

Мр Вељко Влашковић\*

## ПРОБЛЕМ ОДРЕЂИВАЊА САДРЖИНЕ „НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА“

*Имајући у виду степен распрострањености и опсег примене, начело „најбољег интереса детета“ данас представља један од најзначајнијих правних принципа, како унутар националних правних система, тако и на међународном плану. Иза наведеног правног стандарда крије се некрунисани владар свих правних правила којима се на било који начин уређују односи који се тичу деце, односно главни критеријум за доношење било које одлуке која је од непосредног или посредног значаја за децу. Међутим, када се овај узвише ни циљ преведе на терен права искрсава крупан проблем неодређености или недовољне одређености садржине „најбољег интереса детета“. У раду се управо обрађују различити приступи и механизми којим се наведени проблем може ублажити, ако се већ не може у потпуности превазићи. Проблем садржине „најбољег интереса детета“ се посебно посматра у контексту нашег правног поретка, који у одсуству јасног културолошког модела путем судске праксе посеже за решењима енглеског законодавства. Даље тенденције се могу уочити у Преднацрту закона о деци из 2011. године, где се предлаже конкретан приступ проблему садржине „најбољег интереса детета“, комбинавањем решења из енглеског Закона о деци (Children Act) из 1989. године са одређеним утицајним правним теоријама.*

Кључне речи: „Најбољи интерес“ детета. Спољни чиниоци. Унутрашњи чиниоци. „Најмање штетна алтернатива“. Динамично самоодређење.

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Принцип „најбољег интереса детета“ се, по правилу, везује за Конвенцију Уједињених Нација о правима детета из 1989. годи-

---

\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, [vvlaskovic@jura.kg.ac.rs](mailto:vvlaskovic@jura.kg.ac.rs).

не, као међународни уговор глобалног значаја.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Тако се наведеном 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“.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> При томе, поједини национални правни системи принципу „најбољег интереса детета“ дају већи значај и од саме Конвенције о правима детета. Такав је случај управо с нашим правом, које у „најбољем интересу детета“ види принцип „врхунског“, уместо „првенственог“ значаја, што на-

<sup>1</sup> 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. 15/90 и *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 2/97.

<sup>2</sup> Концепт „најбољег интереса детета“ јавља се готово два века пре доношења КПД, мада не увек са доследном терминологијом. Примера ради, у обичајном праву северног дела Француске (*le droit coutumier*) је још пре доношења Француског грађанског законика био укоренен став како је очинска власт установљена у „најбољем интересу деце“, вид. Jacqueline Rubellin Devichi, „The Best Interests Principle in French Law and Practice“, *International Journal of Law and Family* 8/1994, 261. Слични примери се могу наћи и у Енглеској, где је од посебног значаја било усвајање Закона о старању над децом (*Guardianship Act*) из 1925. године. Према овом Закону суд је, доносећи одлуку која се тиче вршења родитељског права или чувања и подизања деце, морао најпре узети у обзир „добробит детета“ (*welfare of the child*), којој се давао „врхунски значај“ (*paramount consideration*). Вид. Gillian Douglas, *An Introduction to Family Law*, Oxford University Press, Oxford 2004, 161.

<sup>3</sup> Чл. 3, ст. 1 КПД.

<sup>4</sup> Белгијски теоретичар Еуген Верхелен 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.

<sup>5</sup> Philip Alston, „The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights“, *International Journal of Law and Family* 8/ 1994, 4.

ведени правни принцип приближава концепцији Европске комисије за породично право (CEFL).<sup>6</sup>

Међутим, с новим домашајем и оквиром у коме делује принцип „најбољег интереса детета“, на површину избија крупан проблем. Немајно се намеће питање како одредити садржину поменутог принципа и да ли је то уопште могуће. Концепт људских права, примењен на породичноправне односе, покренуо је тектонске промене у области права „сатканој од крви и меса“, како сликовито каже белгијска правница Молдерс-Клајн.<sup>7</sup> Индивидуализација породице с аспекта детета, наметнула је потребу за снажнијом државном интервенцијом у породичне односе и преображајем родитељског права.<sup>8</sup> За разлику од прошлих времена, принцип „најбољег интереса детета“ овога пута није био у сенци очинске, односно родитељске власти. Тако познавање „најбољег интереса детета“ престаје бити „ексклузивно право“ родитеља. Улога главног тумача поменутог израза у суштини прелази с родитеља детета на државу и друштво у целини.<sup>9</sup> Принцип „најбољег интереса детета“ постаје главни основ, мотив и покретач државне интервенције у породичне односе. При томе, дете се не посматра само као члан породице, већ у знатно ширем контексту, који превазилази оквире родитељскоправних односа.<sup>10</sup>

