and Family*, 14/ 2000.
66. DIDUCK, Alison - KAGANAS, Felicity: *Family Law, Gender and the State: Text, Cases and Materials*, Hart Publishing, Oxford - Portland 2006.
67. DORSCHIEDT, Jozef: The unborn child and the UN Convention on Children's Rights: the Dutch perspective as a guideline, *The International Journal of Children's Rights* 4/ 1999.
68. DOUGLAS, Gillian - FERGUSON, Neil: The Role of Grandparents in Divorced Families, *International Journal of Law, Policy and the Family* 1/2003.
69. DOUGLAS, Gillian: *An Introduction to Family Law*, Oxford University Press, Oxford – New York 2004.
70. ДРАШКИЋ, Марија: Породичноправни аспекти артифицијелне инсеминације, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1992.
71. ДРАШКИЋ, Марија: Предговор за збирку прописа за област породичног права и права детета, ЈП "Службени гласник", Београд 2006.
72. ДРАШКИЋ, Марија: *Породично право и права детета*, Правни факултет у Београду - ЈП "Службени гласник", Београд 2007.
73. ДРАШКИЋ, Марија: Право детета на сазнање порекла, *Правни капацитет Србије за европске интеграције* (ур. С. Лилић), 2009.
74. ДРАШКИЋ, Марија: Право детета на одржавање личних односа са блиским особама, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (пр. С. Лилић) 2011.

75. ДРАШКИЋ, Марија: Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2012.
76. DWORKIN, Ronald: The Model of Rules, *The University of Chicago Law Review*, 1/1967.
77. DWYER, James: *The Relationship Rights of Children*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
78. ЂУРЂЕВИЋ, Ненад: *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Србији*, Заштитник грађана - ЈП Службени гласник, Београд 2009.
79. ЂУРОВИЋ, Љиљана: *Породично право*, ИП "Номос", Београд 1994.
80. ЕЕКЕЛААР, John: The Emergence of Children's Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2/1986.
81. ЕЕКЕЛААР, John: The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism, *International Journal of Law and the Family*", 8/ 1994.
82. ЕЕКЕЛААР, John: Beyond the welfare principle, *Child and Family Law Quarterly*, 3/2002.
83. ЕЕКЕЛААР, John: Contact and the Adoption Reform, *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare* (eds. A. Bainham *et al.*), Hart Publishing, Oxford - Portland 2003.
84. ЕЕКЕЛААР, John: Children between cultures, *International Journal of Law, Policy and Family*, 2/2004.
85. ЕЕКЕЛААР, John: *Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, Oxford - New York 2006.
86. FEINBERG, Joel: *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*, Princeton University Press, Chichester 1992.
87. FINEMAN, Martha: Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decision Making, *Harvard Law Review* 4/1988.
88. FINEMAN, Martha: The Politics of Custody and Gender: Child Advocacy and the Transformation of Custody Decision making in the USA, *Child Custody and the Politics of Gender* (C. Smart and S. Sevenhuijsen, eds.), Routledge, New York 1989.
89. FINEMAN, Martha: *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, University of Chicago Press, Chicago 1991.

