

Асс. мр Вељко Влашковић

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

„НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА“ КАО КРИТЕРИЈУМ ЗА ЗАСНИВАЊЕ УСВОЈЕЊА

У индивидуалистичком свету људских права, који је захватио и породичноправне односе, принцип „најбољег интереса детета“ представља спону између интереса детета као засебног правног субјекта и интереса породичног окружења и друштва у целини. Конвенцијом Уједињених нација о правима детета, поменути правни стандард је уздигнут у ранг врховног правног принципа у свим односима који се на непосредан или посредан начин тичу деце. Међутим, постоје одређени породично-правни односи код којих је препозната потреба да се присуство принципа „најбољег интереса детета“ посебно нагласи. Управо такав случај је са усвојењем, где поменути правни стандард представља основни критеријум за заснивање ове врсте родитељскоправног односа. С обзиром на неодређеност „најбољег интереса детета“, у раду ће се посебна пажња посветити препознавању елемената који омогућавају примену наведеног правног принципа приликом заснивања усвојења у конкретним ситуацијама. У том циљу, анализираће се домаће и упоредно законодавство, али и најновија пракса Европског суда за људска права у Стразбуру кроз случајеве Понтес против Португалије (Pontes v. Portugal) и Гас и Дибоа против Француске (Gas and Dubois v. France) из 2012. године.

Кључне речи: „Најбољи интерес детета“; Конвенција о правима детета; Судска пракса; Усвојење.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Идеја заштите „најбољег интереса детета“ данас представља доминантан концепт у свим правним односима који су од непосредног или посредног значаја за дете као правног субјекта. Пренета на терен права, поменута идеја исказује се кроз одговарајуће правне

принципе и правила, чији су темељи постављени Конвенцијом Уједињених нација о правима детета из 1989. године (у даљем тексту: КПД).¹ Поменути међународни уговор означио је пуну афирмацију индивидуалистичког става о деци као правним субјектима са засебним правима и интересима, наспрам којих се могу налазити чак и интереси сопствених родитеља. Штавише, присуство детета или интереса детета у једном правном односу почиње значити и све снажније ангажовање државе у поменутом односу, која се преко својих институција ставља у положај неприкосновеног заштитника детета. Тако, на извештај начин, „најбољи интерес детета“ постаје синоним, не само за уздизање детета као засебног појединца у правним односима, већ и за све наглашенију државну интервенцију у породичне односе. Доминација принципа „најбољег интереса детета“ последица је његовог искорака из приватности породичног дома у јавну сферу, насталу услед бурних промена које су захватиле породичноправне односе протеклих деценија под утицајем васкрсле идеје о људским правима. Због тога не треба чудити што основна формулација „најбољег интереса детета“ као општег правног принципа потиче управо из КПД, којом се, као посебна категорија људских права, предвиђа читав низ права чији је имаалац дете.

Тако се поменути међународним уговором наводи како ће „у свим активностима које се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета бити од првенственог значаја“.² Наведена формулација „најбољег интереса детета“ упућује на закључак како се поменути принцип покрива огроман правни простор. Прецизније речено, „најбољи интерес детета“ попут верне сенке или „златне нити“, како би рекао енглески правни теоретичар Џон Марфи (*John Murphy*),³ прати дете као правног субјекта кроз разноврсну лепезу правних односа у које ступа или који га се тичу. Због тога, значај поменутог принципа произилази из значаја детета као правног субјекта. Међутим, без обзира на свеобухватност „најбољег интереса детета“ као општег правног принципа, постоје одређени правни односи код којих је потреба за поштовањем наведеног начела нарочито изражена. Реч је о оним ситуацијама када

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. – Вид. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета – КПД, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/97.

² КПД, чл. 3, ст. 1.

³ Вид. J. Murphy, *International dimensions in family law*, Manchester 2005, 257.

рањивост детета, као његова природна карактеристика, посебно избија на површину, односно случајевима када долази до распада, нефункционисања или чак изостанка породице. У таквим случајевима, интереси родитеља постају сукобљени или непознати. Дете долази у средиште тако сучељених интереса родитеља или, у најгорем случају, бива само. Под наведеним околностима „најбољи интерес детета“ постаје принцип врхунског значаја. Из тог разлога, наглашена потреба за заштитом „најбољег интереса детета“ постоји у оним случајевима када се дете измешта из свог примарног породичног окружења, раздваја од својих родитеља и нарочито у ситуацијама када се дете одговарајућег породичноправног статуса даје на усвојење. Управо у последњем случају, „најбољи интерес детета“ се кроз КПД изричито формулише као посебан правни принцип „врхунског значаја“ (*paramount consideration*).⁴

