



**PRAVNI FAKULTET
UNIVERZITETA „DŽEMAL BIJEDIĆ“ U MOSTARU**

ZBORNİK RADOVA

Drugi međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

„Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi“

Mostar, 29. i 30. 11. 2013. godine

Mostar, 2014.

ZBORNİK RADOVA

Drugi međunarodni naučni skup

DANI PORODIČNOG PRAVA

“Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi”

Izdavač - Publisher

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
Law faculty of University Džemal Bijedić Mostar

Glavni urednik - Editor in Chief

Prof. dr. Suzana Bubić

Uredništvo - Editorial Board

prof. dr. Suzana Bubić, glavni i odgovorni urednik - Editor in Chief,
prof. dr. Zoran Ponjavić, prof. dr. Nenad Hlača, doc. dr. Anita Duraković,
doc. dr. Maja Čolaković

Adresa uredništva: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru,
Mostar, Maršala Tita b.b.

SADRŽAJ

Predgovor	8
NAJBOLJI INTERES DJETETA U KONTEKSTU ODNOSA RODITELJA I DJECE	9
<i>Suzana Bubić</i> Standard najbolji interes djeteta i njegova primjena u kontekstu ostvarivanja roditeljskog staranja	11
<i>Zoran Ponjavić i Veljko Vlašković</i> Koncept najboljeg interesa deteta unutar Haške konvencije o građansko- pravnim aspektima međunarodne otmice dece	32
<i>Nenad Hlača</i> Vjerski odgoj djece, prava djeteta i obrezivanje djece	50
<i>Maja Čolaković</i> Religijsko opredjeljenje roditelja vs. najbolji interes djeteta u ostvarenju njegovog prava na tjelesni integritet	67
<i>Anita Duraković</i> Uredba Brussels IIa u svjetlu prakse Suda EU	83
<i>Darko Radić</i> Najbolji interes djeteta u relaciji djeteta sa roditeljima	100
<i>Željko Galić</i> Pravo na saznanje podrijetla i najbolji interes djeteta	114
<i>Boris Krešić</i> Određivanje visine izdržavanja u praksi Centra za socijalni rad Tuzla	130
NAJBOLJI INTERES DJETETA U DRUGIM OBLASTIMA PORODIČNOG PRAVA, ODNOSNO PRAVA	141
<i>Dušica Palačković</i> Istražno načelo u porodičnim sporovima kao izraz najboljeg interesa deteta	143
<i>Udžejna Habul</i> Primjena standarda 'najbolji interes djeteta' u starateljskoj zaštiti djece bez roditeljskog staranja	157

<i>Alena Huseinbegović</i> Izvršenje radi predaje djeteta	170
<i>Viktorija Haubrich i Karolina Tadić Lesko</i> Obiteljska medijacija pri Centru za socijalni rad	180
<i>Ajdin Huseinspahić</i> Usvojenje u službi zaštite najboljeg interesa djeteta	191
<i>Đemaludin Mutapčić</i> Imovinski aspekt najboljeg interesa djeteta u zakonodavstvu i praksi	211
<i>Borjana Miković</i> Najbolji interes djeteta - obaveza i odgovornost nadležnih institucija	223
<i>Emina Hasanagić</i> Najbolji interes djeteta i primjena međunarodnih standarda o zabrani dječijeg rada.....	233
<i>Denis Pajić i Sunčica Vejzović</i> Osnovne karakteristike novog maloljetničkog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini.....	251
<i>Jasmin Branković</i> Šerijatskoppravna zaštita maloljetnih lica bez roditeljskog staranja u Bosni i Hercegovini 1878 - 1946.	271

CONTENTS

Preface	8
BEST INTERESTS OF THE CHILD IN THE CONTEXT OF THE RELATIONSHIP BETWEEN PARENTS AND CHILDREN	9
<i>Suzana Bubić</i> Standard the best interests of the child and its application in context of the exercise of parental care	11
<i>Zoran Ponjavić and Veljko Vlašković</i> The concept “the best interest of the child” within the Hague Convention of the civil aspects of international child abduction	32
<i>Nenad Hlača</i> Religious Upbringing of Children, Children’s Rights and Circumcision of Children	50
<i>Maja Čolaković</i> Religious commitment of parents vs. the best interest of child in exercising his right to physical integrity	67
<i>Anita Duraković</i> Brussels IIa Regulation in the Light of Court of European Union Practice	83
<i>Darko Radić</i> The best interests of the child in relationship to his/her parents	100
<i>Željko Galić</i> The right to know the origin and the best interests of the child	114
<i>Boris Krešić</i> Determination of the amount of child support in the practice of Social Work Center Tuzla	130
BEST INTERESTS OF THE CHILD IN OTHER FIELDS OF THE FAMILY LAW OR LAW	141
<i>Dušica Palačković</i> Inquisitorial principle in family disputes as an expression of the best interests of the child	143

<i>Udžejna Habul</i>	
The application of the standard "best interests of the child" in guardianship's protection of the children without parental care (legal framework and practice)	157
<i>Alena Huseinbegović</i>	
Child surrender execution	170
<i>Viktorija Haubrich and Karolina Tadić Lesko</i>	
Family mediation in the social work center	180
<i>Ajdin Huseinspahić</i>	
Adoption in the function of the best interests of the child	191
<i>Đemaludin Mutapčić</i>	
Property aspect of the best interests of the child in legislation and practice	211
<i>Borjana Miković</i>	
The best interests of the child - obligations and responsibilities of the competent insitutions	223
<i>Emina Hasanagić</i>	
The best interests of the child and implementation of international standards on the prohibition of child labour	233
<i>Denis Pajić and Sunčica Vejzović</i>	
Basic features of new juvenile justice legislation in Bosnia and Herzegovina	251
<i>Jasmin Branković</i>	
Position and protection of minors within the context of Sharia Family Law in Bosnia and Herzegovina 1878 – 1946	271

Predgovor

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, u saradnji s Njemačkom fondacijom za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ) i Centrom za društvena istraživanja Međunarodnog univerziteta Burch u Sarajevu, organizovao je naučni skup „Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi.“ Održavanjem ovog skupa ostvarene su naše želje da naučni skup posvećen Porodičnom pravu postane tradicionalan, da proširimo krug učesnika - uvaženih naučnih i stručnih radnika iz zemlje i okruženja te da damo doprinos razvoju teorije i unapređenju zakonodavstva i prakse u ovoj oblasti.

Na skupu, održanom u Mostaru 29. i 30. 11. 2013. godine, iznesen je 21 referat, od kojih je 18 objavljeno u ovom Zborniku radova sa skupa. Prvi dan su izloženi referati u okviru prve sesije - „Najbolji interes djeteta u kontekstu odnosa roditelja i djece.“ U toku drugog dana održana je druga sesija koja je obuhvatila izlaganja u oblasti „Najbolji interes djeteta u drugim oblastima Porodičnog prava, odnosno prava.“

Podnosioci referata su bili uglavnom naučni radnici - nastavnici i saradnici skoro svih fakulteta državnih univerziteta u Bosni i Hercegovini te profesori Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. Na skupu su, iznošenjem iskustava i problema u praksi, aktivno učestvovali sudije: općinskih sudova u Sarajevu, Mostaru i Konjicu te Kantonalnog suda u Mostaru, stručni radnici centara za socijalni rad u Mostaru, Čitluku, Jablanici i Posušju te Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine. Skupu su prisustvovali predstavnici Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, predstavnici Centra za društvena istraživanja Međunarodnog univerziteta Burch u Sarajevu i Federalnog ministarstva nauke i obrazovanja.

U okviru odabranih tema autori su razmatrali pojedina pitanja u svjetlu njihovog zakonskog uređenja i postupanja u praksi, uz neizostavna teorijskoppravna promišljanja. Iznijeli su i prijedloge za poboljšanje uređenja razmatranih pitanja i otklanjanje propusta uočenih u praksi sudova i organa starateljstva.

I ovaj put zahvaljujemo Njemačkoj fondaciji za međunarodnu naučnu saradnju (IRZ) na pruženoj finansijskoj pomoći u održavanju skupa, a Centru za društvena istraživanja Međunarodnog univerziteta Burch u Sarajevu za finansijsku podršku za izdavanje Zbornika radova sa naučnog skupa. Zahvalni smo svim učesnicima skupa i izražavamo želju za nastavljanjem uspješne saradnje.

U Mostaru, juni 2014. godine

Prof. dr. Suzana Bubić

**NAJBOLJI INTERES DJETETA U KONTEKSTU ODNOSA RODITELJA I
DJECE**

STANDARD "NAJBOLJI INTERES DJETETA" I NJEGOVA PRIMJENA U KONTEKSTU OSTVARIVANJA RODITELJSKOG STARANJA

Autorica u radu, nakon opštih napomena o standardu "najbolji interes djeteta", razmatra njegovo uređenje u konvencijskom i domaćem pravu te njegovu primjenu u kontekstu ostvarivanja roditeljskog staranja. Analizira ga s dva aspekta, u dvije situacije. Prva situacija je ona u kojoj roditelji žive zajedno, a između njih, ili između njih i djeteta, nastane spor. U drugoj situaciji – u slučaju prestanka kohabitacije roditelja, najbolji interes djeteta posmatra kao odlučan za donošenje odluke o tome s kojim roditeljem će živjeti dijete i o održavanju ličnih odnosa i kontakata djeteta s roditeljem s kojim ne živi. Za ove situacije predlaže kriterije, odnosno smjernice kojih nadležni organi treba da se pridržavaju, a koji se izvode iz odredaba Konvencije o pravima djeteta i domaćeg porodičnog zakonodavstva te prakse Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne riječi: odgoj i obrazovanje djeteta, staranje o životu, zdravlju i razvoju djeteta, kontakti s roditeljima

1. Određenje i primjena standarda "najbolji interes djeteta"

Standard "najbolji interes djeteta" prihvaćen je kao jedno od osnovnih načela za uređenje i zaštitu prava djeteta u Konvenciji o pravima djeteta (u daljem tekstu: Konvencija), ali i u drugim dokumentima koji se direktno ili indirektno tiču ovih prava. U stavu 1. člana 3. Konvencije normira se da "u svim aktivnostima koje se tiču djece, bez obzira na to da li ih provode javne ili privatne institucije za socijalnu zaštitu, sudovi, upravni organi ili zakonodavna tijela, najbolji interes djeteta bit će od prvenstvenog značaja." U odredbi stava 2. ovog člana koristi se širi termin - "dobrobit" djeteta, prisutan i u dijelu uporednog prava,¹ na čije osiguranje se također obavezuju države članice "uzimajući u obzir prava i obaveze roditelja djeteta, zakonskih staratelja ili drugih osoba koje su pravno odgovorne za dijete i preduzimaju u tom cilju sve potrebne zakonodavne i upravne mjere." U oba slučaja radi se o standardu, zahvaljujući čijoj širini i neodređenosti je moguća njihova primjena u svim navedenim aktivnostima i svim sporovima, odnosno pri preduzimanju pojedinih mjera, uz obavezu utvrđivanja njihove sadržine u svakom konkretnom slučaju.²

¹ U nekim zakonima se koristi samo ovaj standard (naprimjer u engleskom Children Act, 1989, član 1), na čije prvenstveno razmatranje se obavezuje sud pri odlučivanju o pitanjima podizanja djeteta ili njegove imovine.

²Šire o određivanju sadržine standarda "najbolji interes djeteta" i njegovim karakteristikama: Bubić, S., *Prilog raspravi o sadržaju standarda "najbolji interes djeteta" u oblasti porodičnog prava*, Zbornik radova - XI Međunarodno savjetovanje "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Neum, 21-23. 6. 2013, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Znači, određenje najboljeg interesa djeteta vrši se na individualnoj osnovi, imajući u vidu kontekst u kojem se odlučuje i okolnosti koje postoje na strani svakog pojedinog djeteta i roditelja. Postizanju uniformnosti ne treba da se teži: sa stanovišta djeteta ona bi imala više loših nego dobrih strana, a bila bi i suprotna ciljevima koji se hoće postići korištenjem standarda. U pravilu, ovaj standard je lakše odrediti negativno nego pozitivno, često je lakše reći šta mu je suprotno, nego šta mu ide u prilog. Međutim, ovakav način određenja trebalo bi da se izbjegava, jer u praksi dovodi do slabljenja značaja ovog načela.

Nadležni organi i tijela su obavezni uvažavati ovo načelo pri donošenju svake odluke koja se tiče djeteta, bilo staranja roditelja o njemu, bilo ostvarivanja pojedinih prava koja su djetetu priznata Konvencijom. Pretpostavke za realizaciju ovog načela su dodatno osigurane i obavezivanjem roditelja da se rukovode najboljim interesom djeteta pri izvršavanju pojedinih dužnosti prema njemu. Ono je u funkciji pomoći u donošenju najadekvatnije odluke uz obavezno sistemsko traženje "rješenja s najviše pozitivnog ili najmanje negativnog utjecaja na dijete ili djecu u pitanju", njegovom primjenom treba da se "ograniči širenje vlasti odraslih nad djecom (roditelja, profesionalaca, učitelja, ljekara, sudija itd)"³

Za određenje sadržaja najboljeg interesa djeteta i donošenje odluke koja će uvažiti ovaj interes, pogodniji od sudskog je postupak porodičnog posredovanja. Njegove prednosti su brojne, a izražene su naročito u postupku u kojem se odlučuje o staranju o djetetu i o kontaktima djeteta s roditeljem. Obaveza država da podstiču postupke posredovanja i druge postupke u kojim se postižu sporazumi normirana je Konvencijom o ostvarivanju dječijih prava (član 13),⁴ a na ove postupke upućuju, pored ostalih dokumenata, i Preporuke o porodičnom posredovanju Vijeća Evrope.

Da bi na utvrđenom najboljem interesu djeteta mogli zasnovati odluku koja će osigurati ostvarivanje prava djeteta i optimalno zaštititi dijete unutar porodice i u širem okruženju u kojem živi, roditelji i nadležni organi moraju voditi računa o tome da interes djeteta, u pravilu, ne treba da ima apsolutnu prednost u odnosu na interese drugih, kako članova porodice, tako i ostalih subjekata te interese društva.⁵ U Konvenciji je normirano da najbolji interes

³Zermatten, J, *The Best Interests of the Child, Literal Analysis, Function and Implementation*, Working Report 2010, Institut international des droits de l' enfant, str. 6. i 10, dostupno na: http://www.childsrights.org/html/documents/wr/wr_best_interest_child09.pdf, (pristup 12.3.2013)

⁴Konvencija o kontaktima s djecom također obavezuje pravosudno tijelo da prilikom rješavanja sporova o kontaktima preduzme sve odgovarajuće mjere radi podsticanja roditelja i drugih osoba koje su u porodičnoj vezi s djetetom da postignu prijateljski dogovor u vezi s kontaktima, posebno korištenjem porodičnog posredovanja i drugih postupaka za rješavanje sporova (član 7. t.b).

⁵Zermatten, J, *L'intérêt supérieur de l' enfant*, Paris VIII (mars-mai 2005), Institut international des droits de l' enfant, str. 15 - 16. dostupno na stranici:

http://www.dei-france.org/lettres_divers/2009/interet_superieur_enfant.pdf, pristup 20.3.2013)

Na obavezu nacionalnih organa da uspostave pravičnu ravnotežu između interesa djeteta i interesa roditelja, ostalih osoba i interesa društva, ukazuje i Evropski sud za ljudska prava (vidjeti predmete Hokkanen p. Finske (Application 19823/92, Judgment 23-09-1994, &. 58, <http://www.c-g.org.uk/camp/hr/hokkanen.htm>), K. i T. p. Finske (Application no. 25702/94, Judgment 12. July 2001, &194,

djeteta ima "prvenstveni" značaj, pod čim se ne podrazumijeva i njegov superioran značaj, njegovo stavljanje iznad svih ostalih interesa.⁶ "Vrhovni" značaj mu je priznat samo u odredbi člana 21. koja se odnosi na usvojenje, a u kojoj se normira da "će države članice koje priznaju i/ili dozvoljavaju usvojenje osigurati da najbolji interes djeteta bude od vrhovnog značaja".

Radi osiguranja da odluka u svakom konkretnom slučaju zaista bude zasnovana na pravilnoj procjeni i ocjeni najboljeg interesa djeteta, nadležni organ u postupku donošenja odluke mora razmotriti, utvrditi i obrazložiti posljedice koje će odluka imati na dijete. Od više mogućih alternativa, nužno je utvrditi i odabrati onu koja će imati najpovoljnije efekte za dijete. Ta procjena se ne može izvršiti bez uključivanja i samog djeteta, bez davanja mogućnosti djetetu da iznese vlastiti stav i mišljenje te bez uvažavanja toga stava u skladu s njegovim uzrastom i zrelošću (član 12. Konvencije).⁷ Sama ocjena odraslih, bilo da se radi o roditeljima ili profesionalcima koji donose odluku, nije dovoljna. Pogotovo je opasno, polazeći od stava da samo roditelji znaju šta je najbolje za dijete i porodicu, ostaviti njima da sami utvrde šta je u najboljem interesu djeteta. U Konvenciji se, istina, polazi od pretpostavke da je u staranju o podizanju i razvoju djeteta osnovna briga roditelja najbolji interes djeteta (član 18. stav 1). Međutim, ona ne važi bez izuzetka. Roditelji se najčešće ponašaju tako da osiguravaju najbolji interes djeteta. Ako su sposobni i spremni pri svakodnevnom ostvarivanju roditeljskog staranja ili izvršavanju pojedinih obaveza odlučivati uvažavajući ovaj interes, a pri tome vodeći računa i o potrebama drugih članova porodice i uspostavljajući ravnotežu između interesa unutar porodice, interesi djeteta će biti u potpunosti osigurani i zaštićeni. Ipak, ne smije se zanemariti mogućnost njihovog drugačijeg postupanja, izazvana različitim razlozima. Tako roditelji mogu, nesvjesno i nenamjerno, koristiti dijete kao sredstvo za ispunjenje svojih neostvarenih želja. Njihovi interesi

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59587>), Gluhaković p. Hrvatske, (Application no. 21188/09, Judgment 12 April 2011, &57, dostupno na stranici: <http://echr.ketse.com/doc/21188.09-en-20110412/view/>)

⁶Prvenstveni značaj najboljem interesu djeteta priznaje se i u Principima Evropskog porodičnog prava koji se tiču roditeljske odgovornosti (Princip 3:3: "U svim predmetima koji se tiču roditeljske odgovornosti najbolji interes djeteta će biti od prvenstvenog značaja.") te u Povelji EU o osnovnim pravima, u kojoj se normira njegovo prvenstveno uzimanje u obzir u svim aktvnostima koje se tiču djece, preduzetim bilo od javnih organa bilo od privatnih institucija (član 24. stav 2).