90. FORDER, Caroline - SAARLOOS, Kees: *The establishment of parenthood: A story of successful convergence?*, Faculty of Law Universiteit Maastricht, Maastricht 2007.
91. FORTIN, Jane: Rights Brought Home for Children, *The Modern Law Review*, 3/1999.
92. FORTIN, Jane: The HRA's impact on litigation involving children and their families, *Child and Family Law Quarterly*, 3/ 1999.
93. FORTIN, Jane: Children's rights and the use of physical force, *Child and Family Law Quarterly* 3/2001.
94. FORTIN, Jane: Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Era, *Modern Law Review*, 3/2006.
95. FORTIN, Jane: *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
96. FORTIN, Jane: Children's Rights to know their origins - too far, too fast?, *Child and Family Law Quarterly* 3/2009.
97. FREEMAN, Michael: Taking children's rights more seriously, *Children, Rights and the Law* (eds. P. Alston, S. Parker, J. Seymour), Oxford University Press, Oxford - New York, 1992.
98. FREEMAN, Michael: The morality of cultural pluralism, *The International Journal of Children's Rights* 3/1995.
99. FREEMAN, Michael: The Best Interests of the Child? Is *The Best Interests of the Child* in the Best Interests of Children?, *International Journal of Law, Policy and Family*, 3/ 1997.
100. FREEMAN, Michael: The Future of Children's Rights, *Children & Society*, 4/2000.
101. FREEMAN, Michael: The Child in Family Law, *Legal Concepts of Childhood* (ed. J. Fionda), Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001.
102. FREEMAN, Michael: Rethinking *Gillick*, *International Journal of Children's Rights* 1/2005.
103. FREEMAN, Michael: *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child: Article 3. The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff Publications, Leiden 2007.
104. FREEMAN, Michael: Upholding the Dignity and Best Interests of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children, *Law and Contemporary Problems* 2/2010.
105. FREEMAN, Michael: Introduction, *Children's Rights: Progress and Perspectives: Essays from the International Journal of Children's Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011.

106. FREEMAN, Michael: Why it remains important to take children's rights seriously", *Children's Rights : Progress and Perspectives - Essays from the International Journal of Children's Rights* (ed. M. Freeman), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011.
107. FRIER, BRUCE - MCGINN, Thomas: *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford University Press, Oxford - New York 2004, 299.
108. FULCHIRON, Hugues: Custody and Separated Families: The Example of French Law, *Family Law Quarterly* 2/2005.
109. ГАМС, Андрија: *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд 1970.
110. GARLAND, Robert: *Daily Life of the Ancient Greeks*, Greenwood Publishing Group, Westport 2009.
111. GARCÍA – MÉNDEZ, Emilio: *Protecting the World's Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems*, Cambridge University Press, UNICEF 2007.
112. GLENDON, Mary Ann: *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago - London 1989.
113. GLENDON, Mary Ann: *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press - Simon & Schuster Inc, New York 1993.
114. GLENDON, Mary Ann: Foundations of Human Rights: The Unfinished Business, *The American Journal of Jurisprudence* 1/1999.
115. GILMORE, Stephen: Contact/ Shared Residence and Child Well-Being: Research Evidence and Its Implications for Legal Decision - Making, *International Journal of Law, Policy and the Family* 3/2006.
116. GILMORE, Stephen: The Limits of Parental Responsibility, *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009.
117. GOLDEN, Mark: *Children and Childhood in Classical Athens*, The Josh Hopkins University Press, Baltimore 1993.
118. GOLDSTEIN, Joseph *et al.*, : *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, The Free Press, New York 1998.
119. GRANET, Frédérique: Alternating residence and relocation: A view from France, *Utrecht Law Review* 4/2008.
120. GRIFFIN, James: Welfare Rights, *The Journal of Ethics*, 4/2000.