У мери у којој се принцип „најбољег интереса детета“ измешта изван граница породичног дома, јача и потреба да се његова садржина ближе и јасније одреди у мери у којој је то могуће. Питање на који начин удахнути садржину „најбољем интересу детета“ представља главну тему овог рада. Након уводног дела, најпре ће се указати на готово магијску привлачност овог принципа за оне који га примењују, односно за велики маневарски простор који „најбољи интерес“ детета пружа приликом доношења одлука које се тичу деце. Овако широк и неодређен оквир носи одређене проблеме и опасности, због чега

<sup>6</sup> Вид. Гордана Ковачек Станић, „Autonomy of the child in contemporary family law“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2010, 144. Овакву концепцију „најбољег интереса детета“ познаје и енглески Закон о деци из 1989. године (*Children Act*), где се „најбољем интересу детета“ даје „врхунски значај“ (*paramount consideration*). Вид. Part I (1) (b) *Children Act* (1989) CA.

<sup>7</sup> Marie Therèse 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. Voelke Woelki) Intersentia, Antwerpen Oxford New York 2003, 109.

<sup>8</sup> Вид. Зоран Поњавић, *Приватизација породице и породичног права*, Службени гласник, Београд 2009, 17.

<sup>9</sup> Марина Јањић Комар, *Расправа о принципима породичног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 25 је мишљења да поменуто на чело „оставља родитеље као пуке учеснике породичних односа“.

<sup>10</sup> Вид. Олга Цвејић Јанчић, *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, 247.

ће се срж рада посветити различитим приступима у теорији и законодавству који имају за циљ да очувају идеал „најбољег интереса детета“.

## 2. „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 арбитрерности.<sup>11</sup>

Велика слобода коју „најбољи интерес детета“ као правни стандард пружа судовима, односно органима надлежним за примену права, произилази из његове исувише велике неодређености.<sup>12</sup> 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

---

<sup>11</sup> Један од оштријих критичара начела „најбољег интереса детета“, амерички правник Мартин Гугенхајм, сматра да 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.

<sup>12</sup> О одређивању садржине правног стандарда „најбољи интерес детета“ и једну могућу дефиницију, вид. у овом броју часописа Марија Драшкић, „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 354-355.

које се опирау било каквој унификацији која је достигла завидан ниво на пољу имовинскоправних односа. Одлучити у складу с „најбољим интересом детета“ представља један од најлегитимнијих и, без сумње, најузвишенијих циљева, али и најтеже остваривих у пракси. Чувени француски професор Карбоније правни стандард „најбољег интереса детета“ поредио је с магичном формулом, указујући на сву моћ и немоћ овог принципа.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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. године.<sup>15</sup> Наведени суд се нашао у изузезно 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 с једнако оправданом аргументацијом која би почивала на „најбољем интересу детета“.<sup>16</sup> Управо се ова неодређеност и недоследност може у исти мах посматрати као највећа снага, али и највећа слабост правног стандарда „најбољег интереса детета“.<sup>17</sup> 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.

<sup>13</sup> Вид. Jean Carbonnier, *Droit civil Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Quadrige/PUF, Paris 2004, 833.

<sup>14</sup> Robert Mnookin, „Child custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy“, *Law and Contemporary Problems* 3/1975, 260.

<sup>15</sup> *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation, England and Wales Court of Appeal*, B1/2000/2969, 22nd September 2000), вид. G. Douglas, 172.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 173.

<sup>17</sup> *Ibid.*

Дакле, без обзира на то да ли га доживљавали као „магичну“ или „мистификовану празну формулу“,<sup>18</sup> јасно је да правни стандард „најбољег интереса детета“ даје велику слободу онима који га примењују. Како је свака слобода подложна злоупотребама, у правној теорији има ставова да наведени правни стандард треба примењивати само у одсуству неког другог правног правила које би се могло применити на конкретну ситуацију.<sup>19</sup> 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 с моралним вредностима онога ко одлучује шта је најбоље за дете у конкретном случају. Стога у правној теорији има ставова да одлука о „најбољем интересу детета“ не почива на конкретном чињеничном стању, већ се ради о питању морала.<sup>20</sup> Другим речима, иза правног стандарда „најбољег интереса детета“ крију се морални критеријуми.<sup>21</sup>

Укључивање моралних принципа у позитивноправна правила обично се у правној философији означава као „деформализација права“. <sup>22</sup> 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 да је поменути правни стандард суштински допринео консолидацији правне културе „дискреције“, <sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Katharina Parr, *Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB*, Inaugural Dissertation der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius Maximilians Universität, Würzburg 2006, 187.