U dijelu literature se navodi da je ovaj interes naglašeniji u Principima nego u Konvenciji i Povelji, pošto u Principu 3:3 ispred "primary consideration" stoji "the", a u druga dva dokumenta "a" (Chapter II: Rights of the child, u: *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, published by the Organising Committee of European Family Law, Intersentia, Antwerpen –Oxford, 2007, str. 37). Drugi autori, nakon razmatranja razlika u korištenju "the" i "a", zauzimaju stav da se radi o nijansi koja ne jača niti slabi značaj principa "najbolji interes djeteta"; bitnim smatraju to što postoji obaveza pridržavanja ovog principa, a ne mogućnost izbora hoće li se on uvažavati ili neće (Zermatten, *supra note* 3, str. 11)

⁷ Konvencija o ostvarivanju dječijih prava također je obavezala nadležne organe da u postupcima koji se tiču djeteta prikupе sve potrebne informacije kako bi mogli donijeti odluku koja je u najboljem interesu djeteta i da osiguraju pretpostavke za slobodno formiranje i izražavanje djetetovog mišljenja kojem se mora dati dužni značaj (član 6).

mogu biti drugačiji od interesa djeteta i ne moraju uvijek biti u službi interesa djeteta, tako da se ni iz svih radnji koje preduzmu roditelji ne mogu isključiti elementi njihovog vlastitog interesa.⁸ Ili, razlog može biti sukob interesa djeteta i roditelja, u slučaju čijeg postojanja roditelj može dati prednost svom interesu pred interesom djeteta. Opasnost za dijete je naročito prisutna onda kada je ovaj sukob prikriven, pa nadležni organ, obavezan intervenirati radi zaštite interesa djeteta u slučaju ovog sukoba, nije u prilici prepoznati tu situaciju i postupiti na način normiran zakonom.

Otklanjanje navedene opasnosti i određenje sadržine standarda "najbolji interes djeteta" moguće je, znači, samo primjenom, uz objektivni, i subjektivnog kriterija. Pored objektivnih elemenata, nužno je uvijek uzeti u obzir i poštovati stav i mišljenje samog djeteta sposobnog da ocijeni šta je njegovom najboljem interesu.⁹ Pri tome se djetetu mora pomoći da shvati problem i da učestvuje u njegovom rješavanju. Ono se često nađe usred problema koji nije izazvalo, za čije postojanje ne zna, koji ne razumije niti može sam utjecati na njegovo rješenje.

Mada je uveden i prihvaćen radi osiguranja donošenja odluka koje će u potpunosti zaštititi dijete, neodgovarajuća i nepravilna primjena ovog standarda može izazvati upravo suprotan efekt i negativno se odraziti na dijete. Kao što je već naglašeno, uvijek se mora imati u vidu postojanje opasnosti da roditelji pri donošenju odluke daju prednost svom interesu pred djetetovim. Opasnost prijeti i od neograničene dispozicije u određivanju ovog interesa u postupcima koje vode nadležni organi. U teoriji se opravdano ističe da bi standard "najbolji interes djeteta", po svojim karakteristikama fleksibilan i bogat, ali istovremeno i potencijalno slab, mogao anulirati razumijevanje prava djeteta i biti čak kontraproduktivan. Radi otklanjanja prisutnih slabosti – neodređenosti i nepreciznosti kriterija za njegovo određenje, ističe se nužnost njegove objektivizacije navođenjem kriterija koji će se primjenjivati u svakom konkretnom slučaju.¹⁰ Komitet za prava djeteta je na sličan način izrazio istu bojazan, istakavši da fleksibilnost ovog standarda može dovesti do manipulacija i njegove zloupotrebe. Zloupotrebljavaju ga mnogi radi ostvarivanja različitih ciljeva: vlade i druga državna tijela radi opravdanja rasističkih politika; roditelji da bi zaštitili vlastite interese u sporovima o staranju; profesionalci s ciljem izbjegavanja odgovornosti onda kada su propustili procijeniti najbolji interes

⁸ Na to da roditelji imaju nezavisne interese koji se ne mogu uvijek objasniti kao izvedeni iz roditeljskih dužnosti i ne služe isključivo unapređenju dobrobiti njihove djece, a koje će pravni sistem izričito podržati, u engleskoj teoriji ukazuje autor Bainham (Bainham, A, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, u: *Responsible Parents and Parental Responsibility*, edited by Probert, R, Gilmore S. and Herring, J, Oxford and Portland, Oregon, 2009, str. 24-28)

⁹ O tome v.: Eekelaar, J, *The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination* prema Alston, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, 1994, str. 53; *The principle of the best interests of the child – what it means and what it demands from adults*, Lecture by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights, Council of Europe, Warsaw, 30 May, 2008, str. 9.

¹⁰Zermatten, *supra note* 3, str. 17.

djeteta, smatrajući to irelevantnim.¹¹ Opasnost izazvana primjenom načela najboljeg interesa djeteta, posmatrano s aspekta prava djeteta, a na koju upozoravaju praktičari, može biti posljedica toga što "se njime često potvrđuje moć odraslih nad djecom ili njihovo posjedovanje djece na štetu svih ili nekih od njihovih ostalih prava".¹² Zbog toga se upućuju zahtjevi za opreznijim postupanjem i rukovođenjem odraslih time da se, pri donošenju svake odluke koja može utjecati na dijete, prvo mora imati na umu njegov najbolji interes. U isto vrijeme se pozitivnim i korisnim cijeni to što se o ovim pitanjima sve više raspravlja upravo iz perspektive ugroženih dječijih prava, mada se često polazi od shvatanja da je najbolji interes "zapravo formula odraslih s pomoću koje će se pronaći rješenje."¹³

Uz poseban oprez i pažnju, primjenom objektivnih i subjektivnih kriterija moraju se utvrditi ne samo sadašnji, nego i budući interesi djeteta, odnosno posljedice koje će odluka imati za dijete u bližoj i daljoj budućnosti. Dijete je biće u razvoju, njegove sposobnosti, potrebe i interes se mijenjaju, tako da ono što je u njegovom trenutnom interesu nije i ne mora biti i njegov dugoročni interes.¹⁴

Kada se ima u vidu neodređenost sadržine standarda "najbolji interes djeteta", razumljivijim se čini to što se u dijelu francuske literature, uz ovaj standard veže atribut "magičan". Tako se on označava kao magičan termin, neodređen i pogodan za favorizovanje sudske arbitrnosti te kao ključni i neodređen termin, kao "ključ koji otvara neodređen prostor".¹⁵ Najvažnijom ulogom sudije ne smatra se ocjena interesa, već određenje koja su prava jednih, a koja drugih osoba.¹⁶ Pri komentaranju prakse Kasacionog suda navodi se da se ima utisak da su francuske sudije u konceptu najbolji interes djeteta našle "magični napitak" i da ga, kao subjektivan, neodređen i koncept koji omogućava sve, mogu iskoristiti uvijek, za opravdanje svake prakse.¹⁷

Za dijete je važno da neodređenost i nedorečenost ovog standarda ne dovede u praksi do nejednakog tretmana u odnosu na drugo dijete ili djecu u situaciji sličnoj ili identičnoj onoj povodom koje se donosi odluka koja ga se

¹¹Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), Distr.: General 29 May 2013, para 34.

¹²Newell, P., *Poštovanje dječijih prava u slučaju rastave ili razvoda roditelja: ključni izazovi, Djeca i konfliktni razvodi*, u: *Zbornik priopćenja s Godišnje konferencije Mreže pravobranitelja za djecu Jugoistočne Europe i stručnih rasprava Pravobranitelja za djecu RH*, Zagreb 2010, str. 19.

¹³*ibidem*

¹⁴U tom smislu i: Zermatten, *supra note* 3, str. 17.

¹⁵Carbonnier, J., *Droit civil*, t. 2, 18ème éd. n° 192, p.258, prema: Gobert, M, *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/intervention_mme_gobert_9948.html?idp_rec=8581

¹⁶Carbonnier, J., *Note Sous Paris*, 30 avril 1959, in Dalloz 1960, p. 675, prema: Ost, F., *Droit et intérêt: Entre droit et non-droit, l'intérêt*, Publication des Facultés universitaires Saint - Louis, Bruxelles, 1990, str. 14.

¹⁷Gobert, *supra note* 15

tiče. Ova opasnost postoji kod svakog pravnog standarda, a ovdje je posebno izražena zbog njegovih karakteristika.¹⁸

2. Najbolji interes djeteta u slučaju zajedničkog života roditelja

U slučaju zajedničkog života roditelja, kada se roditeljsko staranje ostvaruje zajednički, sporazumno i ravnopravno, postoje najveći izgledi i garancije da će najbolji interes djeteta biti osiguran zadovoljavanjem svih potreba djeteta, uspješnim izvršavanjem obaveze roditelja da se staraju o životu i zdravlju djeteta, omogućavanjem zdravog i stabilnog psihosocijalnog razvoja, odnosno potpunog i skladnog razvoja ličnosti djeteta. Upravo se time omogućava ostvarenje ciljeva kojim služi djetetu priznato pravo da živi s roditeljima, sadržano u odredbi člana 9. stava 1. Konvencije, a izričito normirano članom 124. stav 2. Porodičnog zakona Federacije BiH (u daljem tekstu: PZ FBiH), članom 81. stav 2. Porodičnog zakona Republike Srpske (u daljem tekstu PZ RS) i članu 107. stav 2. Porodičnog zakona Brčko Distrikta (u daljem tekstu PZ BD).

U donošenje odluka pri ostvarivanju roditeljskog staranja roditelji treba da uključe dijete, ukoliko je ono dostiglo uzrast i potrebnu zrelost za shvatanje i ocjenu svog interesa. Kroz razgovor s djetetom, tokom kojeg mu pomažu da razumije pitanje o kojem se odlučuje i posljedice koje će donesena odluka proizvesti za njega, roditelji treba da pomognu djetetu da formira i izrazi vlastiti stav i mišljenje koje će uzeti u obzir pri donošenju odluke.¹⁹

U dijelu domaćeg prava djetetu je, kao posebno pravo, priznato pravo na izražavanje i uvažavanje vlastitog mišljenja u skladu s njegovim uzrastom i zrelošću (član 125. PZ FBiH, član 108. stav 1. PZ BD). Ovo pravo mora biti poštovano od svih, a naročito od njegovih roditelja, s obzirom da oni svakodnevno donose odluke koje se tiču djeteta - njegovog odgoja, obrazovanja, zdravlja i razvoja. Roditelji nisu dužni uvažiti stav djeteta koje nije u stanju formirati ga, jer bi to bilo u suprotnosti s njegovim najboljim interesom. Razgovor s djetetom i saznanje njegovih stavova su posebno značajni pri donošenju važnijih odluka, onih koje će za njega imati dugoročne posljedice. U literaturi se naglašava da u praksi djeca obično traže pomoć odraslih pri donošenju teških odluka, tako da "najbolji interes djeteta

¹⁸Zermatten, *supra note 3*, str. 16-17.

¹⁹Ova obaveza roditelja nije izričito normirana Konvencijom, već proizlazi iz obaveze države članice da osigura djetetu pravo na slobodno izražavanje svojih stavova i da ih uvažava u skladu s uzrastom i zrelošću djeteta (član 12. stav 1). Ostvarivanje prava djeteta, u postupcima koji ga se tiču, na dobijanje relevantnih informacija, na savjetovanje, izražavanje vlastitog mišljenja i informisanje o mogućim posljedicama uvažavanja ovog mišljenja i mogućim posljedicama odluke izričito je normirano članom 3. Konvencije o ostvarivanju dječijih prava. Međutim, to ne znači da ovo pravo ne treba da poštuju i roditelji. Ono je ustanovljeno i kao jedan od principa Evropskog porodičnog prava koji se tiču roditeljske odgovornosti (Princip 3:6): "Uzimajući u obzir djetetov uzrast i zrelost, dijete će imati pravo da bude informisano, konsultovano i da izrazi svoje mišljenje u svim predmetima koji ga se tiču, te da se izraženi stavovi uvažavaju." (Principles of European Family Law regarding parental responsibilities, dostupni na: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>)

podrazumijeva partnerstvo".²⁰ Bez uspostavljenog ovakvog, partnerskog odnosa između roditelja i djece, odnosno djetetovog ravnopravnog položaja u odnosu na roditelje, ne može se odrediti niti osigurati najbolji interes djeteta. Ako bi roditelji djetetu koje je dovoljno zrelo i sposobno nametali nešto što ono ne želi i ne prihvata, to bi bilo suprotno njegovom najboljem interesu.

Načelo zajedničke odgovornosti roditelja, sadržano u članu 18. Konvencije,²¹ domaći zakonodavci su prihvatili normirajući kao osnovno pravilo o ostvarivanju roditeljskog staranja da se roditelji zajednički, sporazumno i ravnopravno staraju o djetetu, osim ako je drugačije uređeno zakonom (član 141. stav 1. PZ FBiH, član 124. stav 1. PZ BD)

U najvećem broju slučajeva roditelji, rukovodeći se interesom djeteta, uspijevaju sporazumno se starati o njemu. Onda kada izostane sporazum, interes djeteta zahtijeva intervenciju u ostvarivanje roditeljskog staranja. U tom smislu zakonodavci normiraju da, ukoliko između roditelja nastane spor o ostvarivanju roditeljskog staranja, odluku donosi sud u vanparničnom postupku (član 141. stav 3. PZ FBiH), odnosno organ starateljstva (član 85. stav 2. PZ RS i član 124. stav 3. PZ BD). Znači, onda kada se roditelji ne mogu sporazumjeti o ostvarivanju nekog prava djeteta ili o izvršavanju svojih obaveza i odgovornosti, zakonodavac je interes djeteta zaštitio davanjem ovlaštenja sudu, odnosno organu starateljstva da o tome odluči. Interes djeteta zahtijeva intervenciju u ostvarivanje roditeljskog staranja i onda kada različiti stavovi o ostvarivanju djetetovih prava i izvršavanju obaveza roditelja prema djetetu postoje između roditelja na jednoj, i djeteta na drugoj strani. Zakonodavac nije posebnom odredbom uredio nadležnost za postupanje u ovoj situaciji, već se zaključak o tome može izvesti iz odredbe člana 150. stava 1. PZ FBiH (odnosno člana 94. PZ RS i člana 133. stav 1. PZ BD), kojom se obavezuje organ starateljstva da po službenoj dužnosti (na osnovu neposrednog saznanja ili obavještenja) preduzme potrebne mjere radi zaštite prava i najboljeg interesa djeteta. Ovom odredbom dato je generalno ovlaštenje, odnosno generalno je obavezan organ starateljstva na preduzimanje mjera i izvan onih koje su izričito propisane u zakonu. Tumačenjem odredbe člana 198. PZ FBiH (odnosno člana 215. PZ RS i člana 179. stav 1. PZ BD)²² utvrđuje se da je njen *ratio legis* imenovanje posebnog staraoca i u ovoj situaciji. Naime, u odredbi upotrijebljeni termin "spor" ne mora se odnositi samo na neslaganje o subjektivnom pravu zbog kojeg se pokreće parnica, već on može obuhvatiti i spor o ostvarivanju roditeljskog staranja. Ni u slučaju nesporazuma između roditelja, koji se rješava u vanparničnom postupku, termin "spor" nema pomenuto značenje:

²⁰ *Qu'est-ce que « l'intérêt supérieur de l'enfant »?*, Préparé par Tara Collins et la sénatrice Landon Pearson, str. 4, dostupno na: http://03559de.netsolhost.com/htmlfiles/hill/17_htm_files/Committee/Tara-ABestInterest-Fr.pdf

²¹ "Države stranke učinit će sve što je u njihovoj moći u primjeni načela zajedničke roditeljske odgovornosti za odgoj i razvoj djeteta. Roditelji ili zakonski staratelji snose najveću odgovornost za odgoj i razvoj djeteta. Dobrobit djeteta mora biti njihova osnovna briga." (stav 1. člana 18)

²² "Poseban staratelj imenovat će se djetetu (...) za vođenje spora (...) između njega i njegovih roditelja, kao i u drugim slučajevima kada su njihovi interesi u suprotnosti i kada je to normirano ovim Zakonom".

zakonodavac je izričito normirao da se radi o sporu o ostvarivanju roditeljskog staranja. U suprotnom, on bi se morao rješavati u parničnom postupku.

U skladu s članom 129. stav 2. PZ FBiH i članom 112. stav 2. PZ BD,²³ obe vrste spora, odnosno nastali nesporazumi, moraju se riješiti u najboljem interesu djeteta, kojem se uvijek daje prednost u odnosu na mišljenje roditelja. Što se tiče nesporazuma između roditelja, on može nastati o svim sadržajima roditeljskog staranja, prvenstveno o obrazovanju djeteta, odnosno izboru škole ili zanimanja djeteta. Isto tako, roditelji mogu imati različite stavove o odgoju djeteta, naročito religioznom, i disciplinskim mjerama koje primjenjuju na dijete. Nesporazum može nastati i o medicinskom tretmanu, odnosno načinu liječenja djeteta ili o primjeni preventivnih zdravstvenih mjera. U svim ovim situacijama u rješavanje spora i donošenje odluke treba da se uključi dijete kako bi se uspješnije ocijenio njegov najbolji interes.

2. 1. Odgoj i obrazovanje djeteta

U oblasti odgoja i obrazovanja djeteta roditelji imaju veliku slobodu, država se ne upliće, već roditelje ograničava samo obavezom poštovanja načela najboljeg interesa djeteta. Pravo na slobodu misli, savjesti i religije, priznato djetetu u Konvenciji (član 14. stav 1),²⁴ ograničeno je priznavanjem roditeljima prava i dužnosti usmjeravanja djeteta u ispoljavanju njegovih prava na način koji je u skladu s razvojnim sposobnostima djeteta (član 14. stav 2). Još veće ograničenje prava na obrazovanje, pa i religiozno, normirano je Protokolom br. 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP) priznavanjem roditeljima prava da djetetu osiguraju obrazovanje i propovijedanje u skladu sa svojom vlastitom religijom i filozofskim uvjerenjima (član 2). Pravo roditelja da religijski odgajaju i obrazuju dijete na način koji sami cijene najboljim može dovesti u pitanje ostvarenje prava djeteta na vlastiti religijski identitet. Mogućnost intervencije radi zaštite prava djeteta na slobodu religije postoji tek onda kada se roditelji ne uspiju sporazumjeti o religijskom odgoju i obrazovanju djeteta i kada za dijete može nastati šteta.

Religijski odgoj i obrazovanje se odražavaju na sve aspekte života djeteta,²⁵ kako one manjeg, tako i većeg značaja i utjecaja na dijete: od načina oblačenja i ishrane, učešća u različitim obredima i ritualima, preko načina liječenja djeteta, do obrezivanja sinova i primjene štetnih religijskih praksi koji

²³ "Roditeljsko staranje ostvaruje se u najboljem interesu djeteta."

²⁴Ovo pravo, kao pravo čovjeka, priznato je odredbom stava 1. člana 9. Evropske konvencije o ljudskim pravima, u kojoj je određena i sadržina ovog prava (pravo na promjenu religije ili vjerovanja i slobodu, sam ili zajedno s drugima i javno ili privatno, manifestovati svoju religiju ili uvjerenje, obredom, propovijedanjem i vršenjem vjerskih dužnosti i rituala).

²⁵ Taylor, R., *Parental responsibility and Religion*, u: *Responsible Parents and Parental Responsibility*; edited by Rebecca Probert, Stephen Gilmore, Jonathan Herring, Oxford and Portland, Oregon, 2009, str.128.