121. GROENINGA, Giselle Câmara: The Family: A Kaleidoscope of Relationships, *The International Survey of Family Law* (ed. A. Bainham), 2004.
122. ГРУЈИЋ, Добрила *et. al.*: *Сигурним кораком до хранитељства - приручник за хранитеље*, Центар за породични смештај деце и омладине Београд 2009.
123. GUGGENHEIM, Martin: Ratify the U.N. Convention on the Rights of the Child, but don't expect any miracles, *Emory International Law Review*, 1/ 2006.
124. HABERMAS, Jürgen: Law and Morality, <http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/habermas88.pdf>.
125. HALDON, John: *A Social History of Byzantium*, Blackwell Publishing Ltd, Chichester, West Sussex 2009.
126. HAREL, Alon: Theories of Rights, *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (M. Golding and W. Edmundson, eds.), Blackwell Publishing, Oxford 2005.
127. HERRING, Jonathan: The Welfare Principle and the Rights of Parents, *What is a Parent?: A Socio-Legal Analysis* (S. Day Scatler, A. Bainham, M. Richards, eds.), Hart Publishing, Oxford - Portland 1999.
128. HERRING, Jonathan: The Human Rights Act and the welfare principle in family law - conflicting or complementary?", *Child and Family Law Quarterly*, 3/ 1999.
129. HERRING, Jonathan: Farewell Welfare?, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2/2005.
130. HERRING, Jonathan: *Family Law*, Pearson Education Limited, Harlow 2007.
131. HEYWOOD, Colin: *A History of Childhood: Children and Childhood in the West from Medieval to Modern Times*, Polity Press, Cambridge, 2013.
132. HODGKIN, Rachel - NEWELL, Peter: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF - United Nations Publications, Geneva - New York 2007.
133. HODGSON, Douglas: The child's right to life, survival and development", *The International Journal of Children's Rights* 4/1994.
134. HUGHES, Claire: Making and Breaking Relationships: Children and their Families, *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare* (eds. A. Bainham *et al.*), Hart Publishing, Oxford - Portland 2003.
135. ЈАЊИЋ - КОМАР, Марина - ОБРЕТКОВИЋ, Мирјана: *Права детета - права човека*, ИП Досије и Удружења правника Србије за социјално право, 1996.
136. ЈАЊИЋ - КОМАР, Марина: Демократизација породичних односа, *Правни живот* 9/2000.

137. ЈАЊИЋ - КОМАР, Марина: Породична права као људска права, *Анали Правног факултета у Београду* 1-4, 2001.
138. ЈАЊИЋ - КОМАР, Марина: *Правноантрополошки оглед о основним правима човека*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2004.
139. ЈАЊИЋ - КОМАР, Марина: *Расправа о принципима породичног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008.
140. JENKS, Chris: Sociological Perspectives and Media Representations of Childhood, *Legal Concepts of Childhood* (ed. J. Fionda), Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001.
141. JEPPESEN DE BOER, Christina: Parental relocation: Free movement rights and joint parenting, *Utrecht Law Review* 2/2008.
142. JOHNSON, Martin: A Biomedical Perspective on Parenthood, *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis* (eds. A. Bainham, S. Day Sclater and M. Richards), Hart Publishing, Oxford - Portland 1999.
143. ЈОВИЋ, Олга: Право детета на контакт са родитељем са којим не живи, *Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног*" (пр. Г. Марковић), Зборник радова са међународног научног скупа одржаног 29. јуна 2012. године на Палама, Источно Сарајево 2012.
144. KAGANAS, Felicity - PIPER, Christine Piper: Grandparents and Contact: "'Rights v Welfare' Revisited, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2/2001.
145. KAGANAS, Felicity: Shared parenting - a 70% solution?, *Child and Family Law Quarterly*, 4/2002.
146. KAIME, Thoko: *The Convention on the Rights of the Child: A Cultural Legitimacy Critique*, Europa Law Publishing, Amsterdam 2011.
147. KILKELLY, Ursula: The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child, *Human Rights Quarterly*, 2/2001.
148. KILKELLY, Ursula: The Child's Right to Religious Freedom in International Law: The Search for Meaning, *What is Right for Children* (eds. M. Fineman, K. Worthington), Ashgate, Burlington 2009.
149. КИТАНОВИЋ, Тања: Споразум родитеља о издржавању деце након развода брака, *Правна Ријеч* 2010.
150. КОНМ, Lynne Marie: Tracing of Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, *Journal of Law & Family Studies*, 2/2008.