<sup>19</sup> J. Rubellin Devichi, 263.

<sup>20</sup> David Archard, *Children: Rights and Childhood*, Routledge, London New York 2009, 62.

<sup>21</sup> М. Јањић Комар, 21.

<sup>22</sup> Jürgen Habermas, Law and Morality, <http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/habermas88.pdf>, 233, 3. март 2012.

<sup>23</sup> Emilio García Méndez, *Protecting the World's Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems*, UNICEF, Cambridge University Press, Cambridge 2007, 106.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 107.

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 наводи како је свака дискреција релативан концепт.<sup>25</sup> Поменути аутор на сликовит начин говори да је дискрециона одлука „попут рупе у крофни, која не постоји, изузев једног празног поља унутар граничног појаса који је окружује“.<sup>26</sup> Тако се, упркос својој неодређености, „најбољи интерес детета“ не може посматрати ван правног и друштвеног 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.

### 3. ПРИСТУП ПРОБЛЕМУ САДРЖИНЕ „НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА“

#### 3.1. Спољни и унутрашњи фактори који формирају садржину „најбољег интереса детета“

Настојања да се ближе одреди садржина „најбољег интереса детета“ имају два основна циља. С једне стране, судовима и другим надлежним органима олакшава се примена наведеног принципа. Истовремено, конкретизацијом „најбољег интереса детета“ постављају се одређена ограничења самовољном и волунтаристичком тумачењу поменутог начела. 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 ка-

<sup>25</sup> Ronald Dworkin, „The Model of Rules“, *The University of Chicago Law Review*, 1/1967, 32.

<sup>26</sup> *Ibid.*

рактер „најбољег интереса детета“.<sup>27</sup> Тако се као фактори који врше спољни утицај на формирање садржине наведеног принципа могу навести културни релативизам и ресурси с којима одређено друштво располаже.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> Истовремено, „најбољи интерес детета“ цени се и кроз родитељску подобност да се потребе детета задовоље.<sup>30</sup> Као што се може приметити, наведени унутрашњи чиниоци су апсолутно подређени личности детета као субјекта породичноправних 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“.<sup>31</sup> С друге стране, садржина наведеног прин-

<sup>27</sup> 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 међународном нивоу, *ibid*. Овом приликом треба нагласити како је за садржину „најбољег интереса детета“ значајна само партикуларна компонента поменутог принципа. Сликовито речено, универзални карактер наведеног начела представља кров, док партикуларни елемент представља материјал од којег је здање „најбољег интереса детета“ сачињено.

<sup>28</sup> Вид. Eva Brems, „Children’s Rights and Universality“, *Developmental and Autonomy Rights of Children* (ed. J.C.M. Williems) Intersentia, Antwerpen Oxford 2007, 31.

<sup>29</sup> Најпознатију листу унутрашњих фактора који обликују „најбољи интерес детета“ даје енглески Закон о деци из 1989. године (*Children Act*). Вид. Део први, 1 (3а d) СА.

<sup>30</sup> Вид. Део први, 1 (3f) СА.

<sup>31</sup> Слободан Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду ЈП „Службени гласник“, Београд 2008, 250-251.



ципа не зависи само од одговарајућег правног и друштвеног система коме дете припада, већ и од карактеристика конкретног детета.<sup>32</sup> Због тога су се као најутицајније показале оне теорије које обједињују обе групе чинилаца који утичу на одређивање садржине „најбољег интереса детета“. У том смислу од нарочитог значаја су две теорије поникле на англо-саксонском правном подручју. Једна покушава објаснити „најбољи интерес детета“ као „најмање штетну алтернативу“ за дете, док се друга заснива на учењу о „динамичном само-детерминизму“. Ипак, пре осврта на њих, нужно је позабавити се укратко спољним, односном унутрашњим чиниоцима који обликују садржину „најбољег интереса детета“.