Autorica navodi da zakonodavci priznaju neka "neuobičajena" prava roditeljima, kao dodatak njihovoj širokoj slobodi, sugerišući da se odluke roditelja koje se tiču religije posebno uzimaju u obzir. Kao primjere navodi apsolutno pravo roditelja da dijete isključe iz religijskog obrazovanja i kolektivnog obožavanja te pravo oca da pristane na obrezivanje sinova (str.129 - 130).

nisu uvijek opravdani najboljim interesom djeteta. Svi aspekti religijskog odgoja djeteta u prvom redu štite interese roditelja, naročito onda kada dijete o njima ne može odlučivati zbog svog uzrasta, nezrelosti i nesposobnosti. U našem pravu pravci odgoja koje je zakonodavac odredio normirajući dužnost i pravo roditelja da odgajaju dijete, mogu i treba da posluže kao smjernice nadležnom organu u situaciji kada se roditelji ne mogu sporazumjeti o tome kako odgajati dijete. U tom smislu nesporazum će se riješiti, u skladu s odredbom člana 135. PZ FBiH i člana 118. PZ BD, uvažavajući potrebu da se dijete odgaja "u duhu mira, dostojanstva, tolerancije, slobode, ravnopravnosti i solidarnosti". Drugi dio ove odredbe - da se u skladu s uzrastom i zrelošću djeteta unapređuje njegovo pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti,²⁶ može pomoći kako u rješavanju nesporazuma između roditelja, tako i spora između roditelja na jednoj, i djeteta na drugoj strani. U obe situacije odlučujući kriterij treba da bude to da li se postupanjem jednog, odnosno oba roditelja unapređuje ili se pak ometa njegovo pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti. Pri tome se moraju uzeti u obzir i uzrast i zrelost djeteta. Tako dijete, ukoliko je dovoljno zrelo, ne smije biti isključeno iz donošenja odluke o religijskom odgoju. Uzrast nakon čijeg dostizanja se to ne može uraditi nije određen, po čemu se naše pravo razlikuje od dijela uporednog prava.²⁷ O tome u kojem uzrastu će se stav djeteta uvažiti, u svakom konkretnom slučaju odlučuju sami roditelji, odnosno u slučaju nastanka spora između njih i potrebe zaštite interesa djeteta, nadležni organi.

Zajednički život s djetetom omogućava roditeljima da kontrolišu dijete, njegove aktivnosti, postupke i odnose, i da, onda kada za tim nastane potreba, preduzmu odgovarajuće mjere prema djetetu. Kontrolisanje ponašanja djeteta zakonodavac normira i kao dužnost roditelja, čije izvršavanje zavisi od uzrasta i zrelosti djeteta (član 134. stav 3. PZ FBiH, član 117. stav 3. PZ BD).

Obrazovanje, izbor škole i zanimanja zakonodavac normira kao pravo djeteta, a kao komplementarnu ovom pravu predviđa dužnost i pravo roditelja da se staraju o obrazovanju svoje djece.²⁸ U slučaju da roditelji imaju različite stavove ili da je njihov stav o obrazovanju i njegovim pravcima drugačiji u odnosu na želju djeteta, kriteriji za rješavanje ovog sukoba mogu se naći u samom zakonu, u odredbama koje određuju pravce obrazovanja i onim koje su relativizirale pravo na izbor škole i zanimanja te pravo na zaposlenje. U skladu

²⁶Autorica je ispravila radakcijsku grešku napravljenu u ovoj odredbi.

²⁷Ovaj uzrast je određen u njemačkom i austrijskom pravu. U njemačkom pravu dijete starije od 14 godina ima potpunu slobodu u ovoj oblasti, sa 12 godina ne može biti obrazovan u religiji drugačijoj od one prije toga i od one koju želi, dok se dijete sa 10 godina mora o tome saslušati. (Dethloff, N; Martiny, D, *National report Germany*, str.11, dostupno na stranici: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Parental-Responsibilities.pdf>, U austrijskom pravu dijete starije od 14 godina odlučuje o religiji kojoj će pripadati, dok se protiv volje djeteta starijeg od 12 godina ne može obrazovati u religiji drugačijoj od one u kojoj se do tada obrazovalo. (§ 5 Bundesgesetz über die religiöse Kindererziehung 1985). Isto važi i za obrazovanje djeteta u nereligioznom uvjerenju (§ 6) (Zakon dostupan na stranici: <http://www.uibk.ac.at/praktheol/kirchenrecht/ru-recht/gesetze/staat/kindererziehung.html>)

²⁸Konvencija o pravima djeteta je obavezala države da osnovno obrazovanje učine dostupnim i besplatnim svima, srednje obrazovanje svoj djeci, a više obrazovanje u skladu sa sposobnostima djeteta (član 28).

s ovim odredbama, nastali sukob o obrazovanju i njegovim pravicima, bilo da ga roditelji pokušavaju sami riješiti, bilo da o tome treba da odluči nadležni organ, riješit će se uzimajući u obzir to da obrazovanje "treba da bude usmjereno na razvoj ličnosti djeteta i njegovih psihofizičkih sposobnosti, na poštovanje prava i osnovnih sloboda čovjeka, na pripremanje djeteta za odgovoran život u društvu te na poštovanje prirodne okoline" (član 136. stav 1. PZ FBiH i član 119. stav 1. PZ BD). Osim toga, pri ostvarenju prava na obrazovanje, kao i pri izboru škole i zanimanja, odlučujući kriterij su i djetetove sposobnosti i sklonosti (član 126. stav 1. PZ FBiH i član 109. PZ BD), tako da sama želja djeteta ne može biti presudna. Kriterij za rješavanje sukoba nastalog pri ostvarenju prava djeteta na zaposlenje jeste to da ono nije, odnosno da ne smije biti štetno za zdravlje i razvoj djeteta (član 126. stav 2. PZ FBiH i član 119. stav 2 PZ BD). Dužnost roditelja da se brinu o redovnom osnovnom i srednjem obrazovanju je безусловna, dok njihova dužnost da se staraju o visokom obrazovanju zavisi od mogućnosti roditelja i od sposobnosti djeteta (član 136. stavovi 2. i 3. PZ FBiH i član 119. stavovi 2. i 3. PZ BD), odnosno od mogućnosti roditelja te djetetovih sposobnosti, sklonosti i opravdanih želja (član 83. stav 3. PZ RS). Tako će imovinske prilike roditelja, uspjeh djeteta u dotadašnjem školovanju kojim je pokazalo sposobnost za nastavljanje obrazovanja te njegova izražena želja u tom smislu, biti kriterij za rješavanje nastalog spora.

2. 2. Staranje o životu, zdravlju i razvoju ličnosti djeteta

Zbog značaja staranja o životu, zdravlju i razvoju ličnosti djeteta, kao sadržaja roditeljskog staranja, a naročito staranja o zdravlju, u ovoj oblasti sloboda roditelja mora biti ograničenija željom i stavovima djeteta sposobnog da odredi šta je u njegovom najboljem interesu, pogotovo ako se radi o starijem i zrelijem djetetu. Konvencija, kao što je to ranije navedeno, obavezuje roditelje da njihova osnovna briga pri staranju o podizanju i razvoju djeteta bude najbolji interes djeteta (član 18). Radi osiguranja zaštite ovog interesa zakonodavac mora odgovoriti na pitanja: koji stepen slobode mogu imati roditelji pri odlučivanju i kakav utjecaj na odluku ima mišljenje samog djeteta. Zakoni u ovoj oblasti, znači, treba da normiraju šta roditelj treba i šta može uraditi, a onda se o tome u praksi mora strogo voditi računa u svakom pojedinom slučaju. Sporazum roditelja koji bi bio suprotan najboljem interesu djeteta nadležni organ ne bi smio prihvatiti. Njegovim odbijanjem ne bi povrijedio njihovo pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, pošto je intervencija preduzeta radi zaštite prava djeteta (član 8. EKLJP).

Da bi se roditelji mogli izjasniti i dati saglasnost za medicinski tretman, moraju biti sposobni i u stanju to uraditi, moraju biti upoznati s prirodom i posljedicama (ne)provođenja tog tretmana, o čemu treba da ih informiše ljekar koji liječi njihovo dijete. Roditelji u pravilu prihvataju mišljenje ljekara i podržavaju tretman od kojeg zavisi zdravlje, ozdravljenje i život djeteta, bilo da se radi o redovnim programima imunizacije, bilo o složenim hirurškim

intervencijama preduzetim radi spašavanja života djeteta. Roditelji u tom smislu preduzimaju preventivne (imunizacija, kontrolni pregledi, korištenje sredstava za otklanjanje tjelesnih nedostataka) i kurativne mjere (oblici i načini liječenja, hirurške intervencije). Izuzetno, protivljenje roditelja postoji onda kada su oni i djeca pripadnici određenih religija i kultura, u kojim su predloženi medicinski postupci neprihvatljivi i zabranjeni. U tim slučajevima, kao i onda kada roditelji ne mogu postići sporazum o ovome (kada jedan prihvata, a drugi odbija prijedlog ljekara), odluku o primjeni predloženog nužnog medicinskog postupka mora donijeti nadležni organ. Pri određivanju šta je u najboljem interesu djeteta, on treba da se rukovodi u prvom redu medicinskim, ali i emocionalnim i drugim faktorima, uključujući psihološke i socijalne koristi za dijete, razloge koji su opredijelili roditelja, odnosno roditelje pri zauzimanju njihovog stava, kao i mišljenje djeteta.²⁹ Protivljenje roditelja primjeni medicinskog postupka samo zbog njihove pripadnosti religiji ili kulturi je neprihvatljivo, isto kao što se ne može uvažiti ni zahtjev roditelja za tradicionalnim, ritualnim zahvatima na tijelu djeteta - pripadnika određene religiozne ili kulturne zajednice, ako najbolji interes djeteta na taj način neće biti zaštićen. I ovdje će nadležnom organu biti lakše utvrditi da je takav zahvat suprotan najboljem interesu djeteta, pa po tom osnovu ne prihvatiti mišljenje, odnosno sporazum roditelja.

U domaćem pravu staranje o životu, zdravlju i razvoju ličnosti normirano je i kao pravo djeteta (član 124. stav 1. PZ FBiH i član 107. stav 1. PZ BD) i kao dužnost roditelja (osim staranja o razvoju ličnosti - član 134. stav 1. PZ FBiH i član 117. stav 1. PZ BD), odnosno kao pravo i dužnost roditelja (član 81. stav 1. PZ RS). Zakonodavac je odredio sadržinu ove dužnosti: roditelji su "dužni čuvati dijete, zadovoljavati njegove normalne potrebe i štiti ga od od svih oblika (...) nasilja, povreda, ekonomske eksploatacije, seksualne zloupotrebe (...)" (član 134. stav 2. PZ FBiH i član 117. stav 2. PZ BD). Svakodnevno uspješno izvršavanje ove dužnosti pretpostavlja sporazumijevanje roditelja o ishrani, smještaju, odjeći, obući, liječenju i svemu ostalom što osigurava pravilan fizički i psihički razvoj djeteta. Od svega navedenog po značaju se izdvaja potreba sporazumnog staranja o zdravlju, odnosno liječenju djeteta, pri čijem izvršavanju su roditelji obavezni, kada to zahtijeva interes djeteta, saradivati s odgovarajućim medicinskim ustanovama. Interes djeteta može biti povrijeđen nepreduzimanjem potrebnih mjera, bilo zato što su roditelji nemarni, bilo zato što o tome ne mogu postići saglasnost.

Ova oblast kod nas je uređena zakonima iz oblasti medicinskog prava. Rješenje nespornosti o medicinskim mjerama koje treba da se preduzmu prema djetetu dijelom je uređeno Zakonom o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata.³⁰ U članu 22. ovog Zakona normirano je donošenje odluke o medicinskim mjerama koje treba da se preduzmu prema maloljetnom

²⁹O stavovima britanske sudske prakse, teorije i medicinskih udruženja u ovoj oblasti vidjeti: Hagger, L., *Parental Responsibility and Children's Health Care Treatment*, u: *Responsible Parents & Parental Responsibility*, str. 185 – 199.

³⁰"Službene novine Federacije BiH", broj 40, 2010. godina

djetetu. Pravilo je da se ova mjera može preduzeti uz obavještenje i pristanak roditelja maloljetnog pacijenta (ili staratelja; stav 1). U slučaju da su interesi djeteta, u pogledu preduzimanja ove mjere, u suprotnosti s interesima njegovog roditelja, nadležni zdravstveni radnik je dužan odmah o tome obavijestiti nadležni centar za socijalni rad (stav 7). Znači, radi zaštite najboljeg interesa djeteta izričito je normirano uključivanje organa starateljstva u postupak donošenja odluke. Pod "suprotnost interesa djeteta i roditelja" može se podvesti i nepostizanje saglasnosti između samih roditelja o preduzimanju zdravstvene mjere, tako da i u tom slučaju pristanak treba da da organ starateljstva. Iako se u zakonu govori o pristanku roditelja (koristi se jednina), a ne oba roditelja, ovaj propust zakonodavca nije razlog za nepoštovanje pravila o zajedničkom ostvarivanju roditeljskog staranja (prihvaćenog u porodičnom zakonodavstvu), a u okviru njega pravila o zajedničkom izvršavanju obaveze staranja o zdravlju djeteta.

Iz nedovoljno precizne odredbe stava 2. člana 22. ovog Zakona, prema kojoj se maloljetnik mora uključiti u donošenje odluke o pristanku na medicinsku mjeru,³¹ može se izvesti zaključak da, pored roditelja, i dijete treba da da pristanak ukoliko je zrelo i sposobno za to. Normiranjem obaveze uključivanja djeteta u odlučivanje o preduzimanju medicinske mjere, uvaženo je pravo djeteta priznato mu u članu 12. Konvencije, mada je izostavljeno uslovljavanje učešća djeteta i njegovim uzrastom. Sam uzrast djeteta učinjen je relevantnim u odredbi stava 5. istog člana u kojoj zakonodavac posebno normira položaj i ulogu djeteta starijeg od 15 godina. Naime, dijete koje je navršilo 15 godina i sposobno je za rasuđivanje, samostalno (što znači bez potrebe da se i roditelj uključuje i izražava pristanak) daje "pristanak na predloženu medicinsku mjeru, osim ako se radi o invazivnim dijagnostičkim i terapijskim procedurama, operativnom zahvatu i prekidu trudnoće." Međutim, i onda kada se radi o odlučivanju o operativnom zahvatu i prekidu trudnoće, za što se ne zahtijeva pristanak djeteta, ono nije sasvim isključeno iz postupka donošenja odluke: dijete starije od 15 godina mora biti konsultovano i mora biti zatraženo njegovo mišljenje u skladu s njegovom sposobnošću rasuđivanja i zrelošću (stav 6). Step en uključenosti djeteta u odlučivanje o preduzimanju zdravstvenih mjera – izražavanje pristanka ili samo njegovo konsultovanje i pribavljanje njegovog mišljenja, zavisi, znači, od uzrasta djeteta, njegove zrelosti i sposobnosti za rasuđivanje te od vrste medicinske mjere.

Učešće roditelja i djeteta u donošenju odluka o zdravlju djeteta normirano je i Zakonom o transplantaciji organa i tkiva u svrhu liječenja³² Ovim Zakonom predviđeno je da za maloljetnog primaoca saglasnost za presađivanje organa ili tkiva daje njegov zakonski zastupnik (član 14. stav 3). Znači, ovu saglasnost treba da daju oba roditelja, kao zakonski zastupnici djeteta. S obzirom na to da je transplantacija uvijek u interesu djeteta,

³¹ "Maloljetni pacijent odnosno pacijent koji je lišen poslovne sposobnosti, treba i sam da bude uključen u donošenje odluke o pristanku na predloženu medicinsku mjeru, u skladu s njegovom zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje."

³² Službene novine Federacije BiH, broj 75, 2009. godina

nesaglašavanje s njom jednog ili oba roditelja značilo bi postojanje suprotnosti interesa djeteta i njegovih roditelja, pa bi trebalo da se o tome obavijesti organ starateljstva, mada ovaj Zakon to izričito ne normira.

Ukoliko se maloljetnik pojavljuje u ulozi davaoca tkiva,³³ pisanu izjavu o davanju tkiva daje njegov zakonski zastupnik (član 24. stav 3) - u razmatranoj situaciji njegovi roditelji. Interesi djeteta i roditelja ovdje ne mogu biti u suprotnosti, s obzirom da je jedan od uslova za davanje tkiva neprotivljenje davaoca tkiva - maloljetnika. Pristanak roditelja se, znači, ne može prihvatiti ukoliko se maloljetnik protivi davanju tkiva. Spor može nastati samo između roditelja, ukoliko se, onda kada se dijete ne protivi, jedan roditelj saglašava, a drugi protivi davanju tkiva. U skladu s odredbom člana 141. stav 3. PZ FBiH ovaj spor treba da riješi sud.

3. Najbolji interes djeteta u slučaju odvojenog života roditelja

Konvencija o pravima djeteta obavezala je države članice da osiguraju da dijete ne bude protiv svoje volje odvojeno od roditelja, osim kada nadležni organi odluče u sudskom postupku, u skladu s odgovarajućim zakonima i procedurama, da je takvo odvajanje potrebno u najboljem interesu djeteta. Takva odluka može biti potrebna u posebnom slučaju, kakav je zlostavljanje ili zanemarivanje djeteta od roditelja, ili kada roditelji žive odvojeno, kada se mora donijeti odluka o mjestu prebivališta djeteta (član 9. stav 1). Znači, onda kada roditelji žive odvojeno – u slučaju nepostojanja, odnosno faktičkog prestanka bračne ili vanbračne zajednice te razvoda, poništenja ili utvrđenja braka nepostojećim, nadležni organ je ovlašten donijeti odluku o tome s kojim roditeljem će živjeti dijete i gdje će biti djetetovo prebivalište.

Najbolji interes djeteta u praksi se najčešće utvrđuje i ima najveći značaj upravo u ovim slučajevima: nadležni organ odluku o tome s kojim roditeljem će dijete ostati živjeti zasniva na ocjeni ovog interesa. Za njegovo određenje neophodno je u svakom konkretnom slučaju utvrditi individualne potrebe svakog konkretnog djeteta, a uz to i saznati mišljenje djeteta sposobnog da razumije situaciju u kojoj se nalazi i o kojoj se odlučuje. Ovo mišljenje će se uvažiti ukoliko i ostale okolnosti, utvrđene primjenom drugih kriterija, idu njemu u prilog. Radi saznanja mišljenja djeteta, nadležni organ je obavezan uključiti u postupak dijete koje je dovoljno zrelo i sposobno formirati i izraziti svoj stav. Mogućnost da roditelji manipulišu djetetom može se eliminisati pažljivim izborom načina i mjesta vođenja razgovora s djetetom, oprezom pri prihvatanju argumenata iznesenih u prilog ili protiv svakog od roditelja i pri utvrđivanju stava i mišljenja djeteta.³⁴ Pored djeteta, nadležni organ je obavezan uključiti i

³³ Maloljetnik može biti davalac samo tkiva koje se obnavlja, i to uz ispunjenje pet uslova: "1. nema na raspolaganju odgovarajućeg darovaoca koji je sposoban dati saglasnost za uzimanje tkiva, 2. primalac je brat ili sestra darovaoca, 3. darovanje ima za svrhu spašavanje života primaoca, 4. pribavljena je saglasnost u pisanom obliku od zakonskog zastupnika, odnosno staratelja darovaoca, 5. mogući se darovalac ne protivi" (član 24. stav1).

³⁴Newell ističe da "jedini način konstruktivnog djelovanja u cilju prekidanja ili barem ograničavanja manipulacije djecom od strane odraslih je osnažiti djecu, jednodušnopoštovati

roditelja, jer će tek na činjenicama utvrđenim u tako vođenom postupku moći zasnovati odluku. Time se udovoljava i zahtjevu iz Konvencije (član 9. stav 2) – da se svim zainteresovanim stranama u postupku omogući učešće u ovim postupcima i da se sazna njihovo mišljenje. Najbolji interes djeteta, utvrđen od nadležnog organa, ne mora se, međutim, podudarati s izraženom željom djeteta, kao ni s mišljenjem i interesom roditelja. U tom slučaju nadležni organ je obavezan u odluci obrazložiti svoje motive i razloge za odlučivanje suprotno njihovoj izraženoj želji, odnosno stavu.

