

Др Велько Влашковић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrgpfni1775183V

UDK: 342.7-053.2

Рад примљен: 01.04.2017.
Рад прихваћен: 24.05.2017.

ПРАВО ДЕТЕТА НА МИШЉЕЊЕ И НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА СА ТЕЖИШТЕМ НА ПРИСТУПУ КОМИТЕТА ЗА ПРАВА ДЕТЕТА

Апстракт: Партиципативна права детета, а пре свих, право детета на мишљење, одиграла су кључну улогу у настојањима да се измени правна представа о детету. Дете престаје да се посматра као објекат правне заштите и препознаје се као ималац индивидуалних права и интереса. Тачније, објекат правне заштите уместо детета постају права детета путем којих се настоји на свеобухватан начин заштитити и афирмисати људско достојанство, односно психички, физички и духовни интегритет детета. Мотор наведених промена чини управо право детета на мишљење које се настоји учинити кључним елементом за обликовање садржине најбољег интереса детета. Овакав приступ снажно заговара Комитет Уједињених нација за права детета ослањајући се на приступ заснован на правима детета (*child rights – based approach*). Наведени приступ према којем се елементи за одређивање садржине најбољег интереса детета исказују преко права детета суштински значи уздизање мишљења детета у чинилац највишег ранга. Тежиште рада чини управо анализа значаја и домаћаја права детета на мишљење као елемента за одређивање садржине најбољег интереса детета у светлу схватања поменутог међународног органа. При томе, посебно ће се размотрити саобразности домаћег породичног законодавства са правцем који сугерише Комитет за права детета.

Кључне речи: најбољи интерес детета, принцип партиципације, право детета на мишљење, Комитет за права детета, способност детета за формирање мишљења.

* vvlaskovic@jura.kg.ac.rs

1. Увод

Концепт права деце који се постепено развијао током XX века да би кулминирао доношењем Конвенције о правима детета,¹ 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.

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 (Јањић-Комар, Обретковић, 1996: 14). Због тога се права детета заснивају на теорији о правима као правно заштићеном интересу (Masson, Bailey-Harris, Probert, 2008: 495). 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.

Право детета на мишљење представља први и основни степен концепта партиципације детета на који се надовезују и остала партиципативна права детета из КПД, попут права на слободу вероисповести или права на слободу удруживања и мирољубивог окупљања (Драшкић, 2006: 12).² Између

1 Конвенција је усвојена резолуцијом 44/25 Генералне скупштине Уједињених нација од 20. новембра 1989. године, а наша држава ју је ратификовала већ наредне године. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, 15/90 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, 2/97. У даљем тексту: КПД.

2 Вид. чл. 14, ст. 1 и чл. 15, ст. 1 КПД.

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 све се више настоји показати како је наведена дихотомија лажна, односно како суштински не постоји сукоб између права детета на заштиту и права на партиципацију (Freeman, 2007: 356). 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 достојанство детета.³ При томе, тежиште се помера са заштите детета на заштиту права детета (Verhellen, 1993: 365–366). 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.⁴ 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 може се замислити као новчић чија једна страна представља патерналистичке, а друга аутономне циљеве детета. Комитет за права детета настоји да наведени новчић „падне“ на страну партиципације детета увек када је то могуће.

2. Одређивање садржине најбољег интереса детета у светлу права детета на мишљење

2.1. Партиципативна права као кључни чинилац промене правног положаја детета

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.⁵ Због тога се вредност поменутог

3 Видети: пар. 5 Општег коментара бр. 14 Комитета Уједињених нација за права детета о праву детета да његов или њен најбољи интерес буде од првенственог значаја (чл. 3. пар. 1.) од 29. маја 2013. године. http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf. Преузето: 23. марта 2017. У даљем тексту: ОК/КПД/14.

4 Видети: пар. 5 ОК/КПД/14.

5 Вредност принципа најбољег интереса детета и партиципације деце посебно се истиче у Опционом протоколу бр. 3 уз Конвенцију о правима детета о процедури

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 превасходно 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 (Кгаррманн, 2010: 502). 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, 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”*) (Stern, 2006: 154). 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 може се 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.⁶

комуникације од 19. новембра 2011. године 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 зрелашћу детета. https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_66_138-Eng.pdf. Преузето: 23. марта 2017. У даљем тексту: ОП бр. 3-КПД. Видети: 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.