### 3.2. Културни релативизам и расположиви ресурси као спољни фактори

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 преовлађају у одређеном друштву,<sup>33</sup> као и механизмима кроз које се такве вредности остварују. У првом случају, говоримо о културном релативизму, а у другом, о расположивим ресурсима као чиниоцима који утичу на обликовање појма „најбољег интереса детета“ у сваком конкретног случају.

Културни релативизам представља оквир за тумачење „најбољег интереса детета“, постављен обичајима и веровањима који су се развијали унутар једног друштва чинећи његову традицију.<sup>34</sup> И у самој КПД је приметна извесна нота уважавања културолошких разлика, премда основно полазиште Конвенције представља модел нуклеарне породице унутар модерног либералног друштва.<sup>35</sup> 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 с развојним могућностима детета, одговарајуће усмеравање и саветовање у

<sup>32</sup> Вид. Г. Ковачек Станић, 144.

<sup>33</sup> Вид. Katharina Boele Woelki *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen Oxford 2007, 36.

<sup>34</sup> Michael Freeman, „The morality of cultural pluralism“, *The International Journal of Children's Rights* 3/1995, 9.

<sup>35</sup> Вид. Wibo van Rossum, „The clash of legal cultures over the ‘best interests of the child’ principle in cases of international parental abduction“, *Utrecht Law Review* 2/2010, 36.

остваривању права признатих овом Конвенцијом<sup>36</sup>. 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.<sup>37</sup> 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 с правима деце. Тако се преко начела „најбољег интереса детета“ у индивидуалистички свет права деце уводи и категорија друштвеног интереса.<sup>38</sup> Како Алстон истиче, начело „најбољег интереса детета“ поседује значајан потенцијал за одбрану обичаја којима се крше права деце.<sup>39</sup> 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.

Могу се уочити 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 понашања, чије би напуштање имало негативне последице по дете.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup>

Снажно присуство културног релативизма као спољног фактора који обликује „најбољи интерес детета“, данас се, пре свега, везује за одређена ваневропска друштва (афричке и исламске земље).<sup>42</sup> Доминација обичаја или одређених вредносних модела у

<sup>36</sup> Чл. 5 КПД.

<sup>37</sup> Вид. P. Alston, 20.

<sup>38</sup> Вид. Милош Станковић, „Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 239.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 20 21.

<sup>40</sup> E. Brems, 30.

<sup>41</sup> О категоризацији права детета вид. Марија Драшкић, *Предговор за збирку прописа за област породичног права и права детета*, ЛП „Службени гласник“, Београд 2006, 12 13.

<sup>42</sup> E. Brems, 30 31.

Европи углавном узмиче под налетом идеологије и система заснованог на поштовању људских права.<sup>43</sup> Наиме, културни релативизам и права детета, као посебна категорија људских права, не леже у истој правно-философској равни. Доминантно присуство одређеног културолошког модела подразумева колективни дух и колективизам у многим аспектима друштвеног живота сваког човека. С друге стране, људска права су по својој природи везана за појединца, односно индивидуалистичка. Због тога се напоредо с уздизањем идеје о људским правима одиграва и процес разградње колективних вредности утканих у појам културног релативизма. Што се нашег друштва тиче, тешко би се могло рећи како су одређени културолошки модели опстали у таквом облику који би могао утицати у значајнијој мери на схватање „најбољег интереса детета“. Штавише, постепено напуштање некадашњих друштвених образаца довело је до својеврсне конфузије различитих вредносних модела, што, међутим, превазилази оквире овог рада. У таквој ситуацији одређивање садржине „најбољег интереса детета“ превасходно почива на личним вредностима и осећању морала у сваком конкретном случају.

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 признатих Конвенцијом максимално користећи своја расположива средства.<sup>44</sup> При томе, „најбољи интерес детета“ превасходно треба остваривати у домену здравља и образовања деце, а нарочито ако је реч о деци с посебним потребама.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

Између културног релативизма и расположивих ресурса као спољних чинилаца који обликују „најбољи интерес детета“, постоји одређена веза. Наиме, што су ресурси обилнији и доступнији, снага традиционалних друштвених образаца је углавном слабија. Супротно

<sup>43</sup> Ретки су изузеци, попут ирског друштва, где културни релативизам и даље представља веома значајан фактор приликом одређивања садржине „најбољег интереса детета“ у сваком конкретном случају.

<sup>44</sup> Чл. 4 КПД.