2. „НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА“ КАО ПРАВНИ ПРИНЦИП ВРХУНСКОГ ЗНАЧАЈА У ОБЛАСТИ УСВОЈЕЊА

Дакле, у области усвојења, принципу „најбољег интереса детета“ даје се апсолутна предност наспрам како јавних интереса (економских, политичких), тако и личних интереса самих усвојитеља.⁵ „Врхунски значај“ поменутог принципа из КПД на одговарајући начин је пренет и у национална законодавства. У неким, попут енглеског права, изричито се наводи како се „најбољем интересу детета“ даје „врхунски значај“ приликом заснивања усвојења.⁶ У другим законодавствима, пак, безусловно првенство принципа „најбољег интереса детета“ приликом доношења одлуке о заснивању усвојења може произићи из опште законске формулације принципа „најбољег интереса детета“, као и из систематског тумачења правног правила о „најбољем интересу детета“ као услову за заснивање усвојења. На пример, у породичном праву Србије, „најбољи интерес детета“ се означава као принцип „врхунског значаја“, што је снажнија формула-

⁴ „Стране уговорнице које признају и/или дозвољавају систем усвајања ће обезбедити да најбољи интерес детета буде од врхунског значаја...“ – Вид. КПД, чл. 21, ст. 1.

⁵ Вид. R. Hodgkin, P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF – United Nations Publications, Geneva – New York 2007, 295.

⁶ „Кад год суд или агенција за усвајање требају донети одлуку која се односи на усвојење детета, врхунски значај (...) се мора дати добробити детета.“ – Чл. 1 Закона о усвојењу и деци из 2002. (The Adoption and Children Act 2002) – АСА. Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, London 2008, 840.

ција од оне из КПД.⁷ С обзиром на овакав домашај који се наведеном принципу даје у основној законској формулацији, није се могло очекивати да ће се од тога одступити приликом одређивања „најбољег интереса детета“ као правног правила у контексту услова за заснивање усвојења. Заиста, ПЗ прописује како се дете може усвојити ако је то у његовом најбољем интересу.⁸ У том смислу, „најбољи интерес детета“ у праву Србије представља некрунисаног владара свих правила која се односе на заснивање усвојења, о чему ће посебно бити речи у наредном делу. Сличну формулацију садржи и Породични закон Републике Српске,⁹ као и породична законодавства Федерације БиХ¹⁰ и Хрватске,¹¹ уз напомену како се уместо израза „најбољи интерес детета“ употребљава термин „интерес детета“, што у суштини није од већег значаја.¹² Може се приметити како ПЗРС наглашава како усвојење „мора бити у интересу усвојеника“, док се породичним законодавством Федерације БиХ истиче да се „усвојење може засновати само у интересу усвојеника“. ¹³ Насупрот томе, у породичном праву Србије и Хрватске оваквих наглашавања првенства наведеног принципа нема.¹⁴ Међутим, поменути истицања примата „најбољег интереса“, односно „интереса детета“ нису нужна како би се исказао „врхунски значај“ наведеног начела приликом заснивања усвојења, односно њихов значај је више козметичке природе. Ово постаје јасно ако се правило о „најбољем интересу детета“ као услову за заснивање усвојења сагледа у контексту осталих правних правила за заснивање усвојења. У том смислу, у раду ће се анализирати одговарајућа материјалноправна правила, односно норме за утврђивање опште подобности усвојеника и усвојитеља за усвојење.

⁷ „Свако је дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета“. – Породични закон – ПЗ, *Сл. гласник РС*, бр. 18/05, чл. 6, ст. 1. Вид. Г. Ковачек-Станић, „Autonomy of the child in contemporary family law“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2010, 144.

⁸ ПЗ, чл. 89.

⁹ Вид. Породични закон – ПЗРС, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 54/02, чл. 146.

¹⁰ Вид. Породични закон Федерације БиХ, чл. 93, ст. 1.

¹¹ Вид. Обитељски закон Хрватске, чл. 125, ст. 1.

¹² Концепт „најбољег интереса детета“ формулише се путем израза „интерес детета“ и у белгијском, бугарском, литванском и португалском праву. – Вид. К. Boele-Woelki *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen – Oxford 2007, 36.

¹³ Сличну формулацију правног правила којом се „најбољи интерес детета“ одређује као услов за заснивање усвојења садржи норвешки Закон о усвојењу. – Вид. Закон о усвојењу Норвешке из 1986. године, чл. 2.

¹⁴ Упор. чл. 146 ПЗРС и чл. 93, ст. 1 Породичног закона Федерације БиХ са чл. 89 ПЗ и чл. 125, ст. 1 Обитељског Закона Хрватске.