151. KOMMERS, Donald: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997.
152. КОШУТИЋ, Будимир Кошутић: *Увод у велике правне системе данашњице*, ЈП - Службени лист СРЈ, Београд 2002.
153. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Правни израз родитељства*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 1994.
154. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Родитељско право у Српском грађанском закону, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844 - 1994)*, Правни факултет у Нишу, Ниш 1995.
155. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Право детета да зна своје порекло*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 1997.
156. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Утицај развода брака на родитељско право*, *Зборник Матице Српске за друштвене науке* 110-111/ 2001.
157. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Упоредно породично право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2002.
158. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Принцип самоодређења у породичном праву кроз историју и данас*, *Зборник Матице Српске за друштвене науке* 2004.
159. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Gordana, *The Child in Serbian Family Law: Rights and Procedure for their Exercise*, *Zbornik Pravne Fakultete Univerze v Mariboru* 1/2008.
160. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Породично право: партнерско, деље и старатељско право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2009.
161. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Autonomy of the child in contemporary family law*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/ 2010.
162. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима*, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 2010.
163. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Аутономија versus материјална истина у компаративном праву о породичном статусу детета*, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 3/2011.
164. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце*, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012.
165. КОВАЧЕК - СТАНИЋ, Гордана: *Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији*, *Становништво* 1/2013.

166. KRAPPMANN, Lothar: The weight of the child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child), *International Journal of Children's Rights* 4/2010.
167. КРСТИЋ, Драган: *Психолошки речник*, РО Вук Караџић, Београд 1998.
168. KURKI - SUONIO, Kirsti: Joint Custody as an Interpretation of the Best Interests of the Child in Critical and Comparative Perspective, *International Journal of Law, Family and Policy* 3/2000.
169. LANGLAUDE, Sylvie Langlaude: Indoctrination, Secularism, Religious Liberty and the ECHR", *International and Comparative Law Quarterly* 4/2006.
170. LASCARIDES, Celia - HINITZ, Blythe: *History of Early Childhood Education*, Routledge, New York 2011.
171. LEFAUCHEUR, Nadine: French 'Tradition' of Anonymous Birth: The Lines of Argument, *International Journal of Law, Policy and Family* 3/2004.
172. LINDLEY, Bridget: State Intervention and Parental Autonomy in Children's Cases: Have We Got the Balance Right?, *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis* (eds. A. Bainham, S. Day Sclater, M. Richards), Hart Publishing, Oxford - Portland 1999.
173. LOCKE, John: *Two Treatises on Government*, II, vi. 55, <http://www.johnlocke.net/john-locke-works/two-treatises-of-government-book-ii/>
174. LOWE, Nigel - DOUGLAS, Gillian: *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford 2007.
175. ЛУКИЋ, Радомир - КОШУТИЋ, Будимир - МИТРОВИЋ, Драган: *Увод у право*, ЈП "Службени лист СРЈ", Београд 2000.
176. ЛУКИЋ, Маја: Резерве и интерпретативне изјаве - појам и могућност њихове примене на споразум о стабилизацији и придруживању, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008.
177. MACLEOD, Colin: Conceptions of Parental Autonomy, *Politics and Society* 1/1997.
178. MARSHAL, Dominique: The construction of children as an object of international relations: The Declaration of Children's Rights and the Child Welfare Committee of League of Nations, 1900 - 1924, *The International Journal of Children's Rights* 2/1999.
179. MASSON, Judith - BAILEY-HARRIS, Rebecca - PROBERT, Rebecca: *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, London 2008.
180. MCCALL SMITH, Alexander: Is anything left of parental rights, *Family Rights: Family Law and Medical Advance* (eds. E. Sutherland and A. McCall Smith), Edinburgh University Press, Edinburgh 1990.