6 Видети: пар. 74 Општег коментара бр. 12 Комитета Уједињених нација за права детета: право детета да буде саслушано од 20. јула 2009. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>. Преузето: 24. марта 2017. У даљем тексту: ОК/КПД/12 и видети у том смислу: пар. 43 ОК/КПД/14.

2.2. Садржина и домашај права детета на мишљење у контексту најбољег интереса детета

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 зрелашћу детета”.⁷ 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.⁸ 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”.⁹

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 да дете буде саслушано у судским или административним поступцима који га се тичу. Међутим, за разлику од принципа 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 зрелашћу детета”. Први и трећи израз представљају правне чињенице, с обзиром да је реч о животним околностима које утичу на настанак конкретног правног односа (Гамс, 1970: 133). 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

7 Чл. 12, ст. 1 КПД.

8 Видети: пар. 17, ОК/КПД/12.

9 Чл. 12, ст. 2 КПД.

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”.¹⁰ 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.¹¹ При томе, Комитет за права детета се изричито изјашњава против фиксног одређивања узраста у коме ће се претпостављати како је дете способно формирати мишљење.¹² У нашем законодавству и судској пракси препознаје се 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.¹³ 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.¹⁴ Комитет за права детета инсистира да се у ситуацијама када је одређена доња старосна граница за остваривање права детета на мишљење у судском или административном поступку, детету омогући да буде саслушано без обзира на поменуту старосну границу (Krapmann, 2010: 507). 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.¹⁵ 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. Утврђивање способности за формирање мишљења би се у случајевима детета млађег од 10 година јавило као својеврсно претходно питање, које би се могло решавати уз помоћ различитих стручњака или

10 Пар. 20 ОК/КПД/12.

11 *Ibid.*

12 Видети: пар. 21 ОК/КПД/12.

13 Видети: чл. 65, ст. 1 Породичног закона Србије, *Службени гласник РС*, 18/05. У даљем тексту: ПЗ. У том смислу видети: Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19. априла. 2007. године (Актуелна судска пракса, 3: 2008).

14 *Ibid.* Видети: чл. 65, ст. 4 ПЗ.

15 Видети: пар. 52 ОК/КПД/12.

непосредним саслушањем детета од стране суда (Поњавић, 2012: 40). У супротном, деца млађа од наведеног узраста би била дискриминисана у односу на децу старију од десет година, која имају претпостављену способност формирања мишљења (Поњавић, 2012: 40). 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, треба напоменути како се старосна граница од 10 година не може користити као оправдање да се мишљење детета млађег од наведеног узраста уопште не утврђује.

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. 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.¹⁶ 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 (Freeman, 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” (Archard, Skivenes, 2010: 45).¹⁷ У том смислу, Комитет за права детета 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.¹⁸ Комитет се позива на одговарајућа истраживања према којима је дете способно формирати мишљење још од најранијег детињства, премда у невербалном облику.¹⁹ Тако, психолози су утврдили како бебе “говоре” путем изражајног језика

16 Видети: пар. 224 Трећег периодичног извештаја Шведске Комитету Уједињених нација за права детета од 11. новембра 2002. године.

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f125%2fAdd.1&Lang=en. Преузето 24. марта 2017.

17 Одсек 6, ст. 3 норвешког Закона о добробити детета из 1992. <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-child-welfare-act/id448398/>. Преузето: 24. марта 2017.

18 Видети: пар. 44 ОК/КПД/14.

19 Видети: пар. 21 ОК/КПД/12.

знакова, израза лица и телесних покрета (Anderson, Hawthorne, Killen, 2011: 29). 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 поменутих 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.²⁰ Према Комитету за права детета, наведена лица ће бити кључна за процену мишљења, осећања и жеља детета док год поступају у најбољем интересу детета.²¹ При томе, од суштинског значаја за проширивање обима и домаћаја 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.²² 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 зрелашћу детета”. При томе, сам Комитет за права детета дефинише “зрелост” као “способност да се разумеју и процене последице конкретног поступка”.²³ Из тог разлога, зрелост детета не може се везивати за најраније детињство, што указује како истински домаћај 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 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.²⁴

Даље, дете има право своје мишљење изразити слободно. За вршење наведеног овлашћења од кључног значаја је да дете благовремено добије

20 Видети: пар. 16 Општег коментара бр. 7 (2005) Комитета уједињених нација за права детета: примена права деце у раном детињству од 20. септембра 2006. године. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf>. Преузето 25. марта 2017. У даљем тексту: ОК/КПД/7.