3. „НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА“ У КОНТЕКСТУ УСЛОВА ЗА ЗАСНИВАЊЕ УСВОЈЕЊА

Законодавства која познају систем усвојења, по правилу, предвиђају низ услова, односно претпоставки који се морају испунити како би се усвојење могло пуноважно засновати. Поменути услови се обично исказују кроз правила о утврђивању опште подобности усвојеника, односно усвојитеља за усвојење. Како је усвојење сложен породичноправни однос, приликом његовог заснивања мора се водити рачуна о интересима различитих правних субјеката. С обзиром да већина европских законодавастава не допушта усвојење пунолетних лица,¹⁵ потребно је остварити равнотежу између интереса детета, његових родитеља и усвојитеља. Управо се поменута равнотежа настоји постићи правилима која садрже услове за заснивање усвојења. Као илустративан пример настојања да се оствари равнотежа између интереса усвојитеља и интереса детета које се усваја, могу се навести одговарајућа правила Грађанског законика Аустрије. Тако се, према аустријском праву, као доња старосна граница за мушкарца који усваја дете одређује узраст од 30 година, док се за жену у истој ситуацији поменута старосна граница одређује нешто ниже, на 28 година.¹⁶ Међутим, наведено правило важи само ако дете усвајају појединци. У случају да се у улози усвојитеља јављају супружници, довољно је да поменута лица буду старија најмање 18 година од детета које желе усвојити,¹⁷ а уколико се усваја дете другог супружника, допушта се и да разлика у годинама између усвојитеља и усвојеника не буде већа од 16 година.¹⁸ Различита одређивања минималне доби усвојитеља су непосредна последица настојања да се оствари правична равнотежа између интереса лица који желе усвајати децу и детета као усвојеника. Тако, у случајевима када појединац жели усвојити дете, минимална старосна доб усвојитеља је највиша јер интерес детета намеће потребу његовог одрастања у потпуној, двородитељској породици. Насупрот томе, потребна разлика у годинама између лица која усвајају дете и усвојеника је најнижа када се усваја дете свог супружника, односно када тазбинско сродство прераста у адоптивно. У таквим случајевима, интерес детета је најмање угрожен јер дете, по

¹⁵ Изузетак је, на пример, право Грчке, које допушта усвојење пунолетних лица која су у крвном и адоптивном сродству са усвојитељем закључно са четвртим степеном. – Вид. I. Androulidakis-Dimitriadis, *Family Law in Greece*, The Netherlands 2010, 109.

¹⁶ Вид. Грађански законик Аустрије, чл 180, ст. 1, т. 1.

¹⁷ Вид. *Overview on Austrian Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-austria.pdf>, 10. август 2012.

¹⁸ Вид. Грађански законик Аустрије, чл. 180, ст. 2, т. 2.

правилу, већ има стабилну заједницу и континуитет односа са својим усвојитељем, односно очухом или маћехом.

Међутим, увођење „најбољег интереса детета“ као посебног услова за заснивање усвојења, условно речено, ремети наведену концепцију о остваривању равнотеже између интереса свих учесника у поступку заснивања усвојења. Систематским тумачењем наведеног правила у контексту осталих услова за заснивање усвојења, долази се до закључка како правило о заснивању усвојења у „најбољем интересу детета“ представља изузетак у односу на остала правила за успостављање усвојитељског односа. Потврду овакве природе поменутог правила о усвојењу налазимо у Европској конвенцији о усвојењу из 2008. године (у даљем тексту: КУ), где се наглашава како „надлежни орган неће одобрити усвојење уколико се не увери да ће усвојење бити у најбољем интересу детета“.¹⁹ Као што се може приметити, наведена формулација из КУ указује на одређени простор за дискрециону власт коју имају органи надлежни за одлучивање о усвојењу. Међутим, простор за вршење дискреционе власти је, као што ће се видети, у овом случају ограничен осталим правилима за заснивање усвојења.

Најважнија практична последица оваквог становишта јесте што органи надлежни за заснивање усвојења могу одбити захтев за усвојењем, онда када су сви остали услови испуњени, позивајући се на „најбољи интерес детета“. Дакле, административни,²⁰ односно судски органи²¹ пред којима се усвојење заснива морају претходно утврдити јесу ли све претпоставке за заснивање усвојења остварене. Тек након тога, захтев за усвојењем подлеже својој последњој провери, његовој усаглашености са „најбољим интересом детета“. Другим речима, није могуће засновати усвојење ако се не испуни неки од услова опште

¹⁹ Чл. 4, ст. 1 Европске конвенције о усвојењу из 2008. године – КУ. Конвенција је донета под окриљем Савета Европе 27. новембра 2008. године. До сада ју је ратификовало седам држава-чланица. Од држава бивше Југославије, свој потпис на наведени међународни уговор ставиле су једино Србија и Црна Гора, јуна 2009. године, премда још увек нису ратификовале Конвенцију. – Вид. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=202&CM=8&DF=25/08/2012&CL=ENG>, 11. август 2012.

²⁰ На пример, у Србији је орган старатељства као административни орган надлежан да донесе одлуку о заснивању усвојења. – Вид. ПЗ, чл. 88.

²¹ У неким државама, попут Немачке, Француске или Шпаније, одлуку о заснивању доноси судски орган, премда значајну улогу у процесу заснивања усвојења имају одређене агенције за усвојење (Немачка) или одговарајући органи локалне самоуправе. – Вид. *Overview on German Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf>, 16. август 2012; *Overview on French Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-france.pdf>, 16. август 2012.