181. MCGLYNN, Clare: Challenging the European Harmonisation of Family Law: Perspectives on the Family, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Intersentia, Antwerpen - Oxford - New York 2003.
182. MCGLYNN, Clare: *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
183. MELI, Marygold: Toward a Restructuring of Custody Decision-making at Divorce: an Alternative Approach to the Best Interests of the Child, *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century* (J. Eekelaar and P. Šarčević, eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands 1993.
184. MENGHISTU, Fisseha-Tsion: The Satisfaction of Survival Requirements, *The Right to Life in International Law* (B. Ramcharan, ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1985.
185. MEULDERS-KLEIN, Marie-Therese: The Position of the Father in European Legislation, *International Journal of Law and Family* 2/1990.
186. MEULDERS-KLEIN, Marie-Therese: Individualism et communautarisme: l'individu, la famille et l'etat en Europe occidentale, *Brigham Young University Law Review* 2/1993.
187. MEULDERS-KLEIN, Marie-Therese: Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Intersentia, Antwerpen - Oxford - New York 2003.
188. МИЛУТИНОВИЋ, Љубица: Право становања - Habitatio у Породичном закону, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Зборник радова са Саветовања одржаног у Врњачкој Бањи 16. и 17. октобра 2006. године, Крагујевац 2006.
189. MNOOKIN, Robert: Child-custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy, *Law and Contemporary Problems*, 3/ 1975.
190. MONTAGUE, Philip: The Myth of Parental Rights, *Social Theory and Practice* 1/2000.
191. MOWER, Alfred Glenn: *The Convention on the Rights of the Child: international law support for children*, Greenwood Press, Westport 1997.
192. MURPHY, John: *International dimensions in family law*, Manchester University Press, Manchester 2005.
193. NEWMAN, Paul: *Daily Life in the Middle Ages*, McFarland, Jefferson, 2001.
194. НОВАКОВИЋ, Урош: Најбољи интерес детета - заједничко вршење родитељског права, *Правни живот* 10/2011.

195. НОВАКОВИЋ, Урош: Право детета на изражавање мишљења, *Права дјетета и равноправност полова - између нормативног и стварног* (пр. Г. Марковић), Источно Сарајево, 2012.
196. НОВАКОВИЋ, Урош: Обим контакта између детета и родитеља који не врши родитељско право након развода брака, *Правни живот* 10/2013.
197. O' NEILL, Onora: Children's Rights and Children's Lives, *Children, Rights and the Law* (eds. P. Alston, S. Parker, J. Seymour), Oxford University Press, Oxford - New York 1995.
198. ПАЛАЧКОВИЋ, Душица: Процесни положај детета под родитељским старањем у посебним парничним поступцима према новом Породичном закону Србије, *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе* (пр. С. Бејатовић), 2006.
199. ПАНОВ, Слободан: Породичноправни статус потпуно усвојеног детета, *Архив за правне и друштвене науке* 2/1995.
200. ПАНОВ, Слободан: *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду - ЈП "Службени гласник", Београд 2008.
201. PARACONTANTINO, Arietta - TALBOT, Mary-Alice: *Becoming Byzantine: Children and Childhood in Byzantium*, Harvard University Press, Cambridge 2009.
202. PARKER, Stephen: Rights and Utility in Anglo-Australian Family Law, 3/1992.
203. PARKINSON, Patrick: Family Law and Indissolubility of Parenthood, *Family Law Quarterly*, 2/ 2006.
204. PARR, Katharina: *Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB, Inaugural-Dissertation der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität, Würzburg* 2006.
205. ПЕРО, Мишел: *Историја Приватног живота од Француске Револуције до Првог Светског рата* (ур. Ф. Аријес, Ж. Диби), (пр. Љ. Мирковић), *Clio*, Београд, 2003.
206. ПЕРОВИЋ, Слободан: Комутативна правда и накнада штете, *Правни живот* 9-10/1992.
207. PETERSEN, Kerry: The Rights of donor-concieved children to know the identity of their donor, *Globalization and Health* (eds. B. Bennett, G. Tomossy), 2006.
208. PETERSEN, Niels: Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation, <http://www.auilr.org/pdf/23/23-2-2.pdf>.