21 *Ibid.*

22 Видети: пар. 17 ОК/КПД/7.

23 Пар. 30 ОК/КПД/12.

24 Видети: пар. 21 ОК/КПД/12.

сва обавештења потребна за формирање мишљења.²⁵ Због тога се у правној литератури истиче како одлука не може бити слободна ако не почива на информисаности детета (Коваček – Stanić, 2008: 175; Stern, 2006: 161). Истовремено, наводи се како право детета да добије информације представља прву фазу у процесу доношења одлуке која се тиче детета (Новаковић, 2012: 196). Слободна одлука детета подразумева и да дете одбије исказати своје мишљење у одговарајућем поступку.²⁶ 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 (Krapmann, 2010: 507; Поњавић, 2012: 44).

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 (Krapmann, 2010: 513). Поменуто овлашћење намеће обавезу свим доносиоцима одлука које се тичу детета да се ставови детета озбиљно размотре и имају утицај на исход одлуке (Krapmann, 2010: 513). Пуко саслушање детета није довољно, потребно је да се мишљење детета озбиљно размотри онда када га је дете способно формирати.²⁷ 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 Скивенес (*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 уочила како се у норвешкој судској 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 (Archard, Skivenes, 2009: 12). Поменути елементи би требали омогућити да се мишљење детета вреднује у складу са најбољим интересом детета у индивидуалном случају.

25 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.» Пар. 25 ОК/КПД/12.

26 Видети: пар. 134 (b) ОК/КПД/12.

27 Пар. 28 ОК/КПД/12.

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.²⁸ 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.²⁹

У првом наведеном примеру из нашег законодавства, успоставља се необорива правна претпоставка како је одлука детета које је навршило 15 година и способно је 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.³⁰ 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.

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

28 Чл. 61, ст. 4 ПЗ.

29 Видети: чл. 98 ПЗ.

30 У том смислу видети: пар. 44 ОК/КПД/14.

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, орган старатељства, а не законодавац, рангира мишљење детета као елемент највишег ранга приликом одређивања садржине најбољег интереса детета.³¹

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.³² 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.³³ 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 (*Van Bueren*), која је активно учествовала у изради текста Конвенције, сматра како “слобода детета да искаже мишљење” намеће државама обавезу да омогуће детету учешће у процесу одлучивања (*Van Bueren*, 1998: 137). 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, будући да оно подразумева моћ детета да одлучује, а не само да учествује у процесу одлучивања (*Van Bueren*, 1998: 138). Наведени став дели и енглеска правница Фортин (*Fortin*), према којој је право детета на мишљење везано за консултовање и партиципацију детета, а не његово самоодређење (*Fortin*, 2009, 236). Из наведеног става произилази како се

31 У наведеном случају, непосредно се примењује принцип најбољег интереса детета у виду општег услова за заснивање усвојења. Видети: чл. 89 ПЗ.

32 Пар. 84 ОК/КПД/12..

33 *Ibid.*

улога родитеља у контексту права детета на мишљење не може свести на саветодавну. Због тога, истиче се како узимање аутономије деце за озбиљно такође значи и препознавање граница поменуте аутономије (Brems, 2007: 19). Овакав концепт релативне аутономије детета заступа и брани професор Херинг (*Herring*) који истиче како се дете треба учити врлинама алтруизма, друштвеним обавезама и одређеним жртвама које мора поднети, уместо да се искључиво усмерава ка задовољавању сваког личног прохтева (Herring, 1999: 101). Будући да се односи унутар породице требају заснивати на узајамној сарадњи и подршци, најбољи интерес детета може се остваривати једино ако се односи између родитеља и деце одвијају на „правичан и поштен начин“ („*fair and just relationship*“) (Herring, 1999: 102). Ипак, треба нагласити да приступ Комитета за права детета, где се елементи за процену најбољег интереса детета исказују преко права детета (*child rights – based approach*), пружа простор да се одлуке о деци доносе имајућу у виду породично и друштвено окружење (право детета на идентитет, право детета да живи са својим родитељима).³⁴