или посебне подобности. Стога није могуће дерогирати било који од поменутих услова позивањем једино на „најбољи интерес детета“. На пример, према праву Србије, не може се дозволити брату да усвоји сестру проценом како је то у „најбољем интересу детета“.²² Стога, може се рећи како се правило о усвојењу детета, ако је то у његовом „најбољем интересу“, активира тек након што орган надлежан за заснивање усвојења утврди да су сви остали услови испуњени. Због тога правило о усвојењу у „најбољем интересу детета“ представља изузетак од правила на основу којих се утврђује општа и посебна подобност усвојитеља, односно усвојеника за усвојење.

У том смислу, у контексту „најбољег интереса детета“ посебно је интересантно анализирати један услов који се тиче опште подобности усвојеника за усвојење, а то је сагласност детета. Наиме, већина европских законодавстава одређује минимални узраст детета чија је сагласност нужна како би се засновало усвојење.²³ Поменути услов представља конкретизацију права детета на мишљење,²⁴ које, пак, није строго омеђено узрастом детета, већ превасходно његовом способношћу да формира своје мишљење. У закону се најчешће одређује минимална доб детета када ће се претпоставити како је оно способно формирати мишљење, што није сметња да се прида значај мишљењу детета и ако је оно млађе од наведеног узраста.²⁵ Дакле, узраст детета у којем се захтева његова сагласност са усвојењем не мора се подударати са узрастом када је конкретно дете способно формирати своје мишљење. Значи ли то како се може одбити заснивање усвојења уколико се дете млађе од доби потребне за давање сагласности са усвојењем, али способно формирати своје мишљење, изјасни против усвојења? Одговор је позитиван, под условом да надлежни орган процени како такво усвојење не би било у „најбољем интересу детета“. На тај начин се не дерогира правило о сагласности детета са усвојењем, јер се оно због узраста детета у конкретном случају није ни могло применити. Поменуто правило би се дерогирало ако би се, позивањем на „најбољи интерес детета“, допустило усвојење иако се њему противи

²² Вид. ПЗ, чл. 92.

²³ На пример, у Немачкој и Италији тражи се да дете има најмање 14 година, у Шведској и Норвешкој 12 година, док се у Руској Федерацији и Србији тражи узраст детета од најмање десет година. – Вид. Немачки грађански законик, пар. 1750, ст. 2, и италијански Закон бр. 184, чл. 22, ст. 6, тач. 2; вид. Закон о родитељству и старатељству Шведске, одсек 5, и норвешки Закон о усвојењу, чл. 6, ст. 2; вид. Породични закон Руске Федерације, чл. 132, ст. 1, и ПЗ, чл. 98.

²⁴ З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац 2011, 216.

²⁵ На пример, према ПЗ, претпоставља се како је дете старо десет година способно формирати своје мишљење. – Вид. ПЗ, чл. 65, ст. 1 у вези са чл. 65, ст. 4.

дете старије од траженог узраста за давање сагласности са усвојењем. Због тога, правило о сагласности детета са усвојењем ни у чему не нарушава претходно изнету концепцију према којој усвојење у „најбољем интересу детета“ представља изузетак од осталих правила за заснивање усвојитељског односа.

Ипак, услов да усвојење буде у „најбољем интересу детета“ није типично правило које представља изузетак, због неодређености његовог обима,²⁶ односно одређеног степена дискреционе власти који доносиоци одлука о заснивању усвојења имају. Међутим, поменуто дискреционо право одлучивања одговарајућих органа ограничено је двојачко. Најпре, као што је већ указано, простор за дискреционо одлучивање о заснивању усвојења у „најбољем интересу детета“ јесте простор који преостане након што се утврди како су испуњени сви остали услови за усвојење. Друго, сама природа изузетка намеће потребу за његовом опрезнијом применом, без обзира на неодређеност појма „најбољег интереса детета“. Управо из тог разлога, потребно је, у мери у којој је то могуће, утврдити одређене критеријуме или елементе за процену „најбољег интереса детета“ као услова за заснивање усвојења.

4. ЕЛЕМЕНТИ ЗА ПРОЦЕНУ „НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА“ КАО УСЛОВА ЗА ЗАСНИВАЊЕ УСВОЈЕЊА

„Најбољи интерес детета“ представља изузетно сложен појам, чија садржина зависи од низа спољних и унутрашњих фактора који се цене у сваком конкретном случају. Спољни фактори чине заправо друштвени, односно културолошки контекст у коме се „најбољи интерес детета“ примењује. Реч је о најразличитијим вредностима једног друштва, проистеклим из његове традиције, обичаја, религијских уверења, који се морају узети у обзир, јер дете не може бити „самодовољно биће које није у социјалној, емотивној и духовној корелацији са својом породицом и друштвом“.²⁷ С друге стране, постоје и унутрашњи чиниоци који обликују правни стандард „најбољег интереса детета“, а који се тичу самог детета и његовог блиског породичног окружења. У том смислу се говори о узрасту и полу детета, његовим

²⁶ О појму изузетка, вид. Р. Лукић, Б. Кошутић, Д. Митровић, *Увод у право*, Београд 2001, 575.

²⁷ С. Панов, *Породично право*, Београд 2008, 250–251.