209. ПЕТРУШИЋ, Невена: Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије, Зборник радова, *Новине у породичном законодавству*, Ниш 2006.
210. PINTENS, Walter: Europeanisation of Family Law, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Boele-Woelki), Intersentia, Antwerpen - Oxford - New York 2003.
211. PIPER, Christine: Assumptions about children's best interests, *Journal of Social Welfare and Family Law* 3/ 2000.
212. ПОЊАВИЋ, Зоран: Правни статус зачетог детета у нашем праву, *Правни живот* 7-8/1995.
213. ПОЊАВИЋ, Зоран: Правна заштита шире породице, *Србија и европско право*, књига II (пр. Д. Стојановић), Крагујевац 1998.
214. ПОЊАВИЋ, Зоран: Посредовање у брачним споровима: однос посредовања и судске процедуре, *Правни живот* 10/2007.
215. ПОЊАВИЋ, Зоран: Право на верско образовање деце, *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе* (пр. С. Бејатовић), 2008.
216. ПОЊАВИЋ, Зоран: *Приватизација породице и породичног права*, Службени гласник, Београд 2009.
217. ПОЊАВИЋ, Зоран: Остваривање и заштита права детета да зна своје порекло, *Правна ријеч*, 2010.
218. ПОЊАВИЋ, Зоран: Признање очинства, *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе* (пр. С. Бејатовић), 2010.
219. ПОЊАВИЋ, Зоран: *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2011.
220. ПОЊАВИЋ, Зоран: Поништење као породичноправна санкција, *Правни живот* 9/2011.
221. ПОЊАВИЋ, Зоран: Утврђивање мишљења детета у парницама за развод брака у контексту најбољег интереса детета, *Начела и вриједности правног система - норма и пракса* (пр. Г. Марковић), Источно Сарајево, 2012.
222. PROBERT, Rebecca, Families, assisted reproduction and the law, *Child and Family Quarterly* 3/2004.
223. PRYOR, Jan: Children's Contact with Relatives, *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare* (eds. A. Bainham et al.), Hart Publishing, Oxford - Portland 2003.
224. RAINBOLT, George: *The Concept of Rights*, Springer, the Netherlands 2006.

225. RAJABI - ARDESHIRI, Masoud: The Rights of the Child in the Islamic Context: The Challenges of the Local and Global, *International Journal of Children's Rights* 3/2009.
226. RAZ, Joseph: Legal Principles and the Limits of Law, *The Yale Law Journal*, 5/1972.
227. REECE, Helen: The Paramountcy Principle: Consensus or Construct?, *Current Legal Problems*, 1996.
228. RHOADES, Helen: The 'No Contact Mother': Reconstructions of Motherhood in the Era of the 'New Father' , *International Journal of Law, Policy and the Family* 1/2002.
229. RHOADES, Helen: Revising Australia's parenting laws: a plea for relational approach to children's best interests, *Child and Family Law Quarterly* 2/2010.
230. RIGGSBY, Andrew: *Roman Law and the Legal World of Romans*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
231. ROTHBARD, Murray: *Education: Free and Compulsory*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 1999.
232. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *Emile: Or On Education* (tr. A. Bloom), Basic Books, 1979.
233. RUBELLIN – DEVICHI, Jacqueline: The Best Interests Principle in French Law and Practice, *International Journal of Law and the Family* 8/ 1994.
234. RYRSTEDT, Eva: Custody of Children in Sweden, *Family Law Quarterly* 2/2005.
235. SALLER, Richard: *Patriarchy, Property and Death in Roman Family*, Cambridge University Press, Cambridge 1997.
236. SALMI, Hannu: *Nineteenth-Century Europe: A Cultural History*, Polity Press, Cambridge 2008.
237. SCHMAHL, Stefanie: The Rights of the Child in Germany: The UN Convention on the Rights of the Child and its Implementation in National Law, *German National Reports on the 19th Congress of Comparative Law* (ed. M. Schmidt - Kessel), Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
238. SCHUZ, Rhona: The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law, *International and Comparative Law Quarterly* 4/1995.
239. SCHWENZER, Ingeborg - KELLER, Tomie: New Swiss Code of Civil Procedure: Special Proceedings in Matrimonial and Family Law Matters, *International Survey of Family Law* (ed. B. Atkin), Jordan Publishing, Bristol 2012.