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 (Stern, 2006: 165).³⁵ Дете се неће саслушати у понижавајућем, непријатељском, неосетљивом или неодговарајућем окружењу за узраст детета.³⁶ 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.³⁷ У том смислу, дете може своје мишљење исказати непосредно, али и преко родитеља или старатеља као законских заступника, као и путем одговарајућих институција. Наведена установа може бити заштитник права, односно омбудсман за децу (Stern, 2006: 167). Начин исказивања мишљења детета у наведеним поступцима зависи од околности конкретног случаја и тумачења најбољег интереса детета

34 Видети: пар. 55 и пар. 59 ОК/КПД/14.

35 Пар. 33 ОК/КПД/12.

36 Пар. 34 ОК/КПД/12.

37 Комитет за права детета препоручује да дете непосредно искаже своје мишљење у судском или административном поступку кад год је то могуће. Видети: пар. 35 ОК/КПД/12.

(Stern, 2006: 167). Тако ће, уколико околности случаја налажу, одговарајући орган одредити начин исказивања мишљења детета.³⁸

Правила о начину исказивања мишљења детета у судском поступку или административном поступку, посебно у поступцима који се тичу вршења родитељског права, садржи и Европска конвенција о остваривању права деце из 1996. године.³⁹ 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.⁴⁰ Слично правило о постављању привременог заступника, односно колизијског старатеља садржи и наш ПЗ.⁴¹ 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.⁴² 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.⁴³ Коначно, заступник је дужан детету образложити сваку своју радњу на начин на који дете може разумети.⁴⁴ Наше породично законодавство је доследно преузело наведена правила Европске конвенције о остваривању права деце, чиме се отвара простор за ојачавање процесноправног положаја детета.⁴⁵ 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 (Schmahl, 2014: 591). Дакле, привремени заступник детета није апсолутно

38 Видети: пар. 36 ОК/КПД/12.

39 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. Видети: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CM=8&DF=10/12/2013&CL=ENG. Преузето 27. марта 2017. У даљем тексту: ЕКОПД.

40 Видети: чл. 4 ЕКОПД.

41 Видети: чл. 265 ПЗ.

42 Чл. 10, ст. 1 (с) ЕКОПД.

43 Чл. 10, ст. 1 (а) ЕКОПД.

44 Видети: чл. 10, ст. 1 (б) ЕКОПД.

45 Видети: чл. 267 ПЗ.

везан мишљењем детета, већ ужива извештан степен дискреције приликом процене најбољег интереса детета.

3. Однос између принципа најбољег интереса детета и права детета на мишљење

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 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.⁴⁶ 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. Најбољи интерес детета не посматра се пасивно, као добробит детета коју цене искључиво одрасли, већ на динамичан начин у смислу активне улоге детета приликом одређивања садржине сопственог најбољег интереса (Петрушић, 2006: 113).

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 (Archard, Skivenes, 2010: 45).

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,

⁴⁶ Видети: пар. 74 ОК/КПД/12.

већ мора образложити због чега сматра како дете није било способно формирати мишљење (Fortin, 2009: 303). 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 (Петрушић, 2006: 115).⁴⁷ У наведеном случају, право детета на мишљење се у свом процесном изразу штити по основу погрешног и непотпуно утврђеног чињеничног стања (Палачковић, 2006: 369). У нашој правној теорији се сугерише како би заштита права детета била још свеобухватнија ако би се дете третирао као “странка по себи” у свим поступцима који се тичу права детета (Палачковић, 2006: 369). Усамљени пример европске државе према чијем законодавству је дете увек странка у поступцима који га се тичу јесте Чешка (Boele-Woelki, Ferrand, González-Beilfuss, Jänterä-Jareborg, Lowe, Martiny, Pintens, 2007: 257).

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 уздизања 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.⁴⁸ 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

47 Професорка Петрушић наводи како се у време јавне дискусије о Нацрту Породичног закона залагала да се у текст закона унесе правило којим би суду било изричито наложено да у образложењу коначне одлуке наведе разлоге због којих мишљење детета није уважено, што одговара сугестијама Комитета за права детета.

48 Видети: пар. 34 ОК/КПД/12.