жељама, способностима родитеља да задовоље утврђене потребе детета и сл.²⁸

Ипак, примена „најбољег интереса детета“ као услова за заснивање усвојења има одређених специфичности у односу на примену наведеног принципа у неким другим области породичноправних односа, попут вршења родитељског права. Поменуте специфичности проистичу из наглашене потребе за збрињавањем, односно заштитом детета, која постоји у ситуацијама када се доноси одлука о усвајању, али и потребе за очувањем идентитета детета уколико је позната његова претходна породична средина. На пример, уколико је позната религијска припадност детета и усвојитеља, надлежни орган за заснивање усвојења може поменути околност, у већој или мањој мери, узети у обзир приликом доношења одлуке о заснивању усвојења у „најбољем интересу детета“. Другим речима, вероисповест детета може представљати један од елемената за одређивање је ли усвојење у „најбољем интересу детета“ или не. Колики ће се значај дати наведеном елементу, зависи од интензитета са којим спољни фактори обликују „најбољи интерес детета“ у једном друштву. Ипак, по правилу, утицај верске припадности на заснивање усвојења зависи од дискреционе процене надлежних органа, засноване на „најбољем интересу детета“.²⁹ При томе, религијска припадност детета се цени заједно са осталим елементима за процену „најбољег интереса детета“, које је надлежни орган у конкретном случају узео у обзир.³⁰ Поменути елементи најчешће представљају унутрашње факторе који обликују садржину „најбољег интереса детета“ и ретка су законодавства која дају неке детаљније смернице које би елементе требало узети у обзир приликом одређивања садржине „најбољег интереса детета“ код заснивања усвојења. Изузетак у том смислу представља енглеско право, чији Закон о усвојењу и деци из 2002. године наводи листу елемената (*statutory checklist*) који треба да представљају полазиште приликом утвр-

²⁸ Вид. Пресуда Другог општинског суда у Београду П. бр. 5569/05 од 13. јуна 2006. године и пресуда Окружног суда у Београду Гж. бр. 13945/06 од 31. октобра 2006. године, *Билтен Окружног суда у Београду* 74/2006.

²⁹ Изузетак је ирско право, где верска припадност усвојеника или усвојитеља детета није један од спољних фактора за процену „најбољег интереса детета“ приликом усвојења детета, већ околност уткана у посебан услов за заснивање усвојења, која се мора утврдити пре процене постојања „најбољег интереса детета“ да буде усвојено. Тако, „када усвојитељи детета, дете и биолошки родитељи, односно родитељ детета нису исте вероисповести, решење о усвојењу се не може донети уколико лица чија је сагласност са усвојењем нужна, не знају вероисповест (ако постоји) подносилаца захтева за усвојењем у тренутку давања сагласности.“ – Закон о усвојењу Републике Ирске из 1974. године, чл. 4.

³⁰ Вид. J. Masson, R. Bailey-Harris, R. Probert, 675.

ђивања „најбољег интереса детета“ у поступку заснивања усвојења. Тако, према наведеном закону, приликом доношења одлуке о усвојењу, суд или агенција за усвојење би морали узети у обзир следеће чиниоце (између осталих):³¹

1. Докутиве жеље и осећања детета која се тичу одлуке (разматрање у светлу дететовог узраста и разумевања;
2. Посебне потребе детета;
3. Вероватно дејство које ће (током живота) престанак припадности примарној породици и давање на усвајање имати на дете;
4. Дететов узраст, пол, окружење и било која друга карактеристика коју суд, односно агенција сматра значајном;
5. Било која штета (у смислу Закона о деци из 1989. године, чл. 41),³² коју је дете претпело или за коју постоји ризик да ће је претрпети;
6. Однос који дете има са сродницима или било којим другим лицем, а који суд, односно агенција сматрају значајним, укључујући:
 - а) Вероватноћу да ће се такав однос наставити и корист детета од настављања поменутог односа;
 - б) Способност и решеност било ког сродника детета, односно другог лица да детету обезбеди сигурно окружење у коме се дете може развијати, односно да на други начин задовољи потребе детета;
 - в) Жеље и осећања било ког од дететових сродника, односно другог лица према детету.

Приликом давања детета на усвојење, агенција за усвојење мора посветити дужну пажњу дететовом верском убеђењу, расној припадности и културном, односно језичком окружењу.

Као што се може приметити, енглески законодавац даје детаљну листу елемената за процену „најбољег интереса детета“ која обухвата како унутрашње, тако и спољне факторе који обликују садржину наведеног појма. Реч је о врло корисном начину за ублажавање про-

³¹ Закон о усвојењу и деци из 2002. године (*Adoption and Children Act 2002*), одсек 1 (1) 4–5. Вид. М. Oldham (ed.), *Blackstone's Statutes – Family Law 2007-2008*, Oxford – New York 2007, 436.

³² Енглески законодавац даје и општу листу елемената за процену „најбољег интереса детета“, независно од природе правних односа који се тичу деце. Поменути листа се налази у Закону о деци из 1989. године (*Children Act 1989*). – Вид. одсек 1 (3) поменутог Закона.