Na značaj učešća oba roditelja u postupku u kojem se odlučuje o staranju o djeci ukazuje i Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud). Tako je u odluci u predmetu *Sporer protiv Austrije*³⁵ zauzeo stav da je u ovoj vrsti postupka lični utisak roditelja važan element i da roditelj (podnosilac zahtjeva) ima pravo pojaviti se pred sudom i biti lično saslušan (para 47). Povodom tvrdnje vanbračnog oca o povredi člana 6. stava 1. EKLJP učinjenoj time što nije lično saslušan pred sudom i što se nije izjasnio o odlučnom mišljenju vještaka o tome da je majka djeteta sposobnija od njega starati se o djetetu, Sud je naglasio obavezu ispitivanja da li je otac imao pravo na suđenje i ako jeste, da li je udovoljeno zahtjevima iz člana 6. stav 1. te da li je imao pravo da se lično pojavi i, ako jeste, da li je to njegovo pravo poštovano. Po njemu, ova dva pitanja međusobno su usko vezana, pa se moraju ispitati zajedno (para 45).³⁶

U domaćem pravu nadležnost za odlučivanje o tome s kojim roditeljem će živjeti dijete uređena je na različit način: u Federaciji BiH i Brčko Distriktu ovi predmeti su u nadležnosti suda, dok je u Republici Srpskoj nadležnost podijeljena između suda i organa starateljstva, tako da je sud nadležan za odlučivanje u slučaju donošenja odluke o prestanku braka, a izvan toga odlučuje organ starateljstva.

Kriteriji koji će pomoći nadležnim organima u određenju najboljeg interesa djeteta mogu se izvesti iz porodičnih zakona, u prvom redu iz odredaba koje normiraju odgovornosti, dužnosti i prava roditelja prema djetetu, odnosno prava djeteta prema roditeljima. Na osnovu njih, kao kriteriji se mogu utvrditi sposobnost, spremnost, mogućnost i volja, odnosno želja roditelja da uspješno izvršavaju svoje obaveze i odgovornosti.

Prema Porodičnom zakonu FBiH sud ima mogućnost, u slučaju odvojenog života roditelja, odlučiti o pojedinačnom ili o zajedničkom ostvarivanju roditeljskog staranja. Pri opredjeljenju za jednu od ovih varijanti, kriterij treba da bude postojanje, odnosno nepostojanje sposobnosti i spremnosti

mišljenja što su ih izrazila djeca i pritom im naglasiti da se u svako doba imaju pravo vratiti pred sud i promijeniti mišljenje. (Newell, *op.cit.* str. 20)

³⁵*Sporer v. Austria*, Application no. 35637/03, Judgment 3 February 2011, Final 03/05/2011, dostupno na:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103234#{"itemid":\["001-103234"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103234#{)

³⁶Kako je utvrdio da je stručno mišljenje pripremljeno i ispitano na kontradiktoran način, pošto su obe strane podnijele sveobuhvatne pisane podneske o navodnoj nesposobnosti drugog roditelja da ostvaruje staranje, te da je ljekar s njima razgovarao pri pripremi mišljenja, da je ono dostavljeno podnosiocu zahtjeva i da ga je imao mogućnost komentarisati (para 53), Sud je zaključio da nije učinjena povreda člana 6. stava 1. (*ibidem*)

roditelja na međusobnu saradnju i na zajedničko ostvarivanje roditeljskog staranja - na sporazumijevanje o svim pitanjima važnim za život i podizanje djeteta, na zajedničko donošenje bitnih odluka koje se tiču djeteta, na uređenje života tako da u njegovom centru i dalje bude dijete. Ukoliko se primjenom ovog kriterija utvrdi da je zajedničko staranje štetno za dijete, odnosno suprotno njegovom najboljem interesu, ono se ne smije odrediti.

U određivanje najboljeg interesa djeteta u slučaju odvojenog života roditelja, neophodno je uključiti organ starateljstva i osobu ovlaštenu na posredovanje, ukoliko za posredovanje u konkretnom slučaju nije nadležan organ starateljstva.³⁷ Vezano za razvod braka, ovu obavezu u Federaciji BiH ima, u prvom redu, osoba ovlaštena za posredovanje, kojoj se zahtjevom za posredovanje, prije pokretanja postupka za razvod braka, moraju obratiti bračni partneri koji imaju zajedničku djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje (član 45. stav 1. PZ). Jedna od obaveza ove osobe je da nastoji da se roditelji sporazumiju o svim pitanjima bitnim za dijete,³⁸ a ako sporazum nije postignut ili nije u interesu djeteta, obavezna je zahtijevati od organa starateljstva da odluči o ovim pitanjima, što ovaj organ može uraditi i po službenoj dužnosti. Njegova odluka važi samo do pravosnažnosti odluke o razvodu braka (stavovi 2. i 3. člana 50. PZ FBiH). Na ovaj način zakonodavac je osigurao zaštitu najboljeg interesa djeteta za vrijeme trajanja brakorazvodnog postupka. Interes djeteta je posebno zaštićen u slučaju sporazumnog razvoda braka, uslovljavanjem donošenja odluke o razvodu postojanjem sporazuma o ovim pitanjima, sklopljenom u postupku posredovanja i obavezivanjem suda da odbije zahtjev za razvod ukoliko ovaj sporazum nije u interesu djeteta (član 44. PZ FBiH). U toku postupka za razvod braka obaveza suda je da, u saradnji s organom starateljstva, zaštititi interes djeteta čiji se roditelji razvode (članovi 281 – 284. PZ FBiH, član 73. PZ RS i članovi 256 – 258. PZ BD). Primjenom kriterija primjerenih svakom pojedinačnom slučaju, utvrdit će se najbolji interes djeteta i na njemu zasnovati odluka o tome s kim će dijete živjeti i o održavanju ličnih odnosa i neposrednih kontakata.

Pri odlučivanju o odnosima i kontaktima djeteta s roditeljem s kojim ne živi, sud treba da se rukovodi time da je Konvencija o pravima djeteta obavezala države članice na poštovanje prava djeteta odvojenog od jednog ili oba roditelja da redovno održava lične odnose i neposredne kontakte s oba roditelja, osim kada je to suprotno najboljem interesu djeteta (član 9. stav 3). Redovno

³⁷Osnov za njihovo angažovanje je odredba člana 5. stav 1. PZ FBiH: "Za pružanje stručne pomoći i zaštite prava i interesa djeteta i ostalih članova porodice, za rješavanje sporova između članova porodice, kao i u svim slučajevima poremećenih porodičnih odnosa nadležan je centar za socijalni rad kao organ starateljstva, sud i osoba ovlašćena za posredovanje." U članu 2. stav 3. PZ BD normirano je pružanje ove pomoći i zaštite od organa starateljstva.

³⁸Prema stavu 1. člana 50. PZ FBiH ovlašćena osoba nastojat će da se oni sporazumiju o tome s kim će živjeti njihovo dijete, o njegovim ličnim odnosima s roditeljem s kojim neće živjeti, o njegovom izdržavanju i o ostalim sadržajima roditeljskog staranja. Ovu obavezu prema Porodičnom zakonu RS ima organ starateljstva (član 61), dok je ona u Porodičnom zakonu BD ograničena na postizanje saporazuma o zaštiti, odgoju i izdržavanju djece (član 45).

održavanje ovih odnosa i kontakata normirano je kao pravo djeteta u porodičnim zakonima Federacije BiH i Brčko Distrikta.^{39 40}

Kriteriji koji će se primjenjivati, ali isto tako i oni koji ne treba da budu odlučujući za utvrđivanju najboljeg interesa djeteta pri donošenju odluke o staranju o djetetu i o određivanju odnosa i kontakata, mogu se ustanoviti i istraživanjem prakse Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti. Tako se iz odluka ovog Suda, donesenih u više predmeta pokrenutih od roditelja nezadovoljnih odlukom nacionalnog organa, može izvesti zaključak da pripadnost roditelja određenoj religiji, odnosno vjerska praksa roditelja ne bi trebalo da bude odlučujuća za donošenje odluke, već da će one utjecati na procjenu najboljeg interesa djeteta samo kada se utvrdi da će se štetno odraziti na dijete.⁴¹ U odluci u predmetu Palau - Martinez p. Francuske Sud je naveo da nacionalni sud nije utvrdio utjecaj religijske prakse majke na odgoj i svakodnevni život djece koja su živjela s njom nakon faktičkog prestanka bračne zajednice, niti njen pokušaj da na djecu proširi svoja vjerska uvjerenja. Stoga nije ni mogao zaključiti da je postojao razuman proporcionalan odnos između upotrijebljenih sredstava i legitimnog cilja, pa je utvrdio da je, odlučivanjem da djeca žive s ocem, učinjena povreda člana 8. u vezi s članom 14.⁴² U predmetu Ismailova p. Rusije Sud nije utvrdio ovu povredu, jer je našao da su se domaći sudovi fokusirali samo na interese djeteta, ne zasnivajući odluku na pripadnosti majke Jehovinizm svjedocima, već na njenim religijskim praksama u koje je uključila djecu, što je imalo društvene i psihičke posljedice na njih i moglo bi se negativno odraziti na njihov odgoj.⁴³

U predmetima pokrenutim od roditelja zbog navodne povrede prava na poštovanje porodičnog života odlukama nacionalnih organa kojim im se ograničava ili zabranjuje održavanje kontakata s djetetom, Sud zauzima stav da samo u izuzetnim, ekstremnim slučajevima kontakti djeteta i njegovih prirodnih roditelja treba da se definitivno onemoguće, dok u svim ostalim slučajevima njihovo održavanje ne smije biti spriječeno. Ovakav stav, usaglašen s Konvencijom o pravima djeteta, treba da bude poštovan od nacionalnih sudova.

³⁹U ova dva zakona ono je uporedo normirano i kao dužnost roditelja (član 124. stav 2. i član 140. stav 2. PZ FBiH, član 107. stav 2. i član 123. stav 2. PZ BD), dok je u Porodičnom zakonu RS određeno kao pravo i dužnost roditelja (član 81. stav 4.).

⁴⁰Na značaj ovog prava djeteta ukazuje činjenica da je Vijeće Evrope donijelo posebnu konvenciju koja uređuje ove kontakte – Konvenciju o kontaktima u vezi sa djecom (br.192, Strasbourg 15.5. 2003/ Convention on contact concerning children, tekst preuzet s interneta: <http://conventions.coe.int>). U njenoj Preambuli su kao ciljevi utvrđeni "poželjnost priznanja ne samo roditelja, nego i djece, kao nosilaca prava" i "mjere kojima se promoviraju pomoć djeci u predmetima koji se tiču kontakata s roditeljem i drugim osobama koje su u porodičnoj vezi s djetetom".

⁴¹U ovim predmetima roditelji su živjeli odvojeno, majka je pripadala manjinskoj religiji (Jehovinizm svjedocima), a domaći sudovi su odluku o staranju donijeli u korist oca.

⁴²Palau-Martinez v. France, Application no. 64927/01, Judgment 16.12.2003, para. 42. i 43, <http://echr.ketse.com/doc/64927.01-en-20031216/view/>

Sud je ponovio stav ranije zauzet u odluci u predmetu Hoffmann p. Austrije (Application no. 12875/87), Judgment 23.6.1993, <http://echr.ketse.com/doc/12875.87-en-19930623/view/>)

⁴³Ismailova v. Russia, Application no. 37614/02, Judgment 29 November 2007, para. 62. i 63, <http://echr.ketse.com/doc/37614.02-en-20071129/view/>)

Domaći organi pri određivanju kontakata djeteta s roditeljem treba da imaju u vidu stav Suda, ponovljen u više predmeta, da obaveza države na provođenje pozitivnih mjera, u skladu s članom 8. EKLJP, podrazumijeva i preduzimanje svih potrebnih mjera radi ponovnog spajanja roditelja s djecom i olakšanja tog spajanja, što se odnosi i na predmete u kojima postoje sporovi između roditelja i/ili članova djetetove porodice o kontaktima i prebivalištu djece.⁴⁴ U skladu s praksom Suda, domaći organi pri određivanju kontakata moraju uvažavati nekoliko zahtjeva. Jedan od njih je da, pri određivanju vremena i načina održavanja kontakata, treba da se vodi računa o tome da se podnosiocu zahtjeva osigura mogućnost efikasnog ostvarivanja prava na kontakte s djetetom,⁴⁵ odnosno da se ne donese odluka o kontaktima koja se neće moći provesti bilo zbog njene neusklađenosti s mogućnostima roditelja (naprimjer s njegovim radnim rasporedom) bilo zbog neprikladnosti prostorija u kojima je određeno njihovo održavanje. Također, obaveza domaćih organa je da preduzmu mjere kojima će se olakšati kontakti roditelja s djetetom te pripreme i postepene mjere u situaciji kada se kontakti ne mogu uspostaviti odmah po donošenju odluke o njihovom ostvarivanju. U skladu s obavezom vođenja računa o interesima, pravima i slobodama svih učesnika u ovom sporu, a naročito djeteta, primjena sile u ovoj oblasti treba da se ograniči, odnosno isključi.⁴⁶ U slučaju izostanka saradnje između roditelja, nadležni organi ne mogu biti oslobođeni obaveze preduzimanja svih mogućih aktivnosti radi osiguranja održavanja porodičnih veza, pa treba da preduzmu i praktične mjere radi podsticanja roditelja da učestvuju u porodičnoj terapiji ili radi postizanja dogovora o pripremnom kontaktu te da učine odgovarajuće i efikasne napore za ostvarenje prava na kontakt.⁴⁷ Nacionalne vlasti moraju preduzeti mjere da, u skladu s konkretnim okolnostima svakog predmeta, olakšaju izvršenje odluke. Mjera koja bude preduzeta bit će odgovarajuća samo ako bude brzo provedena, pošto za odnose između djeteta i roditelja s kojim ono ne živi "protek vremena može imati nepopravljive posljedice."⁴⁸

Ako dobrobit i najbolji interes djeteta to zahtijevaju, kontaktiranje s roditeljem se mora dozvoliti, makar se drugi roditelj, s kojim dijete živi, tome protivi. Isto tako, ako je to u interesu djeteta, i onda kada se time vrijeđa pravo na poštovanje porodičnog života roditelja, kontakti ne samo da se mogu, već i moraju zabraniti, odnosno spriječiti. Pri donošenju odluke domaći organi treba da, kada je to moguće, utvrde ravnotežu interesa djeteta i njegovog roditelja, a u suprotnom prednost treba da daju interesu djeteta, i to ne samo trenutnom, već i budućem. Ukoliko je to moguće, moraju nastojati interes djeteta, umjesto zabranom kontakata, zaštititi na neki drugi način, čime će se osigurati postizanje svrhe kontakata, a i izbjeći povreda prava roditelja na poštovanje

⁴⁴ Gluhaković p. Hrvatske, para. 56, *supra note 5*

⁴⁵ *Ibidem*, para. 62.

⁴⁶ *Ibidem*, para. 57

⁴⁷ Ovakve propuste Sud je utvrdio u predmetu Fiala p. Češke Republike i na njima zasnovao zaključak o kršenju člana 8. EKLJP (App. 26141/03, Judgment 18. 7. 2006, <http://echr.ketse.com/doc/26141.03-en-20060718/>)

⁴⁸ Gluhaković p. Hrvatske, para 58. i 59, *supra note 5*,

porodičnog života. U predmetima vođenim po zahtjevu roditelja kojim su djeca oduzeta, a brigu o njima preuzele javne vlasti, Sud uvijek razmatra pitanje kompatibilnosti mjera preduzetih prema roditeljima sa integracijom djeteta u njegovu porodicu, kao krajnjim ciljem koji treba da se postigne u slučaju odvajanja djeteta od roditelja.⁴⁹

U domaćem pravu o načinu održavanja ličnih odnosa roditelja s djetetom roditelji se sporazumijevaju, a u slučaju nepostizanja sporazuma ili njegove suprotnosti s najboljim interesom djeteta, odluku donosi sud, zajedno s odlukom o roditeljskom staranju (član 145. stavovi 1. i 2, član 304. stav 1. i član 307 PZ FBiH), odnosno organ starateljstva (član 93. stav 1. PZ RS)⁵⁰. Kriteriji za donošenje odluke su sve okolnosti od kojih će zavisiti njihovo održavanje, značaj i utjecaj ovih odnosa na konkretno dijete te način njihovog održavanja koji će najviše odgovarati djetetu, a u isto vrijeme i biti poštovan od roditelja.

Održavanje ličnih odnosa i neposrednih kontakata roditelja s djecom može se ograničiti ili zabraniti samo radi interesa djeteta (član 145. stav 3. PZ FBiH i član 128. stav 3. PZ BD), odnosno radi zaštite ličnosti i drugih interesa djeteta (član 93. stav 3. PZ RS). Ograničenje će se odrediti kada dijete treba da se zaštiti od lošeg utjecaja roditelja na formiranje njegove ličnosti (kada, naprimjer, razvija mržnju i otpor djeteta prema drugom roditelju) i na njegovo zdravstveno stanje (kada roditelj boluje od duševne bolesti) ili kada je dijete posebno osjetljivo. Ograničenje se može sastojati u kontaktu uz prisustvo stručnog radnika organa starateljstva, odnosno u odvijanju kontakata u ustanovi, u određenom trajanju ili na drugi način određen od suda.

Lični odnosi i neposredni kontakti će se zabraniti onda kada dovode u opasnost odgoj, život ili zdravlje djeteta (npr. u slučaju teže duševne ili zarazne bolesti ili podsticanja djeteta na negativno ponašanje). S obzirom na značaj ovih odnosa i kontakata za dijete, u ocjeni interesa djeteta - da li je veća korist od neodržavanja ili pak šteta od njihovog održavanja, treba da učestvuju kompletan tim stručnjaka organa starateljstva, čije je mišljenje i prijedlog sud obavezan zatražiti (član 305).

Rukovodeći se najboljim interesom djeteta, sud je, na zahtjev ovlaštenih osoba, ovlašten odrediti održavanje kontakata i između babe i djeda i unuka, između sestara i braće međusobno, kao i djeteta i još nekih osoba (član 148. PZ FBiH). Ukoliko ocijeni da ovi odnosi i kontakti nisu u najboljem interesu djeteta, neće odrediti njihovo održavanje.

Pravosnažnošću odluke o određivanju roditelja koji će ostvarivati

⁴⁹Ovakav stav Sud je zauzeo u velikom broju predmeta iz ove oblasti, kao što su: Süss p. Njemačke (Odluka od 10.11.2005, objavljena u Newsletter Menschenrechte 2005/6, str.282 - 284. i Zawadka p. Poljske (Odluka od 23.6.2005, objavljena u Newsletter Menschenrechte 2005/3, str. 141 - 143).