<sup>45</sup> Вид. Закључне препоруке Комитета Уједињених Нација за права детета упућене Гани од 18.06.1997. године (CRC/C/15/add.73, para 31).

<sup>46</sup> Закључне препоруке Комитета Уједињених Нација за права детета упућене Етиопији од 24.01.1997. године (CRC/C/15/add. 67, para 28).

томе, што су економски и социјални ресурси оскуднији, 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.<sup>47</sup> Насупрот томе, у друштвима где је процес индустријализације мање одмакао, „најбољи интерес детета“ се посматра више кроз призму ширих породичних веза и друштвених интереса.<sup>48</sup> Ипак, и од овако уочене тенденције има изузетака, условљених колективним моралним кодексима или снажним утицајем религије.<sup>49</sup>

### 3.3. Унутрашњи фактори

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“. Породични закон Србије не наводи унутрашње чиниоце који би се генерално узимали у обзир код одређивања садржине „најбољег интереса детета“.<sup>50</sup> Поменуте чиниоце, међутим, препознали су наши судови. Тако се у нашој судској пракси, као 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.<sup>51</sup> Наведена формулација наших судова одсликава крајње индивидуалистичко и, како би чувени француски правник Карбоније рекао, педоцентрично схватање „најбољег интереса детета“.<sup>52</sup> Сви унутрашњи фактори подређени су детету, а способност родитеља се цени индивидуално, према сваком родитељу засебно, мада родитељи најчешће врше родитељско право заједнички и споразумно.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> P. Alston, 5.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Пример Јапана и одређених исламских држава, односно Републике Ирске у Европи.

<sup>50</sup> Породични закон ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> Вид. J. Carbonnier, 833.

<sup>53</sup> У наведеном примеру из судске праксе, као елемент за процену „најбољег интереса детета“ наводи се „способност родитеља да задовољи утврђене потребе

Наведена листа елемената за процену „најбољег интереса детета“ није последица нарочите стваралачке улоге наших судова. У том смислу, приметан је снажан утицај енглеског Закона о деци из 1989. године, чије су формулације, у овом случају, очито служиле као узор. Поменути Закон даје се списак фактора (*statutory checklist*) који ће олакшати судовима примену принципа „најбољег интереса детета“.<sup>54</sup> Тако енглески законодавац као факторе за процену поменутог принципа наводи: докучиве жеље и осећања конкретног детета (у светлу дететовог узраста и разумевања), дететове физичке, емотивне и образовне 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 детета и опсег овлашћења која суду стоје на располагању у конкретном поступку.<sup>55</sup> 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 детета за одржавање личних односа с дететом.<sup>56</sup>

#### 3.4. „Најбољи интерес детета“ у *Преднацрту закона о правима детета*

Наше законодавство, дакле, не нуди опште елементе за процену „најбољег интереса детета“, који би представљали заједничко полазиште за све односе од непосредног или посредног значаја за децу.<sup>57</sup> Ипак, таква ситуација би се могла у будућности промени-

детета“, уместо „способности родитеља да задовоље одређене потребе детета“. Дакле, као субјект породичноправног односа јавља се родитељ, а не родитељи. Ако то налаже најбољи интерес детета, у САД је суд овлашћен да измени споразум супружника, вид. Ненад Тешић, „Ко плати дукат да у брак уђе, даје два да из брака изађе“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 309.

<sup>54</sup> Вид. Judith Masson, Rebecca Bailey Harris, Rebecca Probert, *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, London 2008, 668.

<sup>55</sup> Вид. Nigel Lowe, Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, 468 469.

<sup>56</sup> Вид. J. Masson, R. Bailey Harris, R. Probert, 673, 677.

<sup>57</sup> Насупрот томе, одређени општи правни акти садрже посебне критеријуме за процену „најбољег интереса детета“ у нарочитим ситуацијама. На пример, Правилником о хранитељству ПХ, *Службени гласник РС*, бр. 36/08, предвиђају се

ти. 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.<sup>58</sup> 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“.<sup>59</sup>

Може се приметити како концептом „најбољег интереса детета“ из Преднацрта доминирају две чувене теорије, потекле с англосаксонског правног подручја. На првом месту то је теорија о „најбољем интересу детета“ као „најмање штетној алтернативи“ (*the least detrimental alternative*).<sup>60</sup> Основно полазиште наведене теорије је да се интерес детета може разматрати одвојено од интереса његове породице једино ако породица не успе обезбедити негу и заштиту детета у складу с минималним социјалним стандардима.<sup>61</sup> До тада држава треба да остави родитеље да васпитавају и подижу своје дете како налазе за сходно. Међутим, уколико је држава принуђена да интервенише у породичне односе, „нема идеалног решења за дете, већ једино оног које је најмање штетно“.<sup>62</sup> При томе, нарочито се мора водити рачуна о безбедности и сигурности детета, континуитету и стабилности односа између детета и лица која су овлашћена старати се

посебни стандарди за остваривање „најбољег интереса детета“ код хранитељског односа. Вид. чл. 6. ПХ.