блема које носи вршење дискреционе власти органа надлежних за заснивање усвојења, што би могло представљати драгоцен путоказ и оним државама чија законодавства немају поменути листу.

Како бисмо показали начин примене „најбољег интереса детета“ као услова за заснивање усвојења, осврнућемо се на два скорашња случаја из праксе Европског суда за људска права у Стразбуру. Поменути судски орган је надлежан за надзор над применом и тумачењем Европске конвенције за људска права у Стразбуру. Међутим, Суд у Стразбуру се може дотаћи и правног стандарда „најбољег интереса детета“ у контексту заштите права на поштовање породичног живота из ЕКЉП.³³ Наиме, садржину правног стандарда „породичног живота“ одређује Суд у Стразбуру својим одлукама, при чему се у ЕКЉП наводи како се право на породични живот може ограничити „ако је то у складу са законом и неопходно у демократском друштву из разлога националне безбедности, јавне сигурности или економске добробити државе, ради спречавања нереда или криминала, ради заштите здравља или морала, односно заштите права и слобода других“.³⁴ Дакле, право на породични живот представља једно квалификовано, односно релативно право у смислу да се може ограничити из горе наведених разлога.³⁵ У пракси Суда у Стразбуру, мешање државе у породични живот често се оправдава као сразмерно легитимним циљевима.³⁶ Наиме, државама се оставља једно поље слободне процене (*margin of appreciation*) да задрже одређену слободу у доношењу одлука које се тичу породичних односа, јер поменути односи нису подобни унификацији, попут, на пример, типичних имовинскоправних односа. Што је поље слободне процене веће, то се пред државе постављају блажи стандарди, како би правдале мешање у породични живот легитимним циљевима. Породичноправни односи представљају управо пример правних односа где су границе поља слободне процене врло широко постављене, односно где Суд у Стразбуру има блаже критеријуме приликом одлучивања је ли мешање државе било сразмерно легитимном циљу. Међутим, ако мешање државе у породичне односе изазове нарочито озбиљне последице, попут разарања породичних веза, Суд у Стразбуру може поставити знатно строже стандарде приликом оцене

³³ Конвенција за заштиту људских права и основних слобода усвојена је под окриљем Савета Европе 4. новембра 1950. у Риму. Србија и Црна Гора су је ратификовале 2003. године. – Вид. Закон о ратификацији Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода – ЕКЉП, *Сл. лист СЦГ – Међ. уговори*, бр. 9/03.

³⁴ ЕКЉП, чл. 8, ст. 2.

³⁵ S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford – Portland 2010, 4.

³⁶ *Ibid.*, 28.

да ли је мешање државе било сразмерно легитимним циљевима, што узрокује значајно сужавање обима поља слободне процене.³⁷ Таква ситуација може настати када се на усвојење даје дете живих и познатих родитеља, при чему „најбољи интерес детета“ представља правни стандард кога Суд не може заобићи. О томе на илустративан начин говори недавна одлука Суда у Стразбуру у случају Понтес против Португалије (*Pontes v. Portugal*) из априла месеца ове године.³⁸

У поменутом случају, подносиоци представке били су г. и гђа Понтес као португалски држављани који су у моменту подношења захтева имали четворо деце. Поменути пар је злоупотребом дрога довео своје четворо деце у високо ризично породично окружење, због чега су им најпре изрицане мере корективног надзора, да би касније сва деца била институционално збринута. При томе је најмлађе дете било смештено у засебни дом који се налазио близу 40 километара од места становања детета, док су његов брат и сестре привремено смештени у установу која се налазила на око 13 километара од породичног дома. Две године након тога, надлежни суд је лишио родитеље родитељског права у погледу најмлађег детета, имајући у виду његов узраст и потешкоће родитеља да се врате нормалном животу, као и чињеницу како дете са биолошком породицом није одржавало никакве личне односе. Истовремено, дете је дато на хранитељство и покренут је поступак да се дечак усвоји. У међувремену, родитељи детета су успешно прошли третман одвицавања од дроге и нашли посао, те је укинута решење о институционалном смештају троје старије деце и она су враћена родитељима. Међутим, португалски породични суд је 2009. године одлучио да се одобри усвојење најмлађег детета, имајући у виду да од 2006. године, када су родитељи били лишени родитељског права, они нису имали никакав контакт са дететом, те да би у „најбољем интересу детета“ било да га усвоји друга породица са којом ће моћи да развије стабилан однос. Родитељи детета су сматрали како им је оваквом одлуком португалских власти прекршено право на породични живот, јер им није било омогућено, с обзиром на одлуку о лишењу родитељског права, виђати своје дете у периоду од три године. Суд у Стразбуру је проценио како је захтев родитеља оправдан, те да је Португалија прекршила своје обавезе из ЕКЉП. У образложењу своје одлуке, Суд је, између осталог, дао коментар на који начин треба тумачити „најбољи интерес детета“ као услов за заснивање усвојења. Према схватању Суда, „најбољи интерес детета“ је да живи са својом породицом, те да се његово раздвајање

³⁷ *Ibid.*, 34.