Šire o ovome vidjeti: Bubić, S, *Pravo djeteta na život sa roditeljima u evropskoj praksi*, Pravna misao, Sarajevo, 2002/11-12

⁵⁰ Prema PZ BD odluku donosi organ starateljstva, uvažavajući sporazum roditelja ako je u najboljem interesu djeteta (član 128. stavovi 1. i 2)

staranje, odnosno o održavanju kontakata s djetetom, najbolji interes djeteta neće biti uvijek zaštićen. U određenom broju predmeta ova zaštita se postiže tek po okončanju izvršnog postupka vođenog protiv roditelja koji nije postupio u skladu s donesenom odlukom. Stoga se postupak u kojem treba da se osigura najbolji interes djeteta može pretvoriti u svoju suprotnost – umjesto da se efikasna zaštita ovog interesa osigura u najkraćem mogućem periodu, u postupku koji traje neopravdano dugo on će se dovesti u pitanje. Pravilnim postupanjem i poštovanjem zakonom propisanih obaveza i pravila postupka nadležni organi moraju izbjeći povredu interesa djeteta i njegovih prava prema roditelju, kao i osigurati ostvarivanje prava roditelja.

Znači, rukovodeći se najboljim interesom djeteta, domaći organi moraju, poštujući načelo hitnosti, provesti i postupak izvršenja odluka o staranju i o kontaktima. U prilog tome se u više predmeta izjasnio Evropski sud za ljudska prava, naglašavajući obavezu nacionalnih organa da u ovim predmetima budu aktivni i da blagovremeno preduzimaju odgovarajuće mjere, među kojima i one kojima se vrši priprema djece za vraćanje roditelju s kojim je odlučeno da živi. Nedovoljnom aktivnošću nadležni organi krše član 8. EKLJP koji pretpostavlja obavezu preduzimanja aktivnosti državnih organa u sprovođenju sudskih odluka, ali isto tako i član 6. stav 1. EKLJP, pošto zbog ovakve pasivnosti postupci dugo traju.⁵¹ Načelo hitnog postupanja je propisano domaćim procesnim i porodičnim zakonima, a sudove na njegovu primjenu, radi izbjegavanja nepotrebnih odugovlačenja, obavezuje i Konvencija o ostvarivanju dječijih prava. U njoj je posebno naglašena obaveza omogućavanja postupaka koji osiguravaju brzo izvršenje donesenih odluka, kao i mogućnost davanja ovlaštenja sudu da u hitnim slučajevima, kada je to prikladno, donese odluku koja će biti odmah izvršna (član 7).

4. Zaključna razmatranja

Najbolji interes djeteta treba da se osigura i zaštititi u svim oblastima prava, pri ostvarivanju svih prava djeteta i uređenju svih odnosa u koje stupa dijete. U oblasti porodičnog prava, za dijete je najvažnije da ovaj interes bude osiguran pri ostvarivanju roditeljskog staranja, naročito onda kada roditelji ne žive zajedno.

Pri zajedničkom ostvarivanju roditeljskog staranja moguće je da nastane spor, bilo između samih roditelja bilo između roditelja na jednoj i djeteta na drugoj strani, o njegovom ostvarivanju ili o izvršavanju pojedinih obaveza,

⁵¹ Tako je u predmetu Ignaccolo-Zenide protiv Rumunije (App 32346-96, Judgment 25. januara 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58448#{"itemid":\["001-58448"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58448#{)) zauzeo stav da su rumunski organi vlasti zakasnili, da su bili neaktivni i nisu organizovali pripremu djece za vraćanje majci, naprimjer organizovanjem susreta djece sa psiholozima ili socijalnim radnicima.

Povredu člana 8. EKLJP utvrdio je i u predmetu Santos Nunes p. Portugala (Requete no. 61173/08, du 22 mai 2012, <http://www.fbls.net/8.htm#divorce>), vođenom zbog neizvršenja odluke o predaji djeteta ocu kojem je sud povjerio staranje o njemu, a izazvanog time što je par kod kojeg je majka smjestila dijete u više navrata odbio predati dijete (para.78 – 79).

odgovornosti i prava koja čine njegov sadržaj. Ovi sporovi se uvijek moraju riješiti u najboljem interesu djeteta, radi čijeg utvrđenja nadležni organi moraju primijeniti kriterije koje ocijene odgovarajućim u konkretnom slučaju. Pri tome nadležni organi, kao i roditelji, imaju različit - veći ili manji stepen slobode, zavisno od značaja pitanja o kojima postoji nesporazum.

U slučaju da roditelji djeteta ne žive zajedno pa dijete više ne može ostvarivati pravo da živi s njima, odluka o tome s kojim roditeljem će ono živjeti, tj. o prebivalištu djeteta i o održavanju kontakata djeteta s drugim roditeljem, mora biti donesena uvažavajući najbolji interes djeteta. Pri utvrđenju ovog interesa nadležni organ mora odabrati i primijeniti kriterije najprimjerenije ocjeni interesa konkretnog djeteta te mogućnosti i sposobnosti roditelja da se na najbolji način staraju o djetetu u novoj situaciji, drugačijoj od one u kojoj su do tada ostvarivali roditeljsko staranje. To što oni više ne žive zajedno ne smije onemogućiti dalje zadovoljavanje svih potrebanjihovog djeteta i zaštitu i osiguranje njegovih interesa. Zavisno od toga šta utvrdi kao najbolji interes djeteta, nadležni organ će se opredijeliti za jednu od varijanti: za pojedinačno ili zajedničko staranje. Najbolji interes djeteta zahtijeva hitnu intervenciju. Nepostupanjem u skladu s načelom hitnosti, kako pri donošenju odluke, tako i pri njenom prinudnom izvršenju, ovaj interes će ostati neosiguran, a u isto vrijeme će biti povrijeđeno pravo roditelja na poštovanje porodičnog života i pravo na pravično suđenje.

Kriteriji i smjernice kojim nadležni organi treba da se rukovode pri utvrđivanju najboljeg interesa djeteta i pri vođenju postupka, naročito izvršnog, treba da budu odredbe Konvencije o pravima djeteta i Konvencije o ostvarivanju dječijih prava, odredbe porodičnog zakonodavstva i relevantne odluke Evropskog suda za ljudska prava. Onda kada u domaćem pravu budu donesene Smjernice za određivanje najboljeg interesa djeteta, zadatak nadležnih organa će biti lakši i jednostavniji, ali će i tada svaki konkretan slučaj zahtijevati individualan pristup i davanje prednosti kriteriju koji u nekom drugom slučaju ne mora i najčešće neće imati isti značaj.

Dr. sc. Suzana Bubić, full professor
Law Faculty of University "Džemal Bijedić" Mostar

STANDARD THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AND ITS APPLICATION IN CONTEXT OF THE EXERCISE OF PARENTAL CARE

Summary: The author in her paper, after having the general remarks on standard "the best interest of the child" considers its regulation in the conventional and the domestic law, as well as its application in context of the exercise of the parental care, analysing it in two situations. The first situation is the one when the parents live together and between them or amongst them and the child a dispute arises. In the second situation - the case of the termination of the cohabitation of the parents, the best interest of the child the author considers as the decisive for the decision making on subject with whom of the parents the child will be living, as well as the maintaining the personal relationships and the contacts between the child and the parent with whom the child do not live with. For these situation the author proposes criteria wich the authorities need to comply with and are derived from the provisions of the Convention on the Rights of the Child and domestic family legislation and practice of the European Court of Human Rights.

Key words: upbringing and education of the child, care on life, health and development of the child, contacts with parents

Dr Zoran Ponjavić, redovni profesor
Mr Veljko Vlašković, asistent
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, R Srbija

KONCEPT " NAJBOLJEG INTERESA DETETA" UNUTAR HAŠKE KONVENCIJE O GRAĐANSKOPRAVNIM ASPEKTIMA MEĐUNARODNE OTMICE DECE

U radu će se analizirati odnos Haške Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece prema "najboljem interesu deteta", kao fundamentalnom principu porodičnog prava. Tačnije, ukazaće se na prostor koji navedena Konvencija ostavlja za ostvarivanje principa "najboljeg interesa deteta" unutar sopstvenog mehanizma primene. Premda doneta gotovo deceniju ranije od Konvencije o pravima deteta, Haška Konvencija je prepoznala potrebu da se "najbolji interes deteta" zaštititi na određen način. U tom smislu, Haška Konvencija konstituiše pravnu pretpostavku kako je u "najboljem interesu deteta" da se što hitnije vrati u državu uobičajenog boravišta. Individualizacija "najboljeg interesa deteta" se ostvaruje preko propisivanja izuzetaka od obaveza hitnog povratka deteta u vidu osnova za obaranje navedene pravne pretpostavke. U radu se ukazuje kako nacionalni organi koji odlučuju o povratku deteta uglavnom restriktivno primenjuju pomenute izuzetke kako ne bi urušili osnovni mehanizam Haške Konvencije. Međutim, od vremena donošenja navedene Konvencije, snaga principa "najboljeg interesa deteta" je značajno narasla, te se nacionalnim vlastima ostavlja sve više prostora da izuzetke od obaveze povratka deteta tumače šire i elastičnije, što može ozbiljno uzdrmati proceduralne ciljeve kojima Haška Konvencija teži.

Ključne reči: Haška Konvencija, otmica deteta, najbolji interes deteta, pravna pretpostavka, izuzeci

1. Uvod

Prekogranično odvođenje dece je složen problem, koji predstavlja izvor kako pravnih, tako i političkih sukoba među državama. Može se reći kako gotovo nijedna zemlja, niti nacija nije uspela da pomenuti problem izbegne. S obzirom na naglašen međunarodnopravni elemenat problema, postalo je jasno kako efikasan odgovor na prekogranično odvođenje dece može doći samo kao posledica zajedničke i usaglašene aktivnosti svih država na međunarodnom planu. Upravo takvi koordinirani naponi iznedrili su Hašku Konvenciju o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece (u daljem tekstu Haška Konvencija), usvojenu u Hagu 25. oktobra 1980. godine, kao prvi i najznačajniji međunarodni ugovor u domenu prekograničnog odvođenja dece ¹.

¹ Prema izveštaju The Hague Conference on Private International Law do sad ima ukupno 90 potpisnica ove Konvencije, dostupno na: www.hcch.net/index_en.php, 14. 10. 2013.

Navedena Konvencija se razlikuje od svih drugih u međunarodnom privatnom pravu po tome što njen cilj nije da unificira pravila u slučaju sukoba zakona, niti da uspostavi pravila u pogledu sukoba nadležnosti. Naprotiv, ona je instrument saradnje između država sa ciljem momentalnog povratka deteta.² U Konvenciji se insistira na uspostavljanju ranijeg stanja koje je postojalo do momenta odvođenja deteta, tj. njegov povratak u uobičajeno mesto boravka, a tek potom na rešavanju spornih pitanja, koja se tiču, pre svega, vršenja roditeljskog prava.³ U svakom slučaju, nijedan drugi organ ne bi trebao rešavati pitanja vršenja roditeljskog prava, osim onog koji je nadležan u mestu uobičajenog boravišta deteta. Na ovaj način, uspostavljanjem predašnjeg stanja, što je osnovni cilj Haške Konvencije, žele se obeshrabruti svi oni koji bi odvodili decu preko granice sa svim praktičnim i pravnim posledicama.

Shodno tome Haška Konvencija nudi mehanizam kojim se savladavaju problemi koji nastaju kao posledica sukoba roditelja oko vršenja roditeljskog prava i odvođenja deteta u drugu državu. U ovom slučaju postoji potreba da se zaštiti dete kao prirodno najranjiviji i, po pravilu, posredni akter sukoba njegovih roditelja. U tom smislu, opravdano se može postaviti pitanje da li je povratak deteta uvek u "najboljem interesu deteta", što je jedan od osnovnih principa iz Konvencije o pravima deteta⁴, koji mora biti uvek primenjen u postupcima kada se odlučuje o njegovim pravima. Postoji realna bojazan da pozivanje na jedan ovakav krajnje neodređen i širok princip⁵ može postati za sud samo izgovor da ne primeni pravo,⁶ odnosno, zgodno opravdanje za svaku sudsku odluku, naročito onu kojom se odbija povratak deteta u zemlju u kojoj dete ima "uobičajeno boravište".⁷

U radu će biti izneti argumenti kojima se navedena bojazan potkrepljuje, čime se može dovesti u pitanje sistem ustanovljen Haškom

² Fiorini, A., *'Enlèvements internationaux d'enfants - solutions internationales et responsabilités étatiques'*, McGill Law Journal, Vol. 51, No. 2, 2006, str. 279 - 326, na str. 283.

³ Pored ove Konvencije postoje i druge, regionalne, sa gotovo identičnim ciljevima. Kao što su Evropska Konvencija o priznanju i izvršenju odluka koje se tiču roditeljskog staranja i ponovnom uspostavljanju odnosa staranja, od 20. maja 1980., CETS 105; Međuamerička konvencija o međunarodnom povratku dece, od 15. jula 1989, OAS Treaty Series 70.

⁴ Konvenciju je ratifikovala SFRJ (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 15/90), a preuzela SRJ (Službeni list SRJ, br. 4/96 i 2/97).

⁵ Pogotovo ako se uzme u obzir da se pravna norma zasnovana na "najboljem interesu deteta" pre podseća na jednu socijalnu paradigmu a ne na konkretnu pravnu normu. See Elisa Pérez-Vera, E., *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, para. 21. available at: www.hcch.net/upload/expl28.pdf, 18. 10. 2013.

⁶ Da parafraziramo reči Profesrice Rubellin Devichi koja je davno napisala « donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit de ne pas appliquer le droit"; Rubellin Devichi, J., *"Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises"*, Revue française des affaires sociales, Vol. 48, No. 4, 1994, str. 157-193, na str. 163.

⁷ Prema čl. 3.st.1. radne verzije Zakona o građanskopravnoj zaštiti od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja koji je izradilo Ministarstvo pravde Republike Srbije "pod uobičajenom boravištem deteta, u smislu ovog zakona, podrazumeva se mesto u kojem je dete integrisano u društvenu i porodičnu sredinu". O pomenutoj radnoj verziji detaljno videti: Kovaček - Stanić G., *"Porodičnopravni aspekti međunarodne, roditeljske otmice dece"*, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012, str. 74 - 94.

konvencijom. Oni se uglavnom zasnivaju na odlukama nacionalnih sudova država potpisnica Haške konvencije. Materija će se izložiti u tri celine, u kojima je prikazan mehanizam primene "najboljeg interesa deteta" unutar Haške Konvencije. Shodno tome, najpre će biti reči o potrebi da se unutar Haške konvencije obezbedi prostor za primenu principa "najboljeg interesa deteta" i načina na koji to navedeni međunarodni ugovor čini. Potom će se u drugom delu rada analizirati iskazivanje navedenog principa kroz opštu pravnu pretpostavku o povratku deteta u državu uobičajenog boravišta. U trećem delu, razmotriće se osnovi za obaranje pravne pretpostavke o "najboljem interesu deteta", koje Haška konvencija daje u obliku izuzetaka od obaveze povratka deteta.

2. Prostor za "najbolji interes deteta" unutar Haške Konvencije

Haška Konvencija o prekograničnom odvođenju dece se često ističe kao izuzetno uspešan primer međunarodne saradnje⁸, čija osnovna vrednost proističe iz jednostavnosti obaveza koje propisuje.⁹ Naime, kao što je rečeno, čitavo zdanje navedenog međunarodnog ugovora počiva na pretpostavci kako se štetne posledice prekograničnog odvođenja dece mogu najdelotvornije ublažiti hitnim povratkom nezakonito odvedenog ili zadržanog deteta u državu gde se nalazi uobičajeno boravište deteta.¹⁰ Pri tome, sudski ili administrativni organ koji donosi odluku o povratku deteta ne može zadirati u vršenje roditeljskog prava, jer se odluka o tome prepušta pravnom sistemu države sa kojom su dete i njegova porodica najneposrednije povezani, odnosno državi mesta uobičajenog boravišta deteta.¹¹ Međutim, bez obzira na veliku operativnu moć Haške Konvencije, o pomenutom međunarodnom ugovoru ne treba suditi isključivo na osnovu broja dece koja su vraćena u države uobičajenog boravišta i brzini njihovog povratka.¹² Drugim rečima, ne sme se dozvoliti da se dete kao pravni subjekt izgubi i učini nevidljivim unutar mehanizma Haške Konvencije. Naime, osnovna svrha navedene Konvencije ostvaruje se u neizbežnoj senci jednog drugog cilja, zaštite "najboljeg interesa deteta".

U kontekstu principa "najboljeg interesa deteta", brzina i pragmatičnost Haške Konvencije suočavaju se sa ozbiljnim testom, s obzirom da navedeni princip nameće usaglašavanje ili čak podređenost interesa ostalih pravnih

⁸ Herring, J., *Family Law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2007, str. 537.

⁹ Lowe N; Douglas, G., *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007, str. 631.

¹⁰ Murphy, J., *International dimensions in family law*, Manchester University Press, Manchester, 2005, str. 213.

¹¹ Videti: čl. 1. i 2. Haške Konvencije; U ovom smislu: Roszkowski v. Roszkowska, 274 N.J. Super. 620, 644 A.2d 1150 (Ch. Div. 1993), HC/E/USs 238; W.(V.) v. S.(D.), (1996) 2 SCR 108, (1996) 134 DLR 4th 481, HC/E/CA 17; Supreme Court of Finland: KKO:2004:76, HC/E/FI 839.

¹² Schuz, R., *The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 44, No. 4, 1995, str. 771-802, na str. 771.

subjekata interesima deteta.¹³ Sa druge strane, ne može se izbeći utisak kako su u prvom planu Haške Konvencije prava i interesi roditelja,¹⁴ dok se interes deteta nastoji, često veštački, uklopiti u mehanizam primene pomenutog međunarodnog ugovora. Zbog toga osnovni problem primene principa "najboljeg interesa deteta" u okvirima Haške Konvencije predstavlja ostvarivanje ravnoteže između hitnog povratka deteta u slučaju prekograničnog odvođenja, uz uvažavanje pravnog poretka države uobičajenog boravišta deteta, i poštovanja principa koji zahteva prilagođavanje interesa svih ostalih pravnih subjekata interesu deteta. Ravnoteža je nužna kako bi se u izvesnom smislu postigao kompromis između ciljeva Haške Konvencije i principa "najboljeg interesa deteta", koji je navikao biti gospodar, a ne sluga u pravnim odnosima koji se na bilo koji način tiču dece.

Tvorci Haške Konvencije su ostavili izvestan prostor u kome bi unutar mehanizma za brzi povratak deteta bilo mesta i za sagledavanje "najboljeg interesa deteta". Međutim, sve i da tako nisu postupili, pomenuti prostor bi se morao naći, jer bi u suprotnom Haška Konvencija teško mogla opstati na pravnoj sceni. Bez obzira na efikasnost Konvencije na polju međunarodnog privatnog prava, nije moguće zaobići "najbolji interes deteta" kao osnovni princip porodičnog prava u čiji domen pomenuti međunarodni ugovor neminovno zalazi.¹⁵ Iz tog razloga, u narednom delu će se razmotriti šta Haška Konvencija nudi principu "najboljeg interesa deteta" i šta pomenuti princip od Haške Konvencije traži.