шири и дугорочнији циљ. Другим речима, 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 најбољег интереса детета.

4. Закључак

Комитет за права детета је уложио значајан напор у смеру демистификације најбољег интереса детета. У том смислу, од посебног значаја је тежња Комитета да се садржина наведеног концепта одређује путем приступа заснованог на правима детета. У таквим околностима посебно долази до изражаја значај права детета на мишљење као основног партиципативног права детета које је одиграло кључну улогу у еволуцији правног положаја детета. Тако, право детета на мишљење представља динамичну компоненту најбољег интереса детета која добија на снази са сазревањем и развојем детета.

Међутим, будући да остваривање права детета на мишљење зависи од воље одраслих лица, потребно је обезбедити механизме за остваривање поменутог права, јер би у супротном најбољи интерес детета могао остати изван домаћаја деце. Комитет за права детета инсистира на утврђивању способности детета да формира мишљење увек када је то могуће. Штавише, према тумачењу Комитета постоји оборива правна претпоставка како је свако дете способно формирати своје мишљење, при чему се мора водити рачуна чак и о невербалним знацима понашања сасвим мале деце.

Породично законодавство Србије предвиђа минимални узраст од 10 година када се претпоставља како је дете способно формирати мишљење. Међутим, то не значи како судови и други надлежни органи могу само констатовати како дете млађег узраста није способно да формира мишљење. Напротив, суд је дужан да у својој одлуци образложи због чега сматра како дете није способно да формира мишљење, односно због чега није могао утврдити мишљење детета. Када се процени да је дете способно формирати мишљење, мишљењу детета даће се значај у складу са узрастом и зрелашћу детета. При томе, треба имати у виду да је истинско мишљење детета суштински елемент највишег ранга за одређивање садржине најбољег интереса детета. Из тог разлога, потребно је посебно

образложити сваку одлуку о најбољем интересу детета којом би се неким другим елементима дала предност у конкретном случају.

Литература

Anderson, P. Hawthorne, J. Killen, M. (2011). The Participation Rights of Pre-mature Babies. In Freeman, M. (ed.). *Children's Rights: Progress and Perspectives Essays from the International Journal of Children's Rights*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 26 – 48.

Archard, D. Skivenes, M. (2009): Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views. *International Journal of Children's Rights*. 1. 1–21.

Archard, D. Skivenes, M. (2010). Deciding best interests: general principles and the cases of Norway and the UK. *Journal of Children's Services*. 4. 43–54.

Boele-Woelki, K. Ferrand, F. González-Beilfuss, C. Jänterä-Jareborg, M. Lowe, N. Martiny, D. Pintens, W. (2007). *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*. Antwerpen – Oxford: Intersentia.

Van Bueren, G. (1998). *The International Law on the Rights of the Child*. The Hague – Boston – London: 1998: Martinus Nijhoff Publishers.

Verhellen, E. (1993). Children's Rights in Europe. 3. 357–376.

Гамс, А. (1970). *Увод у грађанско право*. Београд: Научна књига.

Драшкић, М. (2006). Предговор за збирку прописа за област породичног права и права детета. У Драшкић, М. (прир.). *Збирка прописа за област породичног права и права детета*. Београд: ЈП Службени гласник. 7–23.

Јањић-Комар, М. Обретковић, М. (1996). *Права детета – права човека*. Београд: ИП Досије и Удружење правника за социјално право.

Kovaček – Stanić, G. (2008). The Child in Serbian Family Law: Rights and Procedure for their Exercise. *Zbornik Pravne Fakultete Univerze v Mariboru*. 1. 167–186.

Krappmann, L. (2010). 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. 501–513.

Masson, J. Bailey-Harris, R. Probert, R. (2008). *Principles of Family Law*. London: Sweet & Maxwell.

Новаковић, У. (2012). Право детета на изражавање мишљења. У Марковић, Г. (прир.). *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву. 183–202.

Палачковић, Д. (2006). Процесни положај детета под родитељским старањем у посебним парничним поступцима према новом Породичном закону Србије. У Бејатовић. С. (прир.). *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. 359–370.

Петрушић, Н. (2006). Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије. У Станковић, Г. (ур.). *Новине у породичном законодавству*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу. 99–118.