³⁸ Случај *Pontes v. Portugal* од 10. априла 2012. године (App. No 19554/09).

од породице може оправдати само изузетним околностима и морају се учинити сви напори како би се породични односи очували, те да се у одговарајућем тренутку породица поново успостави. Суд је указао како смештај детета у породично окружење које ће више допринети његовом образовању, не може оправдати одвајање детета од родитеља. У конкретном случају, португалске власти су донеле противречне одлуке према деци подносилаца представке и раздвојили најмлађе дете од свог брата и својих сестара. При томе, домаћи органи нису разматрали мере које би биле мање радикалне од усвојења, чиме су трајно прекинули везу детета са својом биолошком породицом, што се не може оправдати легитимним циљевима мешања у породични живот. Дакле, одлука португалских власти о заснивању усвојења није почивала на „најбољем интересу детета“ у контексту права на поштовање породичног живота из ЕКЉП.

Други интересантан случај, са аспекта одређивања елемената за процену „најбољег интереса детета“ приликом заснивања усвојења, тиче се одлуке Гас и Дибоа против Француске (*Gas and Dubois v. France*) из марта ове године.³⁹ У наведеном случају, ради се о одбијању француских власти да допусте заснивање непотпуног усвојења из разлога што усвојење не би било у „најбољем интересу детета“.

Представку Суду у Стразбуру поднеле су две француске држављанке које су као истополне партнерке живеле заједно још од 1989. године. Натали Дибоа је 2000. године родила ћерку у Француској, која је зачета поступком биомедицински потпомогнуте оплодње у Белгији. Дете, у складу са белгијским правом, нема утврђено порекло према оцу и живи од рођења са Дибоа и Гасовом у њиховом заједничком дому. Након што су 2002. године закључиле уговор о цивилном партнерству, као правни облик хомосексуалне заједнице коју француско право допушта, Гасова је поднела захтев за непотпуно усвојење девојчице, уз претходну изричиту сагласност са усвојењем дететове биолошке мајке, а њене партнерке. Француски органи су утврдили како су сви услови за усвојење испуњени, али су одбили захтев јер усвојење не би било у „најбољем интересу детета“. Судови поменуте државе су констатовали како би такво усвојење лишило гђу Дибоа могућности вршења родитељског права према сопственом детету, сходно правилима Француског грађанског законика. Наиме, једино ако појединац усваја дете свог брачног партнера, усвојитељ и роди-

³⁹ Случај *Gas and Dubois v. France* од 15. марта 2012. године (App. No 25951/07).

тељ ће заједнички вршити родитељско право.⁴⁰ Овде то није био случај, пошто француско право не допушта могућност закључења хомосексуалних бракова.

Подноситељке представке су сматрале како су оваквим поступањем француских власти претрпеле дискриминацију,⁴¹ услед које је нарушено и њихово право на поштовање породичног живота. Међутим, за разлику од претходног случаја, државе имају широко поље слободне процене приликом одлучивања хоће ли допустити закључење истополних бракова. Истовремено, Суд је нагласио како би ситуација била иста и када би хетеросексуални партнер пожелео усвојити дете свог цивилног партнера, тако да дискриминације није било. У поменутом случају, „најбољи интерес детета“ се подударао са интересом биолошке мајке детета, а то је да се захтев за усвојење одбије.

5. ЗАКЉУЧАК

Принцип „најбољег интереса детета“ данас представља основну вредност за све правне односе који се непосредно или посредно тичу деце. Ипак, потреба за применом наведеног принципа посебно је наглашена у случајевима распада или изостанка биолошке породице детета. Тада, рањивост детета нарочито долази до изражаја и принцип „најбољег интереса детета“ је нужно активирати у свом пуном капацитету. Таква потреба је препозната и у Конвенцији УН о правима детета, која „најбољи интерес детета“ у области усвојења формулише као посебан правни принцип. Усвајајући вредности наведене конвенције, национална законодавства, по правилу, уносе поменути правни стандард у посебно правило које представља услов за заснивање усвојења.

Међутим, по свом месту у хијерархији правила о усвојењу, односно по својој структури, такво правило представља изузетак од свих осталих услова за заснивање усвојења. Другим речима, након што утврди како су све остале претпоставке за заснивање усвојења испуњене, надлежном органу се оставља дискрециони простор да процени да ли је конкретно усвојење у „најбољем интересу детета“. При томе, надлежни орган мора водити рачуна да што свеобухватније и потпу-

⁴⁰ Према чл. 365, ст. 1 Француског грађанског законика, „на усвојитеља, у односу на усвојеника“ прелазе сва овлашћења из родитељског права (...) осим ако није супружник оца или мајке усвојеника.“

⁴¹ Уживање права и слобода предвиђених Конвенцијом осигурава се без дискриминације по било ком основу, попут пола, расе, боје коже, језика, вероисповести, политичког или другог мишљења, националног или социјалног порекла, везе са неком националном мањином, имовног стања, рођења или другог статуса. – ЕКЉП, чл. 14.