U vreme donošenja Haška Konvencije, princip "najboljeg interesa deteta" je već bio prisutan u tekstu jednog međunarodnog ugovora globalnog značaja, Konvencije o elimnisanju svih oblika diskriminacije žena,¹⁶ premda pomenuti međunarodni ugovor još uvek nije bio stupio na snagu. Ipak, najznačajniju formulaciju navedenog principa sadrži Konvencija UN o pravima deteta iz 1989. godine (KPD).¹⁷ Tako se navedenom Konvencijom proklamuje kako će "u svim postupcima koji se tiču dece, bez obzira da li ih preduzimaju javne ili privatne ustanove socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tela, najbolji interes deteta biti od prvenstvenog značaja".¹⁸ Na ovaj način, princip "najboljeg interesa deteta" je postao višestruko snažniji u odnosu na vreme kada je usvojena Haška Konvencija. Najpre, domašaj pomenutog principa je sa relativno uskog domena vršenja roditeljskog prava proširen na sve pravne odnose od neposrednog ili posrednog značaja za dete. Dalje, princip "najboljeg interesa deteta" se sada počeo ostvarivati u jednom

¹³ U zavisnosti da li se u zakonodavstvu države uobičajenog boravišta deteta primenjuje koncepcija o 'prvenstvenom' ili 'vrhunskom značaju' najboljeg interesa deteta prilikom odlučivanja o pitanjima iz domena vršenja roditeljskog prava.

¹⁴ Caldwell, J., 'Child welfare defences in child abduction cases - some recent developments', *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 13, No. 2, 2001, str. 121-136, na str. 121.

¹⁵ Schuz, R., *loc. cit.*, str. 772.

¹⁶ Čl. 16. st. 1. (f). Konvencije Ujedinjenih Nacija o elimnisanju svih oblika diskriminacije žena, od 18. decembra 1979, UNTS 1249.

¹⁷ Konvencija Ujedinjenih Nacija o pravima deteta, od 20. novembra 1989, UNTS 1577.

¹⁸ Čl. 3. st. 1. KPD.

posebnom kontekstu, koga karakterišu prava deteta kao posebna kategorija ljudskih prava. Tako je dete postalo centralna figura porodičnopravnih odnosa, a roditeljsko pravo se transformisalo u roditeljsku dužnost, odnosno odgovornost.

3. Povratak deteta u državu uobičajenog boravišta kao osnov pravne pretpostavke o "najboljem interesu" deteta

Zbog nesumnjivih vrednosti Haške Konvencije, bilo je potrebno naći prostor za primenu "najboljeg interesa deteta" unutar granica pomenute Konvencije. Tako se prvi i jedini jasno ocrtan trag prisustva "najboljeg interesa deteta" prepoznao u preambuli Haške Konvencije, prema kojoj su "države-ugovornice u snažnom uverenju da je interes dece od vrhunskog značaja u odnosima koji se tiču vršenja roditeljskog prava".¹⁹ Ipak, u pomenutoj preambuli se govori o "interesu dece" kao određene društvene grupe, a ne "interesu deteta", kao individualnog pravnog subjekta.²⁰ Međutim, neodređenost sadržine "najboljeg interesa deteta" upravo proističe iz okolnosti da je navedeni princip individualističkog karaktera, čiju sadržinu oblikuje svaki pojedinačni slučaj. Iz tog razloga je moć diskrecije organa koji primenjuju princip "najboljeg interesa deteta" tako velika.

Kako bi se navedeni problem otklonio, u jednom delu literature,²¹ ali i sudske prakse država-ugovornica²² govori se o pojmu "najboljeg interesa dece", koji predstavlja okvir za princip "najboljeg interesa deteta". Tako se smatra kako "najbolji interes" dece u potpunosti odražava osnovni cilj Haške Konvencije da se deca što hitnije vrate u državu njihovog uobičajenog boravišta.²³ Na taj način umanjuju se štetne posledice odvođenja dece i odvraćaju roditelji koji razmišljaju preduzeti tako nešto.²⁴ Dakle, interes pojedinačnog deteta se u izvesnom smislu prinosi na oltar interesima dece kao grupe.²⁵

Argumentaciju za tezu o postojanju pojma "najboljeg interesa dece" naizgled nudi osnovna formulacija principa "najboljeg interesa deteta" iz KPD gde se, između ostalog, navodi kako su i zakonodavna tela dužna poštovati navedeni princip.²⁶ Kako zakonodavna tela, po pravilu, donose pravne akte koji sadrže opšte pravne norme, jasno je kako je njihova aktivnost može biti

¹⁹ Videti: preambulu Haške Konvencije.

²⁰ Videti: *Idem*.

²¹ Videti: Schuz (1995), *loc.cit.*, p.774; Herring, *op.cit.*, str. 533 - 534; N. Lowe; Douglas,G, *op.cit.*, str. 631 - 632.

²² Preambula govori o "interesima dece" uopšte, a ne o "najboljem interesu" konkretnog deteta pred sudom. Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290, HC/E/CA 11.

²³ Videti: Schuz, R., 'The Hague Abduction Convention and Children's Rights', *Transnational Law & Contemporary Problems*, Volume 12, No. 2, 2002, str. 393-452, na str. 398.

²⁴ Schuz (1995), *loc.cit.*, p. 775 - 776. Nemački pravnik Kurt Siehr ističe kako ovakva generalna politika nema ništa zajedničko sa "najboljim interesom deteta" u konkretnom slučaju; Siehr, K., "The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Failures and Successes in German Practice", *International Law and Politics*, Vol. 33, No. 1, 2000, str. 207-220, na str. 218.

²⁵ *Ibidem*, str. 776.

²⁶ Videti: čl. 3. st. 1. KPD.

usmerena samo na decu kao društvenu grupu, a ne na svako pojedinačno dete. Međutim, aktivnost zakonodavnih organa nema za cilj određivanje sadržine "najboljeg interesa deteta", već davanje smernica onim pravnim subjektima koji neposredno uobličavaju sadržinu navedenog principa (sudovi, administrativni organi). Tačnije, zakonodavac ne može odrediti kakav će biti "najbolji interes deteta" u svakom konkretnom slučaju, ali može kroz opšta pravna pravila ustanoviti odgovarajuće pretpostavke koje bi važile u korist "najboljeg interesa deteta". Pomenute pretpostavke, kao što je rečeno, imaju za cilj olakšati primenu principa "najboljeg interesa deteta", ali i umanjiti diskreciju pravnih subjekata koje navedeni princip primenjuju.²⁷ Shodno tome, ne može se govoriti o "najboljem interesu dece", nego o načinu da se "najbolji interes deteta" iskaže kroz odgovarajuću pretpostavku. Dakle, preambulom Haške Konvencije se uspostavlja pravna pretpostavka kako je u "najboljem interesu deteta" u slučaju nezakonitog prekograničnog odvođenja da bude vraćeno u državu uobičajenog boravišta. Izuzeci od navedene opšte obaveze povratka deteta nisu ništa drugo nego osnovi za obaranje pomenute pretpostavke. S obzirom da iskazivanje "najboljeg interesa deteta" putem pretpostavki sužava diskrecioni prostor pravnih subjekata koji navedeni princip primenjuju, pomenuti izuzeci predstavljaju preostali diskrecioni prostor za individualnu, odnosno istinsku primenu "najboljeg interesa deteta". Iz tog razloga se ostvarivanje koncepta "najboljeg interesa deteta" unutar Haške Konvencije može sagledati jedino kroz odnos između opšte pretpostavke o obavezi povratka deteta i osnova za obaranje pomenute pretpostavke, odnosno izuzetaka od obaveze da se dete što hitnije vrati u državu uobičajenog boravišta.

4. Osnovi za obaranje pretpostavke o "najboljem interesu deteta" iz Haške Konvencije

4.1. Dovođenje deteta u "nepodnošljivu situaciju"

Dugo je prisutna praksa da se svi navedeni izuzeci od obaveze hitnog povratka deteta restriktivno primenjuju.²⁸ Postoji, ne bez razloga, strah kako bi

²⁷ Iskazivanje "najboljeg interesa deteta" kroz odgovarajuće pretpostavke predstavlja najstariji pristup problemu sadržine navedenog principa. Na primer, u vreme nastanka koncepta "najboljeg interesa deteta", postojala je pretpostavka kako otac najbolje zna šta je u interesu deteta. Videti: Van Krieken, R., *"The 'Best Interests of the Child' and Parental Separation: On the 'Civilizing of Parents' "*, The Modern Law Review, Volume 68, No. 1, 2005, str. 25-48, na str. 28. Kroz evoluciju pojedinih pretpostavki može se pratiti i razvoj principa "najboljeg interesa deteta". Ipak, glavni nedostatak navedenog pristupa problemu sadržine "najboljeg interesa deteta" jeste odsustvo elastičnosti potrebne kako bi se ispratila burne i neprekidne promene koje su zahvatile pravne odnose koji se tiču deteta.

²⁸ Tako je u jednoj starijoj, ali uticajnoj odluci procenjeno kako će samo u najređim slučajevima razdvajanje deteta od roditelja koji ga je odveo i novog okruženja dostići nivo povrede koji traži Hague Convention. Videti: Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290; U jednoj drugoj odluci se u kontekstu dovođenja deteta u "nepodnošljivu situaciju" navodi kako je reč "nepodnošljiva" tako jaka po svom smislu i značenju da postavlja lestvicu za primenu navedenog

slobodnija upotreba navedenih pravila predstavljala svojevrsnog "trojanskog konja" unutar Haške Konvencije, koji bi mogao urušiti i obesmisлити читав mehanizam navedenog međunarodnog ugovora. Od svih navedenih izuzetaka, pojedini teoretičari se najviše pribojavaju upravo "nepodnošljive situacije" kao osnova za odbijanje povratka deteta, smatrajući kako se pomenutim izuzetkom otvara Pandorina kutija.²⁹

Pravna pretpostavka kako je u "najboljem interesu deteta" da se što pre vrati u državu uobičajenog boravišta, u praksi se najčešće obara upravo zbog procene kako bi se dete povratkom dovelo u "nepodnošljivu situaciju".³⁰ Treba reći kako se u literaturi umesto pomenutog izuzetka često navodi postojanje "ozbiljnog rizika od povrede deteta" kao osnov za donošenje odluke o odbijanju povratka u državu uobičajenog boravišta.³¹ Međutim, navedeni razlog je samo uzrok koji dovodi do posledice, odnosno do "nepodnošljive situacije za dete". Drugim rečima, u situacijama kada se utvrdi "ozbiljan rizik od povrede deteta", nije potrebno dokazivati kako je nastupila "nepodnošljiva situacija" po dete. Tvorcima Haške Konvencije su izričito utvrdili postojanje uzročno-posledične veze između "ozbiljnog rizika od povrede deteta" i "nepodnošljive situacije" u koju bi se dete u takvim okolnostima dovelo. Na to ukazuje i formulacija navedenog pravila iz Haške Konvencije gde se navodi kako država u koju je dete odvedeno nije dužna vratiti dete ako "postoji ozbiljan rizik da će povratak dete izložiti fizičkoj ili psihičkoj povredi ili na drugačiji način dovesti dete u nepodnošljivu situaciju".³²

Izrazi "ozbiljan rizik" i "nepodnošljiva situacija" sugerišu kako put do osporavanja pretpostavke o "najboljem interesu deteta" iz Haške Konvencije nije ni malo lak, te da je prag dokazivanja veoma visok. Najčešće, u odbranu odvođenja roditelj pokušava da drugog roditelja (koji zahteva povratak) predstavi kao nepodobnog po dete. Roditelj koji traži povratak deteta govori o "kidnapovanju" na šta drugi odgovara da život sa njim za dete predstavlja "ozbiljan rizik", da će povratak dete dovesti u "nepodnošljivu" situaciju. Onaj roditelj koji osporava povratak često želi predstaviti dete kao "ozbiljnu" žrtvu nasilja čiji je položaj "nepodnošljiv" za šta optužuje drugog roditelja.

Kada se radi o "ozbiljnoj opasnosti" na prvom mestu treba istaći fizičku opasnost po dete, koje neće biti vraćeno u zemlju u kojoj besni građanski rat ili postoji stalna opasnost od nasilja. Pri tome, postojanje fizičke ili psihičke opasnosti se mora odnositi konkretno na dete čiji se povratak traži, a ne generalno na kontekst u kojem živi određena populacija.³³ U ovom slučaju interes deteta da ne bude odvedeno iz uobičajenog mesta boravka bez garancija stabilnosti u novoj situaciji mora ustuknuti pred primarnim interesom svakog lica da ne bude izloženo fizičkoj ili psihičkoj opasnosti ili da bude dovedeno u

izuzetka visoko. Videti: Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm) [2002] EWCA Civ 908, HC/E/UKe 469.

²⁹ Videti: Siehr, K., *loc. cit.*, str. 215 - 216.

³⁰ Čl. 13. st. 1 (b). Haške Konvencije.

³¹ Videti: Caldwell, *loc. cit.*, str. 124.

³² Čl. 13. st. 1 (b). Haške Konvencije

³³ N° 03/3585/A, Tribunal de première instance de Bruxelles, HC/E/BE 547. str. 516.

nepovoljan položaj.³⁴ Ali, pored tih spoljnih događaja od rizika koji je "objektivan", ta nepovoljna situacija može biti i subjektivna. U ovom smislu i roditelj koji zahteva povratak može biti opasnost, ukoliko je bio nasilan prema detetu. U sudskoj praksi se ovaj izuzetak vrlo usko tumači kako ne bi ostao "mrtvo slovo na papiru", tj. nije dovoljan jedan, izolovan akt nasilja, već kontinuirano nasilje u prošlosti i opasnost ponavljanja u budućnosti da bi se mogao odbiti zahtev za povratak deteta po ovom osnovu.³⁵

Dakle, standard dokazivanja "nepodnošljive situacije" je generalno vrlo visok. Sudovi u Velikoj Britaniji³⁶, Austriji,³⁷ Australiji,³⁸ Kanadi,³⁹ Novom Zelandu,⁴⁰ Nemačkoj⁴¹ i SAD⁴² oklevaju da odbiju povratak deteta u slučaju nasilja u porodici. U sudskoj praksi SAD traži se da tvrdnje iz čl.13.st.1.b budu dokazane na "jasan i ubedljiv"⁴³ način saglasno zakonskim pravilima. Pri tome sudovi ili ignorišu izraz "nepovoljna situacija" iz čl.13.st.1.b, i svoje odluke baziraju uglavnom na dokazivanju postojanja "ozbiljne opasnosti od fizičkih i psihičkih povreda", ili je podvode pod izraz "ozbiljna opasnost od fizičkih ili psihičkih povreda."⁴⁴ Sudovi u Engleskoj i Velsu vrlo restriktivno interpretiraju izuzetak iz čl.13.1b. Oni, slično američkim sudovima, zahtevaju da dokazi budu

³⁴ U ovom smislu: Pérez-Vera, E., Explanatory Report on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction; United Nations Convention on the Rights of the Child, str. 433. Dostupno na: www.hcch.net/upload/expl28.pdf.

³⁵ Videti: DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AND THE ARTICLE 13 "GRAVE RISK" EXCEPTION IN THE OPERATION OF THE HAGUE CONVENTION OF 25 OCTOBER 1980 ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: A REFLECTION PAPER, (drawn up by the Permanent Bureau) str.18; *dostupno na*: www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf.

³⁶ Odluka Apelacionog suda u slučaju Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm) [2002] EWCA Civ 908, HC/E/UKe 469.

³⁷ Odluka Vrhovnog suda Austrije u predmetu 4Ob1523/96, Oberster Gerichtshof, HC/E/AT 561.

³⁸ Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane), HC/E/AU 294. Premda, može se reći da stavovi sudova u ovoj zemlji donekle variraju. Tako je u jednom slučaju sud odbio povratak deteta smatrajući da su ispunjeni uslovi koji se zahtevaju u čl. 13, al. 1. b. Sud konstatuje da bi povratak deteta (2. godine) u SAD predstavljao ozbiljnu opasnost za njega što bi ga dovelo u nepodnošljivu situaciju budući da bi se vratilo samo jer majka odbija da se vrati. State Central Authority of Victoria v. Ardito, 29 October 1997, Family Court of Australia (Melbourne), HC/E/AU 283.

³⁹ Odluka Apelacionog suda u Kvebeku u slučaju M.G. v. R.F., [2002] R.J.Q. 2132, HC/E/CA 762

⁴⁰ Odluka Višeg suda (Auckland), K.S. v. L.S. [2003] 3 NZLR 837, HC/E/NZ 770. U ovom slučaju jedan od sudija naglašava da se izuzetak iz čl.13,1b odnosi na dete i interesuje se za izuzetne situacije ili bilo koje druge kod drugih lica, pa i roditelja koji je dete odveo, izuzev ako to ne pogađa dete. U ovom slučaju majka je odvela dete iz Australije na Novi Zeland gde joj je potom otkriven kancer. Pravedajući se potrebom da nastavi tretman lečenja u toj zemlji odbila je povratak deteta.

⁴¹ Odluka Oberlandesgericht Dresden (Higher Regional Court, 10 UF 753/01, Oberlandesgericht Dresden, HC/E/DE 486. Premda su sudovi u Nemačkoj u ranijem periodu bili skloni liberalnijem tumačenju izuzetka iz čl.13.b. Videti: 17 UF 260/98, Oberlandesgericht Stuttgart, HC/E/DE 323.

⁴² Odluka Vrhovnog suda Konektikata, Judicial District of Hartford, Panazatou v. Pantazatos, No. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997, HC/E/USs 97

⁴³ Caro v. Sher, 296 N.J. Super. 594, 687 A.2d 354 (Ch. Div. 1996), HC/E/USs 100

⁴⁴ Navedeno prema: Weiner, M. H., *'Intolerable situations and counsel for children: Following Switzerland's example in Hague abduction cases'*, American University Law Review, Vol. 58, No. 2, pp. 334-403, at p. 345.

"jasni i neoborivi".⁴⁵ Na tom pravcu stoje i sudovi u Srbiji, gde iz jedne odluke Višeg suda u Valjevu proizilazi kako je ocena o ispunjenosti uslova za odstupanje od dužnosti vraćanje deteta izuzetna i "mora biti zasnovana na nedvosmislenim i čvrstim dokazima".⁴⁶

Osnovni cilj navedenog pristupa jeste da onaj ko je dete odveo ne izvuče nikakvu korist iz svog nezakonitog akta i da ne može računati da će posledica toga odvođenja biti stvaranje "ozbiljnog rizika" ili "nepodnošljive situacije" u slučaju povratka. Očigledno da pojedine zemlje kroz visoke standarde dokazivanja "nepodnošljive situacije" teže ka što restriktivnijoj primeni izuzetka iz čl.13. Oni, pri tome, smatraju da se najbolji interes deteta štiti upravo njihovim povratkom u zemlju uobičajenog boravišta. Pored ovoga, neke od njih, kao što to rade australijski sudovi, takav stav opravdavaju i tvrdnjom da „oni smatraju da se vrši povratak u zemlju uobičajenog boravišta, a ne jednom licu ili posebnom regionu”.⁴⁷ Istovremeno, sudovi na Novom Zelandu smatraju da naredba za povratak deteta u jednu zemlju nije naredba za vraćanje deteta roditelju i da ono ostaje pod odgovornošću centralnog organa u toj drugoj zemlji.⁴⁸

Ipak, neke druge zemlje, kao što je Francuska, naklonjene su jednom širem tumačenju navedenih izuzetaka iz čl.13.1.b.⁴⁹ Ovakav stav proističe najviše iz činjenice da sudovi, kao što je rečeno, navedene izuzetke iz čl.13.st.1b tumače iz ugla najboljeg interesa deteta.⁵⁰

U Konvenciji se ne definiše "nepodnošljiva situacija". Međutim izraz "ozbiljna opasnost" sugerise da je polje primene prilično usko i da najviše podseća na objektivni osećaj da bi za dete povratak bio nepodnošljiv.⁵¹ Zbog teškoće oko tumačenja izraza "nepodnošljiva situacija" Švajcarska je

⁴⁵ Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm) [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371, HC/E/UKe 269.