<sup>58</sup> Невена Вучковић Шаховић, „Закон о правима детета“, *Правни живот* 2/2011, 48.

<sup>59</sup> Вид. чл. 18 Преднацрта Закона о правима детета од 09. новембра 2011. године. Преднацрт уместо термина „најбољи интерес детета“ у једнини, без икакве потребе користи израз „најбољи интереси детета“. Оваква формулација не само да је страна духу нашег језика, већ представља својеврсни *contradictio in adiecto*. Дете у одређеном временском тренутку, у зависности од околности случаја, може имати више конкурентских интереса, али се једном интересу мора дати предност у односу на остале, јер у супротном такав интерес детета не би био „најбољи“. Признавање могућности да дете има више „најбољих интереса“ водило би потпуној конфузији приликом примене овог, ионако, у знатној мери неодређеног појма. „Најбољи интерес“ конкретног детета се може мењати током времена, услед развоја психо физичких способности детета или наступања нових околности, али се овде ради о трансформацији, а не плуралитету „најбољег интереса детета“.

<sup>60</sup> Поменути теорију су, седамдесетих година прошлог века под покровитељством Правног факултета у Јелу (*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).

<sup>61</sup> Joseph Goldstein *et al.*, *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, The Free Press, New York 1998, xv.

<sup>62</sup> *Ibid.*

о њему,<sup>63</sup> као и дететовом осећају за време.<sup>64</sup> Управо ове критеријуме за процену „најбољег интереса детета“ преузима и *Преднацрт Закона о правима детета*. Тако се у поменутом Преднацрту инсистира на потреби осигурања безбедности детета, дугорочним ефектима односа које је дете успоставило с родитељем или другом особом, као и уважавању дететовог доживљаја времена и последица које одлагање доношења одлуке може имати на дете.<sup>65</sup>

Друга теорија, чији се печат примећује у Преднацрту, је учење о динамичном самоодређењу (*dynamic self-determinism*).<sup>66</sup> Према поменутој теорији „најбољи интерес детета“ има динамичну садржину, која се мења у складу с психо-физичким развојем детета. Због тога треба установити најбоље окружење за дете где ће оно моћи да се развија као личност и исказује сопствено мишљење и жеље.<sup>67</sup> У том смислу, доношење одлука о деци се може окарактерисати као усаглашавање прохтева деце с тренутним и будућим друштвеним окружењем.<sup>68</sup> У складу с концептом динамичног самоодређења, Преднацрт предлаже да се приликом процене „најбољег интереса детета“ у обзир узимају потребе физичког, сазнајног, емоционалног и социјалног развоја детета.<sup>69</sup> Такође, мишљење и жеље детета наводе се као једно од основних полазишта приликом утврђивање „најбољег интереса детета“.<sup>70</sup>

Једном речју, може се закључити да Преднацрт с правом нуди концепцију која настоји да обједини спољне и унутрашње чиниоце приликом утврђивања „најбољег интереса детета“. Само на такав начин ће принцип „најбољи интерес детета“ моћи да оправда своју истинску сврху и смисао.

<sup>63</sup> Континуитет личних односа између детета и лица које се о њему стара се мора имати и виду јер се дете везује за родитељску фигуру из психолошких, а не биолошких разлога. Вид. *ibid.*, 9.

<sup>64</sup> Дететов доживљај времена се разликује од осећаја за време одраслих лица. У том смислу толеранција детета према неизвесности је мања, те дете тежи што пре задовољити своје инстинктивне и емотивне потребе. Како дете расте, његова толеранција се нагло увећава. Вид. *ibid.*, xv.

<sup>65</sup> Вид. чл. 18, ст. 2, тач. 3, 4, 9 Преднацрта Закона о правима детета.

<sup>66</sup> Творац наведене теорије је познати енглески правник јужноафричког по рекла Џон Ејкелар (*John Eekelaar*).