није утврди листу елемената за процену „најбољег интереса детета“. У том смислу, треба узети у обзир како шири друштвени контекст коме дете припада (традиција, обичаји, религијско убеђење), тако и карактеристике самог детета и његовог породичног окружења, односно жеље детета уколико их је способно изразити. Поменути елементи представљају корисне смернице за примену правила о „најбољем интересу детета“ као услову свих услова за заснивање усвојења. Истовремено, драгоцени путоказ надлежним органима могу пружити и одлуке Европског суда за људска права у Стразбуру, јер у контексту заштите права на породични живот, наведени Суд може указати на одређене елементе значајне за процену „најбољег интереса детета“ приликом заснивања усвојења.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Androulidakis-Dimitriadis, Ismene, *Family Law in Greece*, Kluwer Law International, The Netherlands 2010;
2. Boele-Woelki, Katharina *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2007;
3. Choudhry, Shazia, Herring, Jonathan, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland 2010;
4. Hodgkin, Rachel, Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF - United Nations Publications, Geneva – New York 2007;
5. Ковачек-Станић, Гордана, „Autonomy of the child in contemporary family law“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2010;
6. Лукић, Радомир, Кошутин, Будимир, Митровић, Драган, *Увод у право*, Службени лист СРЈ, Београд 2001;
7. Masson, Judith, Bailey-Harris, Rebecca, Probert, Rebecca, *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, London 2008;
8. Murphy, John, *International dimensions in family law*, Manchester University Press, Manchester 2005;
9. Oldham, Mika (ed.), *Blackstone's Statutes – Family Law 2007-2008*, Oxford University Press, Oxford – New York 2007;
10. *Overview on Austrian Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/-df/eu-austria.pdf>;

11. *Overview on French Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/df/eu-france.pdf>;
12. *Overview on German Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/df/eu-germany.pdf>;
13. *Overview on Swedish Adoption Law*, <http://www.adoptionpolicy.org/df/eu-sweden.pdf>;
14. Панов, Слободан, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду – ЈП *Службени гласник*, Београд 2008;
15. Поњавић, Зоран, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2011.

Правни извори

1. Аустријски грађански законик (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*);
2. Европска конвенција о усвојењу из 2008. године (*European Convention on Adoption of Children*), Strasbourg, 27 XI 2008;
3. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*), Rome, 4 XI 1950;
4. Француски грађански законик (*Code Civil des Français*);
5. *Gas and Dubois v. France*, ECHR (App. No 25951/07);
6. Конвенција УН о правима детета из 1989. године (*Convention on the Rights of the Child*), 20 XI 1989;
7. Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*);
8. *Obiteljski zakon Republike Hrvatske* из 2003. године;
9. *Pontes v. Portugal*, ECHR (App. No 19554/09);
10. Породични закон, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 18/05;
11. Породични закон, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 54/02;
12. Породични закон Руске Федерације (*Семейный кодекс Российской Федерации*);
13. *Porodični zakon Federacije BiH* из 2005. године;
14. Пресуда Другог општинског суда у Београду П. бр. 5569/05 од 13. јуна 2006. године и пресуда Окружног суда у Београду Гж. бр. 13945/06 од 31. октобра 2006. године, *Билтен Окружног суда у Београду* 74/ 2006;
15. Закон о деци Енглеске из 1989. године (*Children Act 1989*);
16. Закон о деци и усвојењу Енглеске из 2002. године (*Adoption and Children Act 2002*);
17. Закон о усвојењу Норвешке из 1986. године (*Lov om adopsjon*);
18. Закон о усвојењу Републике Ирске (*Adoption Act 1974, No. 24 of 1974*).

Assistant Veljko Vlašković, LL.M.

Faculty of Law,
University of Kragujevac

“THE BEST INTERESTS OF THE CHILD“ AS A CRITERIUM FOR ESTABLISHING ADOPTION

Summary

In the individualistic world of human rights that has encompassed even the family law relations, „the best interests of the child“ principle has become a bridge connecting the interests of a child as an individual right holder and the interests of his/her family surroundings and retrospective society as a whole. By the United Nations Convention on the rights of the child, mentioned legal standard was promoted to the level of the highest legal principle in all the actions concerning children directly or indirectly. However, there are certain family law relations where it was necessary to have „the best interests of the child“ principle particularly stressed. The example of such family law relation is adoption, where the mentioned legal standard serves as a fundamental criterium for establishing this type of parental relationship. Considering „the best interests of the child“ indeterminacy, the accent in this paper will be on recognizing the elements that enable the application of the mentioned legal principle in cases where the decisions on adoption are to be made in concrete situations. In that purpose, the author will analyze domestic and comparative legislation and the latest case-law of the European Court of Human Rights in Strasbourg relaying on cases *Pontes v. Portugal* and *Gas and Dubois v. France* from 2012.

Key words: *“The best interests of the child“; Convention on the rights of the child; Case-law; Adoption.*