Slično je postupio i Savezni ustavni sud Nemačke kada je istakao kako "only unusually severe endangerment of a child's welfare, which appears to be substantial, specific and current, precludes a child's return. Hardship for the abducting parent generally does not constitute such prejudice. 2 BvR 1206/98, Bundesverfassungsgericht, 29.10.1998, HC/E/DE 233

⁴⁶ Viši sud u Valjevu, u odluci 23/11, nije uzeo u obzir nasilje koje je učinjeno prema roditelju koji je dete odveo, iako značajna istraživanja u društvenim naukama pokazuju da "postoji velika povezanost između partnerskog nasilja i problema dece, čak i onda kada ona nisu direktne žrtve. U tom smislu, Wolfe, D. A., Crooks, C. V., Lee, V., McIntyre-Smith, A. and Jaffe, P. G., "The Effects of Children's Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis and Critique", Clinical Child and Family Psychology Review, Vol. 6, No. 3, 2003, str. 171-187, na str. 182. ; Edleson, J.L., "Children's Witnessing of Adult Domestic Violence", Journal of Interpersonal Violence, Vol. 14, No. 8, str. 839-870, na str. 860-861 ; Edleson, J. L., "The Overlap Between Child Maltreatment and Woman Battering", Violence Against Women, Vol. 5, No. 2, 1999, str. 134-154, na str. 145.

⁴⁷ Kay, J., Australian journal of family law, novembre 2005, volume 19; Navedeno prema: J. Gillen, *loc. cit.*, str. 34-35.

⁴⁸ Gillen, *loc. cit.*, str. 34-35.

⁴⁹ Kasacioni sud, Cass Civ 1ère 25 janvier 2005 (N° de pourvoi : 02-17411), HC/E/FR 708

⁵⁰ Videti: Vassallo, B., *Présentation des instruments internationaux de coopération concernant l'enfance : conventions de la Haye sur les déplacements illicites d'enfants et sur l'adoption internationale, Bruxelles II bis*. Available at: www.ahjucaf.org/Presentation-des-instruments.html.

⁵¹ Weiner, *loc. cit.*, str. 375.

međunarodnoj zajednici predložila usvajanje jednog posebnog pravnog akta.⁵² Kako u tome nije uspjela, Švajcarskoj je ostalo da svoje savezno zakonodavstvo o prekograničnom odvođenju dece prilagodi principu "najboljeg interesa deteta". Tako je pomenuta država 21. decembra 2007. godine usvojila zakon o međunarodnom odvođenju dece i haškim konvencijama o zaštiti dece i odraslih kojim su određeni neki pojmovi iz Haške konvencije.⁵³ Shodno tome, u čl. 5 precizira kriterijum "nepodnošljivosti" iz čl.13.st.1. b, gde se kaže da ona postoji: a) kada smeštaj kod roditelja koji traži povratak očigledno nije u interesu deteta, b) kada roditelj koji traži povratak deteta s obzirom na okolnosti slučaja očigledno nije u stanju da se stara o detetu u državi gde ono ima uobičajeno mesto boravka (ili se iz opravdanih razloga od njega ne može zahtevati da tako postupi), ili c) kada smeštaj kod trećih lica nije u najboljem interesu deteta.⁵⁴

Posebno je pitanje kako tretirati situaciju kada je roditelj koji je odveo dete u opasnosti, a ne direktno dete. Kako uostalom razlikovati fizičku opasnost ili psihičku traumu koja se pričinjava detetu od one koja se čini roditelju. Zar ne postoji psihičko nasilje nad detetom ako svakodnevno posmatra kako jedan roditelj fizički zlostavlja drugog?

Što se tiče uporednog prava situacija je vrlo različita i ne postoji uvek isti stav, čak i u okvirima iste države. Tako je u jednom slučaju Parsons c. Styger,⁵⁵ doneta odluka o povratku deteta iz Kanade u Kaliforniju (SAD) budući da je nasilje od strane muža bilo upereno prema supruzi a ne detetu. Istovremeno, majka nije pružila dovoljno uverljive dokaze o nasilju prema njoj. Međutim u jednom drugom vrlo poznatom slučaju Pollastro c. Pollastro isti sud je odbio povratak deteta jer je majka, koja je dete odvela, uspjela dokazati da je bila žrtva nasilja od strane muža.⁵⁶ Prema ovoj odluci nasilje jednog roditelja prema drugom može dovesti dete u situaciju fizičke ili psihičke opasnosti čak i u situaciji kada se nasilje ne koristi direktno protiv njega. Počevši od ove odluke

⁵² Neposredni povod je bio "the Wood case". U ovom slučaju majka je svoje dvoje dece odvela iz Australije u Švajcarsku. Pošto je slučaj otkriven deca su joj oduzeta i smeštena u instituciju na godinu dana do povratka u Australiju. Kada je došlo vreme za povratak deca su prisilno uvedena u avion. Po dolasku u Australiju deca su ponovo smeštena u hraniteljsku porodicu budući da se otac nije mogao starati o njima. Majka se nije vratila u Australiju da ne bi bila krivično gonjena zbog otmice dece. U međuvremenu deca su promenila nekoliko hraniteljskih porodica. Konačno je australijski sud odlučio da se majci poveri vršenje roditeljskog prava i deca su vraćena u Švajcarsku. Ukratko deca su bila kod majke kao i pre otpočinjanja postupka za povratak, ali su preživela veliki stres tokom trajanja postupka.

⁵³ Zakon je dostupan na: www.admin.ch/ch/f/ff/2008/33.pdf. Za vreme zasedanja 5.sednice Specijalne Komisije Haške konvencije švajcarska delegacija je predložila ovaj tekst kao dopunu čl.13.st.b. Velikom većinom predlog je odbačen najviše zbog korišćenja izraza "najbolji interes deteta". To je protumačeno kao prvi korak ka širokom tumačenju navedenog izuzetka iz čl.13. SAD su smatrale da se upravo najbolji interes deteta ostvaruje kroz njegov povratak. Videti: Weiner, *loc. cit.*, str. 339-340.

⁵⁴ Upravo se na ovaj zakon pozvao Švajcarski federalni sud u jednoj od najnovijih odluka koje se tiču povratka deteta. Videti: 5A_479/2012, Ite Cour de droit civil, arrêt du TF 13 juillet 2012, HC/E/CH 1179.

⁵⁵ U pitanju je odluka Vrhovnog suda Ontaria : Parsons v. Styger (1989), 67 O.R. (2d) 1 (L.J.S.C.), aff'd (1989) 67 O.R. (2d) 11 (C.A.), HC/E/CA 16.

⁵⁶ Pollastro v. Pollastro [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.), HC/E/CA 373.

sudovi u Kanadi sve više prihvataju ideju da ozbiljan rizik po fizičko i psihičko stanje roditelja predstavlja takođe ozbiljan rizik za dete što opravdava primenu izuzetka iz čl.13.st.1b.⁵⁷

4. 2. Protivljenje deteta povratku u državu uobičajenog boravišta

Kada je u pitanju protivljenje deteta povratku, treba reći da se ovaj izuzetak često kombinuje sa drugim.⁵⁸ Konvencija o pravima deteta garantuje detetu koje je sposobno da formira mišljenje pravo da slobodno izrazi svoje mišljenje o svim pitanjima koje ga se tiču.⁵⁹ Mišljenje deteta, kao i u svim drugim postupcima, biće uzeto u obzir pod uslovom da je dete sposobno formirati mišljenje. Pri tome, od "najboljeg interesa deteta" zavisi kakav će se značaj dati mišljenju deteta, odnosno hoće li se navedeno mišljenje usvojiti.

Tvorci Haške konvencije bili su svesni značaja mišljenja deteta prilikom donošenja odluke o povratku u slučajevima prekograničnog odvođenja.⁶⁰ Tako, prema pomenutom međunarodnom ugovoru, "sudski ili administrativni organ može odbiti da naloži povratak deteta ako utvrdi kako se dete protivi povratku i da je dostiglo uzrast i stepen zrelosti u kojem je opravdano uzeti u obzir njegovo mišljenje".⁶¹

Treba reći da, za razliku od Pravila Brisela 2 bis,⁶² Haška konvencija ne priznaje izričito pravo deteta da bude saslušano. Ipak, iako se u Haškoj konvenciji ne pravi aluzija na potrebu direktnog saslušanja deteta, može se reći da su upravo ovi izuzeci inspirisani potrebom zaštite "najboljeg interesa deteta."⁶³ Utvrđivanje ovog interesa bez mišljenja deteta teško da je moguće.

⁵⁷ Videti: Apelacionog suda Kvebeka (Kanada), N.P. v. A.B.P., [1999] R.D.F. 38 (Que. C.A.), HC/E/CA 764.

⁵⁸ Najčešće se smatra kako jasno iskazano protivljenje deteta povratku može značiti kako bi se dete dovelo u "nepodnošljivu situaciju ukoliko bi se vratilo u državu uobičajenog boravišta. See, for example: The Ontario Court v. M. and M. (Abduction: Children's Objections) [1997] 1 FLR 475, [1997] Fam Law 227, HC/E/UKe 33; Re T. (Abduction: Child's Objections to Return) [2000] 2 FCR 159, HC/E/UKe 270.

⁵⁹ Videti: čl. 12. KPD.

⁶⁰ Videti, na primer slučaj W. v. W. 2003 SCLR 478, HC/E/UKs 508, gde škotski sud u kontekstu protivljenja deteta od 9 godina navodi da ukoliko je stav deteta sasvim definisan i snažno iskazan, predstavlja važan faktor u vršenju sudske diskrecije. Razlozi zbog koji dete nije htelo da se vrati u Australiju bili su: očevo ponašanje prema njoj i njenoj sestri bliznakinji dok su živeli u Australiji, strah da ne budu razdvojene od majke, želja da nastavi školovanje u Škotskoj.

⁶¹ Čl. 13. Haške Konvencije.

⁶² Ova Pravila je doneo Savet Evropske Unije. U Uredbi Saveta (EC) No 2201/2003 (Brussels II bis) u čl. 11. st. 2. predviđa se mogućnost da dete bude saslušano prilikom primene odredbi čl. 12 i 13. Haške Konvencije, izuzev ako bi to bilo nesaglasno sa njegovim godinama i njegovom zrelošću. Pravo deteta da slobodno izrazi svoje mišljenje predviđeno je i u Povelji o osnovnim slobodama Evropske Unije (2000/C 364/01) u čl. 24. st. 1.

⁶³ U prilog tome govori i sudska praksa. Tako, u obrazloženju odluke u slučaju Director General, Department of Community Services v. De Lewinski (1996) FLC 92-674, sudija Nicholson CJ navodi: "politika Konvencije se ne podriva saslušanjem onoga što dete ima reći i doslovnim shvatanjem izraza "protivljenje". To je zbog toga što sud treba načiniti kritičku procenu u pogledu uzrasta i zrelosti deteta, te da li se u okolnostima konkretnog slučaja može vršiti diskreciono ovlašćenje kojim se odbija povratak deteta." [[1996] FLC 92-674 at 83,017].

Bez obzira što je postupak hitan, budući da mora biti pravnosnažno okončan za šest nedelja, u slučajevima kada se ističe jedan od razloga za odbijanje zahteva za povraćaj mora se sprovesti dokazni postupak. U ovom pogledu u sklopu postupka mora se saslušati i dete, bez obzira što sud ne rešava meritorno pitanje vršenja roditeljskog prava.⁶⁴

Pored ovoga, na ovaj način se prihvata mogućnost da mišljenje deteta o svom povratku ili nepovratku može biti odlučujuće u situaciji ako po mišljenju suda ima dovoljno godina i ako je dovoljno zrelo. Detetu je tako data mogućnost da interpretira svoj sopstveni interes. Ova odredba može postati opasna ako bi se detetu direktno postavilo pitanje u pogledu povratka.⁶⁵ Ono izvesno može imati jasnu predstavu situacije ali koje takođe može biti pod velikim psihičkim pritiskom ako smatra da mora da bira između dva roditelja.⁶⁶

Kao što je rečeno, sudovi su u obavezi uzeti u obzir mišljenje deteta kada se dete suprotstavlja povratku a dostiglo je onaj uzrast ili stepen zrelosti u kojem je sposobno formirati mišljenje⁶⁷. Sud koji odlučuje o povratku deteta nije u ovom slučaju vezan njegovim iznetim mišljenjem. Iako mišljenje deteta predstavlja važan elemenat odluke, ono se ne može, međutim, pretvoriti u pravo apsolutnog veta.⁶⁸ Ovakvo mišljenje je zastupljeno u praksi sudova u Srbiji,⁶⁹ kao i Suda za ljudska prava u Strazburu.^{70/71} Sud može, ali i ne mora uvažiti

⁶⁴ I Specijalna Komisija za paktičnu primenu Haških Konvencija iz 1980. i 1996. godine (1 - 10 jun 2011) u svojim Zaključcima i Preporukama pozdravlja napore da se deci u skladu sa njihovim godinama i zrelošću pruži mogućnost da budu saslušana u postupku koji se vodi za njihov povratak prema Haškoj Konvenciji. Ovo bez obira na činjenicu da li se njegov povratak osporava na osnovu čl. 13. st. 2. Haške Konvencije (50). Specijalna Komisija takođe naglašava značaj potrebe da osoba koja razgovara sa detetom, bez obzira da li je to sudija, nezavisni stručnjak ili drugo lice, koliko god je to moguće, bude obučeno za ovaj zadatak. Specijalna komisija takođe prepoznaje potrebu da dete bude obavešteno, na način koji odgovara njegovom uzrastu i zrelosti, o postupku koji se vodi i njegovim mogućim posledicama.

⁶⁵ Elisa Pérez-Vera, *loc. cit.*, str. 433.

⁶⁶ U ovom pogledu ne sme se zanemariti i uticaj roditelja koji je dete odveo, odnosno sa kojim dete živi, sa čim se mora računati. Kao što se kaže u jednoj odluci suda u Liježu: "Iluzorno je verovati da će dete biti potpuno otporno na ono što misli ili kaže roditelj sa kojim živi...To ne znači da su stavovi deteta automatski sugerisani od roditelja kada ide u istom pravcu. N° de rôle: 02/7742/A, Tribunal de première instance de Bruxelles, 27/5/2003, HC/E/BE 546.

⁶⁷ Prema Porodičnom zakonu Republike Srbije dete ima pravo veta na odluku o povratku samo ako ima 15 godina i sposobnost za rasuđivanje. Ovo proizlazi iz odredbe člana 60. st. 2. Porodičnog zakona RS prema kojoj "dete koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje može odlučiti sa kojim će roditeljem živeti".

⁶⁸ U slučaju *Cass Civ 1ère 8 Juillet 2010*, N° de pourvoi 09-66406, HC/E/FR 1073, francuski kasacioni sud je istakao da iako je dete dovoljno zrelo (14 godina) i ako se suprotstavlja povratku, sama činjenica suprotstavljanja nije dovoljna da se spreči povratak.

⁶⁹ Tako u jednoj odluci Vrhovni sud Srbije nije prihvatio formirano mišljenje deteta od 9 godina da ne želi vidati svoga oca smatrajući da to nije u njegovom najboljem interesu; *Judgement, Review 930/09* od 16. aprila 2009. godine, objavljena u *Case-law Bulletin, 2/2009*, str. 44 - 46.

⁷⁰ Kao što se kaže u odluci Suda u Strazburu ECtHR, *C. v. Finland*, 9. maj 2006 (Appl. no. 18249/02), par. 58. U ovom slučaju podnosilac zahteva, Švajcarski državljanin, je imao dvoje dece (od 10 i 11 godina) u braku sa finskom državljanicom, koja su posle razvoda poverena majci. Nakon toga majka se sa decom preselila u Finsku gde zasnivala vanbračnu zajednicu. Podnosilac zahteva je ostao da živi u Švajcarskoj, ali je i dalje održavao lične odnose sa decom. Posle smrti majke prvostepeni sud u Finskoj je doneo odluku da se deca povere ocu, ali je Vrhovni sud

mišljenje deteta u odnosu na sve druge elemente na osnovu kojih se odlučuje o povratku deteta.⁷² Protivljenje deteta povratku u zemlju uobičajenog boravišta ovom slučaju, dakle, nije odlučujuće prilikom donošenja odluke već bi trebalo utvrditi i motivaciju ovakvog stava deteta.⁷³ Nerealno je očekivati da roditelj ne vrši bilo kakav uticaj na dete. Pitanje je samo da li je taj uticaj neuobičajeno veliki.⁷⁴ U tom smislu, ako se dokaže kako je protivljenje deteta povratku u državu uobičajenog boravišta rezultat uticaja roditelja koji je dete odveo, mišljenje deteta neće biti uvaženo.

Ipak, treba imati u vidu kako pravo deteta na mišljenje predstavlja jedno od najznačajnijih iz kataloga prava deteta prema KPD.⁷⁵ Zbog toga će protivljenje deteta, kao izuzetak od obaveze povratka, verovatno vršiti sve veći pritisak na mehanizam Haške konvencije.

4.3. Adaptacija deteta u novoj sredini

Činjenica da procenu najboljeg interesa deteta prvenstveno vrši organ države u kojoj dete ima uobičajeno mesto boravišta deteta ne znači da taj isti interes u nekim slučajevima neće nalagati da dete ostane u novoj sredini u koju je dovedeno. U slučaju da se dete integrisalo u novu sredinu neposredni cilj Haške konvencije povratka deteta u zemlju uobičajenog boravišta ne može biti postignut i tada više ne važi pretpostavka kako je ta zemlja u najboljoj poziciji da reši spor.⁷⁶ Stoga, ciljevi Haške konvencije moraju biti analizirani u skladu sa okolnostima svakog slučaja i interesima deteta.

Prema tome, da bi se mogao primeniti izuzetak iz čl.12. st.2. Konvencije potrebno je da sud pronikne u situaciju u kojoj se dete našlo u novoj sredini i da je interpretira u svetlu njenih ciljeva. Primena ovog izuzetka dolazi u obzir samo u situaciji ako je od momenta nezakonitog odvođenja do postavljanja zahteva za

promenio odluku obrazlažući je željom dece da ostanu u Finskoj i žive sa partnerom umrle majke. Podnosilac zahteva je reklamirao povredu čl.8. Konvencije, smatrajući da ima prednost u pogledu staranja o detetu tim pre što je sve vreme održavao odnose sa njima. Sud u Strazburu smatra da je odluka Vrhovnog suda motivisana jedino željom dece da ostanu u Finskoj bez razmatranja ostalih faktora, pre svega prava podnosioca zahteva kao oca, dajući tako mišljenju deteta značaj unconditional veto. Na osnovu svega Sud je zaključio da nisu dovoljno poštovana prava svih učesnika u postupku te je stoga jednoglasno zaključio da postoji povreda prava iz čl.8. Konvencije.

⁷¹ Videti: Krenc, F. et Puechavy, M., *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, str. 86.

⁷² U jednoj odluci Vrhovnog suda Republike Srbije nije uzeto u obzir mišljenje deteta od 16 godina, sposobnog da formira svoje mišljenje, kako sud u obrazloženju kaže jer "dete očigledno nije u mogućnosti da shvati šta je u njegovom najboljem interesu, zbog čega mu je potrebna pomoć...". Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1368/2008 od 28. maja 2008. godine, objavljena na Paragraf lex, mrežna verzija.