240. SCHWEPPE, Katja: Child Protection in Europe: Different Systems - Common Challenges, *German Law Journal* 10/2002.
241. SCOLNICOV, Anat: The Child's Right to Religious Freedom and Formation of Identity, *International Journal of Children's Rights* 2/2007.
242. SINGER, Anna: Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating Residence in Sweden for children with separated parents, *Utrecht Law Review* 2/2008.
243. SLOAN, Brian: Conflicting Rights: English adoption law and the implementation of the UN Convention on the Rights of the Child, *Child and Family Law Quarterly* 1/2013.
244. SMITH, Peter - COWIE Helen - BLADES, Mark: *Understanding Children's Development*, Blackwell Publishing, Oxford - Carlton 2009.
245. SPENDER, Quentin - JOHN Alexandra: Psychological and Psychiatric Perspectives, *Legal Concepts of Childhood* (ed. J. Fionda), Hart Publishing, Oxford - Portland, 2001.
246. СТАНКОВИЋ, Обрен - ВОДИНЕЛИЋ, Владимир: *Стварно право*, ИП "Номос", Београд 1999.
247. СТАНКОВИЋ, Милош: Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитавање и образовање детета у Србији, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011.
248. STERN, Rebecca: *The Child's Right to Participation - Reality or Rhetoric?*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Упсали 22. септембра 2006. године, Uppsala, Sweden, 2006.
249. STROUHAL, Evžen: *Life of the Ancient Egyptians*, Opus Publishing Ltd., London 1992.
250. TAYLOR, Rachel: Parental Responsibility and Religion, *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009.
251. TOCQUEVILLE, de Alexis: *Democracy in America* (tr. H. Reeve), Cambridge: Sever and Francis, 1863.
252. THOMAS, Nigel: Towards a Theory of Children's Participation, *International Journal of Children's Rights* 2/2007.
253. VAN BUEREN, Geraldine: *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague - Boston - London, 1998.
254. VAN DER AUWERAERT, Peter: *Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments*, Maklu-Uitgevers, Antwerpen - Apeldoorn, 2002.

255. VAN KRIEKEN, Robert: The Best Interests of the Child and Parental Separation, *Modern Law Review*, 1/ 2005.
256. VAN ROSSUM, Wibo: The clash of legal cultures over the 'the best interests of the child' principle in cases of international child abduction, *Utrecht Law Review* 2/2010.
257. VERHELLEN, Eugeen: Children's rights in Europe, *The International Journal of Children's Rights*, 1/ 1993.
258. VERHELLEN, Eugeen: Monitoring Children's Rights, *Monitoring Children's Rights* (ed. E. Verhellen), Martinus Nijhoff Publishers- Kluwer Law International, The Hague 1996.
259. VERHEYDE, Mieke - GOEDERTIER, Geert: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child Article 43 - 45: The UN Committee on the Rights of The Child*, Martinus Nijhoff, Leiden 2006, 15.
260. VITÉ, Sylvain - ВОЋЧАТ, Hervé: *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child: Article 21: Adoption*, Martinus Nijhoff Publications, Leiden 2008.
261. ВОДИНЕЛИЋ, Владимир: *Грађанско право: уводне теме*, ИП Номос, Београд 1991.
262. VONK, Machteld: *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, докторска дисертација, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Утрехту 19. децембра 2007. године, Intersentia, Antwerpen - Oxford, 2007.
263. ВУЧКОВИЋ - ШАХОВИЋ, Невена: Закон о правима детета, *Правни живот* 10/2011.
264. WALD, Michael: Children's Rights: A Framework for Analysis, *University of California Davis Law Review* 2/1979.
265. WARDLE, Lynn - IOLAN, Laurence, *Fundamental Principles of Family Law*, William S. Hein Publishing, Buffalo 2002.
266. WELSTEAD, Mary - EDWARDS, Susan: *Family Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, 250.
267. WILEY, Nick: Financial Support for Children after Parental Separation: Parental Responsibility and Responsible Parenting, *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009.
268. WILLEKENS, Harry: Rights and Duties of Underage Parents: a Comparative Approach, *International Journal of Law, Policy and the Family* 3/2004.

269. ZERMATTEN, Jean: Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, *International Journal of Children's Rights*, 4/ 2010.