Поњавић, З. (2012). Утврђивање мишљења детета у праницама за развод брака у контексту најбољег интереса детета. У Марковић, Г. (прир.). *Начела и вриједности правног система – норма и пракса*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву. 30–52.

Stern, R. (2006). *The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?*. Dissertation presented at Uppsala University. Uppsala: Uppsala Universitet.

Schmahl, S. (2014). The Rights of the Child in Germany: The UN Convention on the Rights of the Child and its Implementation in National Law. In Schmidt – Kessel, M. (ed.). *Reports on the 19th Congress of Comparative Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 581–610.

Freeman, M. (2005). Rethinking *Gillick*. *International Journal of Children's Rights*. 1. 201–218.

Freeman, M. (2007). *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 3. The Best Interests of the Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Fortin, J. (2009). *Children's Rights and the Developing Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Herring, J. (1999). The Welfare Principle and the Rights of Parents. In Bainham, A. Day Sclater, S. Richards, M. (eds.). *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*. Oxford – Portland: Hart Publishing. 89–106.

Међународни уговори, домаћи и инострани правни прописи

Конвенција Уједињених нација о правима детета од 20. новембра 1989.

Опциони протокол бр. 3 уз Конвенцију о правима детета о процедури комуникације од 19. новембра 2011. https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_66_138-Eng.pdf. Преузето: 23.марта 2017.

Конвенција Савета Европе о остваривању права деце од 25. јануара 1996. www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CM=8&DF=10/12/2013&CL=ENG. Преузето 27. марта 2017.

Породични закон. *Службени гласник РС*. Бр. 18. 2005.

Закон о добробити детета Краљевине Норвешке од 17. јула 1992. <https://www.regjeringen.no/contentassets/049114cse0254e56b7017637e04ddf88/the-norwegian-child-welfare-act.pdf>. Преузето 27. марта 2017.

Општи и појединачни акти Комитета за права детета и судска пракса

Општи коментар бр. 7 (2005) Комитета Уједињених нација за права детета: примена права деце у раном детињству од 20. септембра 2006. године. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf> Преузето 25. марта 2017.

Општи коментар бр. 12 Комитета Уједињених нација за права детета: право детета да буде саслушано од 20. јула 2009. године. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>. Преузето: 24. марта 2017.

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, пар. 1) од 29. маја 2013. године. http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf. Преузето: 23. марта 2017.

Трећи периодични извештај Шведске Комитету Уједињених нација за права детета од 11. новембра 2002. године. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f125%2fAdd.1&Lang=en. Преузето 24. марта 2017.

Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19. априла 2007. године (Актуелна судска пракса, бр. 3. 2008).

Veljko Vlašković, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

THE RIGHT OF THE CHILD TO EXPRESS VIEWS AND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD, IN LIGHT OF THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD APPROACH

Summary

The Committee on the Rights of the Child has exerted considerable effort to demystify the best interests of the child. The Committee's striving to determine the content of the child's best interests using the child rights-based approach has particular importance. Such development brings the child's right to express views in focus as the fundamental participative right that has played the key role in the evolution of the child's legal status. The right of the child to express views constitutes a dynamic component of the child's best interests growing with the evolving capacities of the child.

As the enforcement of the right of the child to express views rests upon the alertness of adults, it is necessary to find mechanisms to implement this right. Otherwise, there is a risk of having child's best interests out of children's reach. The Committee insists upon assessing the child's capability to form views on the merits of each case, as far as possible. In the Committee's opinion, there is a rebuttable legal presumption that every child is capable of forming views taking into account even the nonverbal signs expressed by young children.

The Serbian legislation imposes a ten-year age limit as a legal presumption for the child's capability to form views. It does not mean the courts may embrace such legal solution assuming that a younger child is not capable of forming views. On the contrary, the competent court is obliged to justify in the judgment why it considers that the child is not capable of forming views or why those views could not be assessed. When it is assessed that the child is capable of forming views, those views will be given weight in accordance with the age and maturity of the child. Furthermore, one should have in mind that the view of the child is the element of highest ranking for assessment of the child's best interests. For this reason, if the court deciding on the best interests of the child gives priority to some other elements over the child's views, it must be particularly justified in the judgment.

Keywords: *the best interests of the child, principle of participation, the right of the child to express views, the Committee on the Rights of the Child, child's capability to form views.*