<sup>67</sup> John Eekelaar, „The interests of the child and child’s wishes: the role of dynamic self determinism“, *International Journal of Law and the Family* 8/ 1994, 54.

<sup>68</sup> *Ibid.*, 52.

<sup>69</sup> Вид. чл. 18, ст. 2, тач. 2 Преднацрта Закона о правима детета.

<sup>70</sup> Вид. чл. 18, ст. 2, тач. 8 Преднацрта Закона о правима детета.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

У „најбољи интерес детета“ се морају уткати како колективне културне и друштвене вредности, тако и посебност и карактеристике сваког засебног детета. Због тога, поменути принцип обухвата наизглед непомирљиве елементе. Ипак, „најбољи интерес детета“ не треба посматрати у светлу сукоба између интереса породице као установе и интереса детета као индивидуалног субјекта породичних односа. Напротив, наведени правни стандард треба тумачити као мост између дететовог друштвеног и породичног окружења и самог детета. То је спона којом се детету преносе колективне вредности једног друштва и индивидуалне вредности једне породице, али и простор у коме ће дете развити сопствене вредности које ће једног дана преносити другима. Градитељи тог моста, творци поменуте споне између спољашњих и унутрашњих елемената „најбољег интереса детета“, јесу, пре свих, родитељи детета.

Родитељи су, природно, најнепосредније заинтересовани да се принцип „најбољег интереса детета“ примени на одговарајући начин. Њима би се морало омогућити поље слободне процене, попут онога које имају државе у контексту права на поштовање породичног живота пред Европским судом за људска права у Стразбуру. Због тога примену начела „најбољег интереса детета“ треба везивати за ситуацију конфликта, распада породице и пре свега, нужну заштиту деце. Такво схватање одговара „најбољем интересу детета“ као „најмање штетној алтернативи“ за дете, које *Пренацрт Закона о правима детета* у приличној мери усваја. Концепт „најбољег интереса детета“ из Преднацрта нуди исрпну и савремену листу елемената за примену наведеног правног стандарда те би, без сумње, представљао значајан искорак у том смислу.

Међутим, како би се додатно умањила могућност злоупотребе принципа „најбољег интереса“ детета, потребно је предложене критеријуме у одређеној мери рангирати, с обзиром на то да нису сви истога значаја. Као примарне критеријуме изричито треба издвојити заштиту живота и здравља и осигурање безбедности детета. Поменути критеријуми представљају апсолутне елементе за процену „најбољег интереса детета“, односно оне елементе којима се у колизији с другим критеријумима увек мора дати предност. Као другоранжирани критеријум требало би предвидети значај обезбеђења стабилности и континуитета односа с родитељима, док би се остали елементи могли сврстати у трећи ранг елемената за процену „најбољег интереса детета“. Оваква категоризација би, чини се, допринела побољшању иначе квалитетног и свеобухватног приступа твораца Преднацрта проблему садржине „најбољег интереса детета“. Истовремено, заштитила би се и значајна већина оних родитеља којима је љубав према својој деци изнад сваког правног принципа и правила.



Veljko Vlašković, LL.M

Assistant Lecturer

University of Kragujevac Faculty of Law

## „THE BEST INTEREST OF THE CHILD“ PROBLEM OF CONTENT DETERMINATION

### *Summary*

“The best interests of the child” notion is one of the most significant legal principles in the contemporary national legal systems, as well as in the international law, particularly due to its wide application. That legal standard is „uncrowned ruler“ of all provisions regulating the relationships concerning children, and the main criterium for reaching any decision influencing them directly or indirectly. However, when this noble goal is transferred to the field of interpretation in legal practice the problem of its not completely clear contents arises. The author analyses different approaches and means that can ease the difficulty, since it is not possible to solve it definitely. The problem of “the child’s best interests” is particularly analysed in the context of Serbian legal system which, in the absence of defined cultural model, reaches for the solutions given in the British legislation. The Preliminary draft of the Law on the Rights of the Child of 2011, in suggesting “the best interests of the child” contents, mainly follows the English Children Act (1989) solutions, combined with impact of certain influential legal theories. The author argues that the mentioned concept should include collective social and cultural values. He also advocates that different criteria should be ranked within its content, so that protection of life, health and security of the child should be the principal ones.

Key words: *“The best interests of the child”*. – *External factors*. – *Internal factors*. – *„The least detrimental alternative“*. – *Dynamic self – determinism*.