⁷³ U Brussels II bis Regulation (čl. 11. st. 5.) se predviđa da se ne može odbiti povratak deteta bez saslušanja lica koje je zahtevalo njegov povratak.

⁷⁴ U jednom slučaju sud je stekao takav utisak budući da je dete od 16 godina u toku postupka saslušanja koristilo izraz "settled". Videti: *Robinson v. Robinson*, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo. 1997), HC/E/USf 128.

⁷⁵ Videti: Fortin, J., op. cit, str. 42.

⁷⁶ Ovo je istakla Baroness Hale u presudi *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UKe 937.

povratak administrativnom ili sudskom organu države u kojoj se dete nalazi proteklo više od godinu dana.⁷⁷ Ako dete živi u stabilnoj porodičnoj sredini, odnosno ako se integrisalo u njoj, tada će sa stanovišta zaštite njegovih najboljih interesa u nekim slučajevima biti najbolje da tu i ostane. No, ovo ne znači da se povratak deteta ne može narediti i ako se integrisalo u novu sredinu jer bi suprotno postupanje sudskih ili administrativnih organa u nekim slučajevima bilo protivno "najboljem interesu deteta". Da je takva namera tvoraca Konvencije bila oni bi to izričito i rekli.⁷⁸ U odsustvu ovakve izričite odredbe u Konvenciji treba uzeti da sud raspoláže sa diskrecionim pravom da u ovom slučaju naredi povratak deteta.⁷⁹

Retke su odluke u sudskoj praksi prema kojima se odluka o nevraćanju deteta zasniva isključivo na članu 12. Haške konvencije. Uglavnom se integracija deteta u novoj sredini kao razlog odbijanja ističe u kombinaciji sa drugim izuzecima. Jedna od ovakvih prvih odluka doneta je od strane američkog suda u slučaju *Wojcik v. Wojcik* još iz 1997. godine.⁸⁰ U ovom slučaju je proteklo 18 meseci od momenta odvođenja deteta do početka sudske procedure za njegovo vraćanje.⁸¹ U nekim slučajevima roditelj skriva dete u novoj sredini, ponekad mu čak menja i identitet. Ta činjenica ne dovodi do zastoja roka predviđenog u čl.12. Haške konvencije, ali je važna kod dokazivanja integracije deteta u novu sredinu.⁸² U svakom slučaju, kako proističe iz postojeće sudske prakse nacionalnih sudova, što je vreme integracije deteta u novoj sredini kraće to dokazi za nju moraju biti što solidniji.⁸³ U sudskoj praksi je pojam integracije deteta nejednako tumači. Neki ovaj pojam tumače isključivo u jezičkom smislu reči i pri tome pored integracije deteta u novu sredinu kao razlog odbijanja zahteva za povratak ističu i da to nije u skladu sa najboljim interesima deteta.⁸⁴ Druge zemlje ovaj pojam tumače u skladu sa ciljevima Haške konvencije. Brojnije su ove druge zemlje. U ovim slučajevima sudovi se izričito ne bave pitanjem zaštite najboljeg interesa deteta. Roditelj koji je dete odveo mora

⁷⁷ Čl. 12. st. 1. Haške Konvencije.

⁷⁸ Za baronesu Hejl na ovo upućuje formulacija "shall ...unless" iz člana 12. Haške Konvencije. Videti: *Abduction: Rights of Custody* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UKe 937.

⁷⁹ Međutim, u nekim sudskim odlukama se može naći stav da sud nema nikakvo diskreciono pravo u slučaju primene čl.12. st.2, već da se u tom slučaju Haška konvencija neće biti primenjena, odnosno dete neće biti vraćeno. Videti: *State Central Authority v. Ayob* (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567, HC/E/AU 232.

⁸⁰ *Wojcik v. Wojcik*, 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997), HC/E/USf 105; Od novijih treba pomenuti: *Kubera v. Kubera*, 2010 BCCA 118, HC/E/CA 1041.

⁸¹ Sud nije prihvatio argumentaciju oca koji je tražio povratak deteta da procedura za vraćanje počinje u momentu kada je njegov zahtev prosleđen Centralnom organu SAD. Na isti način momenat otpočinjanja procedure protumačen je i u odluci Apelacionog suda u Kanadi u slučaju *V.B.M. v. D.L.J.* [2004] N.J. No. 321; 2004 NLCA 56, HC/E/CA 592 [26].

⁸² *Re C. (Abduction: Settlement)* [2004] EWHC 1245, HC/E/UKe 596.

⁸³ Kako se može zaključiti iz odluke *Perrin v. Perrin* 1994 SC 45, HC/E/UKs 108.

⁸⁴ *France, Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 décembre 2006, 06-13177; Secretary, Attorney-General's Department v. T.S.* (2001) FLC 93-063, HC/E/AU 823; 7Ob573/90 *Oberster Gerichtshof, 17/05/1990, HC/E/AT 378; Präsidium des Bezirksgerichts St. Gallen (District Court of St. Gallen), decision of 8 September 1998, 4 PZ 98-0217/0532N, décision du 8 Septembre 1998, 4 PZ 98-0217/0532N, HC/E/CH 431.*

dokazati ne samo da se dete adaptiralo na novu sredinu već da je u nju integrisano. Integracija podrazumeva ne samo fizički odnos sa zajednicom i sredinom, već i emocionalnu sigurnost i stabilnost deteta u toj novoj sredini, kao i očekivanje da će tako i ostati u budućnosti. Izuzetak predstavlja odluka House of Lords u *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* koja u tumačenju pojma integracije polazi od najboljeg interesa deteta,⁸⁵ koji će, kako se ističe u odluci, u skladu sa neograničenom diskrecijom suda, u nekim slučajevima biti uzeti u obzir u nekima ne. Interes deteta da ostane u sredini u kojoj se integrisalo mora biti tako jak da prevazilazi ciljeve Konvencije prema kojima sud uobičajenog mesta boravišta jedini može odlučiti o budućnosti deteta.⁸⁶

5. Zaključak

U Haškoj Konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece se insistira na uspostavljanju ranijeg stanja koje je postojalo do momenta odvođenja deteta, tj. njegov povratak u uobičajeno mesto boravka. Međutim, opravdano se može postaviti pitanje da li je povratak deteta uvek u "najboljem interesu deteta", što je jedan od osnovnih principa iz Konvencije o pravima deteta, koji mora biti uvek primenjen u postupcima kada se odlučuje o njegovim pravima. Postoji realna bojazan da pozivanje na jedan ovakav krajnje neodređen i širok princip može postati za sud samo izgovor da ne primeni pravo, odnosno, zgodno opravdanje za svaku sudsku odluku, naročito onu kojom se odbija povratak deteta u zemlju u kojoj dete ima "uobičajeno boravište".

S toga osnovni problem kod primene principa "najboljeg interesa deteta" u okvirima Haške Konvencije predstavlja ostvarivanje ravnoteže između hitnog povratka deteta u slučaju prekograničnog odvođenja, uz uvažavanje pravnog poretka države uobičajenog boravišta deteta, i poštovanja principa koji zahteva prilagođavanje interesa svih ostalih pravnih subjekata interesu deteta. Ravnoteža je nužna kako bi se u izvesnom smislu postigao kompromis između ciljeva Haške Konvencije i principa "najboljeg interesa deteta".

Ovo se može postići samo ako se uspostavi pravna pretpostavka kako je u "najboljem interesu deteta" u slučaju nezakonitog prekograničnog odvođenja da bude vraćeno u državu uobičajenog boravišta. Izuzeci od navedene opšte obaveze povratka deteta formulisani u Haškoj konvenciji nisu ništa drugo nego osnovi za obaranje pomenute pretpostavke. Prema tome, neće biti u najboljem interesu deteta ako bi se u slučaju njegovog povratka postoji ozbiljna opasnost da će dete biti dovedeno u nepodnošljivu situaciju, ako se dete protivi povratku u državu uobičajenog boravišta i ako se dete adaptiralo u novoj sredini. S obzirom da iskazivanje "najboljeg interesa deteta" putem pretpostavki sužava diskrecioni prostor pravnih subjekata koji navedeni princip primenjuju, ovi izuzeci

⁸⁵ *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UKe 937.

⁸⁶ *Soucie v. Soucie* 1995 SC 134, HC/E/UKs 107.

predstavljaju preostali diskrecioni prostor za individualnu, odnosno istinsku primenu "najboljeg interesa deteta".

Dr sc. Zoran Ponjavic, full professor
Mr. sc. Veljko Vlaskovic, assistant professor
Law Faculty, University of Kragujevac
Republic of Serbia

THE CONCEPT "THE BEST INTEREST OF THE CHILD" WITHIN THE HAGUE CONVENTION OF THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Summary: This paper discusses the application of the principle "the best interest of the child" as one of the major principles within the Hague Convention of the civil aspects of international child abduction. The question is raised whether the child's return is always "in his best interest". The indefinite nature of the phrase "in the best interest" is actually the result of the circumstances that this principle is very individual by its character, and that its content is shaped by each individual case. Therefore, the bodies that apply the principle "in the best interest" have large discretionary powers. The author here expresses his concern that resorting to such an indefinite and broad principle may become an excuse for not applying the law that is a suitable justification for any kind of decision, especially the one which denies the return of the child to its state of residence. He also presents the arguments that support this concern and that can jeopardize the system established by the Hague Convention.

It is concluded that the legislators cannot establish what is the best interest of the child in each particular case, but that certain prerequisites can be determined within a set of general rules. Such prerequisites would serve to facilitate the application of the principle "the best interest of the child" and to minimize the arbitrariness of the subjects in applying their discretionary powers. And the preamble of the Hague Convention itself establishes a legal prerequisite that in the case of illegal international child abduction, it is in the best interest of the child to be promptly returned to his state of habitual residence.

The exceptions from this general obligation that the child should be promptly returned are, nothing else, but the grounds for contesting this prerequisite. Therefore, the realization of the concept "the best interest of the child" within this Hague Convention may be only viewed through the prism of the relationship between this general obligation that the child should be promptly returned and the grounds for contesting this obligation, that is the exceptions from this obligation.

Bearing in mind the above said, it will not be in the child's best interest if his return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation, if the child objects to being returned to his habitual place of residence and if the child has been well adjusted in new environment. The author finally concludes that the stated exceptions should be interpreted in a very narrow sense in order not to destroy the entire mechanism foreseen by the Hague Convention.

Key words: the Hague Convention, child's abduction, the best interest of the child, legal prerequisite, exceptions

VJERSKI ODGOJ, PRAVA DJETETA I OBREZIVANJE DJECE

Vjerski odgoj djece i obrezivanje djece prati ovu civilizaciju doslovno od početka pisanih i kolektivnih sjećanja. Ono što je krajnji domet prava su načela pluralizma, tolerancije i slobodoumlja na kojima bi trebalo dosljedno djelovati. Čini se nemogućim ostvariti odgodu bilo kojeg vjerskog utjecaja na djecu dok ne dostignu punu zrelost odlučivanja kako bi mogla ostvariti svoje pravo na izbor kao razborita ljudska bića. Sloboda izbora vjeroispovijedi kao izvornog prava djeteta je utopija. Primjer obrezivanja potvrđuje da su suvremene pravne države nemoćne čak i u slučajevima kad vršenje religijskih čina predstavlja zadiranje u tjelesni integritet djeteta. Pokušali smo pojasniti razliku u sadržajima čina kojima se zadire u tjelesni integritet muške djece uporabom termina obrezivanje. U slučaju zadiranja u tjelesni integritet djevojčica doista treba koristiti "težu" terminologiju budući se radi o sakaćenju i povredi ljudskih prava.

Ključne riječi: prava djeteta, vjerski odgoj, obrezivanje

1. Univerzalnom deklaracijom o pravima čovjeka 1948. godine proglašeno je da roditelji prije svih imaju pravo izabrati obrazovanje koje će dobiti njihova djeca. Deklaracija o uklanjanju svih oblika netrpeljivosti i diskriminacije utemeljena na religiji ili uvjerenjima iz 1981. u članku 5 propisuje da roditelji, odnosno staratelji djeteta, imaju pravo ustrojiti obiteljski život sukladno svojoj religiji ili uvjerenjima imajući na umu moralni odgoj djeteta u koji oni vjeruju. Povijesni korijeni univerzalizma ljudskih prava koje je uslijedilo nakon Drugog svjetskog rata zapravo su odgovor na velike totalitarne sustave dvadesetog stoljeća koji su imali istovjetan negatorski odnos prema religijama.¹ Samo ime Univerzalne (opće) deklaracije o ljudskim pravima upućuje na razumijevanje, uvažavanje i toleranciju, a isključuje fundamentalizam kršćana, muslimana, židova, sika, hindusa... Pedeset godina globalizacije kao društvenog eksperimenta nakon 11. rujna 2001. dokazalo je da univerzalizam nije porazio ni ukinuo fundamentalizam. Kao da su ideali bili nerazumno, nedostižno visoko postavljeni, na žalost fundamentalizam se danas poistovjećuje sa strahom od terorizma.

Kraj Drugog svjetskog rata značio je na prostoru tadašnje FNJR, a zatim SFRJ, brutalan politički obračun s povjesnim utjecajem religija. Odvojenost crkve od države kao politički cilj, ostvarivala se kognitivnim normama u svim granama prava uključujući i porodično pravo. Međutim totalitarizam nije mogao ostvariti politički cilj iskorjenjivanja svakog traga religijama koje su oblikovale

¹ Marty E. M, *Religious Dimensions of human Rights*, Emory International Law Review, 10, 1996., str. 98.

povijesni identitet nacija na prostorima bivše države. Devedesetih godina dvadesetog stoljeća uslijedilo je doslovno eksplozivno pražnjenje nakupljenih frustracija. Potvrdilo se da religije nisu nimalo izgubile na značaju i važnosti, nego upravo suprotno. Potiskivanje religija značilo je bujanje netolerancije, nepoznavanja, nerazumijevanja. Razvijeniji svijet ipak neznatno odmaknuo prema univerzalizmu, suživotu i toleranciji, a na ovim su se prostorima događali etnički sukobi i genocid.

Nakon faze ideološkog totalitarizma trebala je uslijediti faza vladavine prava koju je mnogo lakše deklaratorno obznaniti nego ostvariti u sustavu normi i sudskoj praksi suvremenih demokratskih država. Poražavajuća je činjenica da je pedeset godina socijalističko-komunističkog univerzalizma glede moralno-političkog odgoja djece dovelo devedesetih godina dvadesetog stoljeća do, kako Földesi zaključuje, vjerskog rata u Bosni između pravoslavaca i muslimana. Budući da su religijski i etnički identitet neizmjerljivo povezani, svaki je etnički sukob u pravilu ujedno i religijski sukob.²

2. Europski sustav zaštite ljudskih prava utemeljen je na Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine koja je s pripadajućim Protokolima od 1997. godine dio pravnog sustava Republike Hrvatske.³ Očekivano je preuzeta stilizacija iz Opće deklaracije o pravima čovjeka, o pravu čovjeka na slobodu misli, savjesti i vjeroispovjedi. Protokol br.1 Europske konvencije sadrži stilizaciju prema kojoj će se u svezi odgoja i poučavanja djece poštivati pravo roditelja na poučavanje u skladu s njihovim vjerskim i filozofskim uvjerenjima.⁴ Europski sustav zaštite ljudskih prava karakterizira dinamična interpretacija Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine u praksi Europskog suda za ljudska prava. Glede vjerskog odgoja djece treba spomenuti Protokol br.1. koji predviđa da će država javnim školskim sustavom omogućiti ostvarivanje prava roditelja na odgoj i obrazovanje u skladu s vlastitim filozofskim i vjerskim uvjerenjima. Europski sud za ljudska prava u nekoliko je navrata odlučivao o zahtjevima roditelja glede ostvarivanja njihovih prava i dužnosti u odgoju djece. Treba napomenuti da se uvijek radilo o roditeljima koji su tražili zaštitu svojih prava na odgoj i obrazovanje djeteta, a ne same djece. Roditelji su temeljili zahtjeve na povredi prava iz čl.2 Protokola br.1 koji obvezuje države na poštivanje prava roditelja na obrazovanje i poduku djece u skladu s osobnim vjerskim i filozofskim uvjerenjima. Sud je uvijek polazio od temeljnog načela da su roditelji prije svih odgovorni za odgoj i obrazovanje djece, te da su roditelji

² Földesi T, *Religious Human Rights in Eastern Europe*, Emory International Law Review,10, 1996., str.136.

³ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br.1, br.4, br.6, br.7 i br.11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, 18/1997 i 6/1999.

⁴ Hlača N; Popović P, *Pravo djeteta na slobodu savjesti i vjeroispovjedi*, Bogoslovska smotra, 79,2009., 2, str. 287.

Jakovac-Lozić D, *Dijete kao titular prava na slobodu savjesti, vjerskog ili drugog uvjerenja*, Zbornik radova PFS, 39,2002., str.33-48.

ovlaštenu tražiti od države uvažavanje njihovih vjerskih i filozofskih uvjerenja. Slijedom toga sud je zauzeo stajalište da su roditelji ovlaštenu uskratiti djetetu vjersku nastavu u školi ukoliko se radi o pripadnosti različitoj vjeroispovjedi.⁵ Unazad nekoliko godina učestali su sporovi u svezi s pravom na slobodu iskazivanja religijske pripadnosti djece u mješovitim brakovima. Organi Konvencije polazili su od prava roditelja iz čl.2 Protokola da u odgoju djece polaze od vlastitih religijskih uvjerenja pokušavajući to pravo uskladiti s pravom oba roditelja na jednakost u odgoju djeteta.

Kraljevina Norveška primjer je vjerski ekskluzivne države. Norveški Ustav propisuje da je Evangeličko luteranska crkva službena državna religija i da su građani obvezatni odgajati djecu u toj vjeri. Do 1997. godine roditelji su mogli odlučivati o pohađanju nastave vjeronauka. Izmjenom nastavnog programa uvedeni su jedinstveni sadržaji predmeta koji je obuhvaćao kršćanstvo, religiju i filozofiju. Roditeljima je tada bilo znatno teže odlučiti koje nastavne sadržaje ne smatraju primjerenim s obzirom na obiteljski religijski odgoj. U postupku pokrenutim pred Europskim sudom za ljudska prava u svezi s tom problematikom protiv Kraljevine Norveške sud je u smislu članka 2. Protokola br.1 potvrdio pravo na autonomiju roditelja i obvezu države da dosljedno i kritički ostvaruje u praksi programske sadržaje predmeta koji se dotiču religijskih sadržaja na objektivan i pluralistički način.⁶ Uporište za vjerski odgoj djece u Ujedinjenom Kraljevstvu prebacuje se na zaštitu prava manjina. Roditelji imaju pravo tražiti isključenje djeteta iz vjerskih sadržaja školskih programa.⁷

Veerman i Sand zaključuju da vjera uvelike utječe na život djece, ali da to pitanje nije podrobno razmatrao UN Odbor za prava djece, kao ni stručnjaci koji se bave zaštitom i promicanjem prava djece.⁸ Autori zaključuju da su prava djece i vjera zbog sadržaja čl. 14 Konvencije UN o pravima djeteta kontroverzni i da bi trebalo biti jasno da dijete ostvaruje pravo na slobodu vjere. Međutim, ističu da je to rješenje protivno Međunarodnoj konvenciji o građanskim i političkim pravima i Deklaraciji o svim oblicima diskriminacije u kojima se naglašava pravo i sloboda roditelja da osiguraju vjerski i moralni odgoj djeci sukladno svojim vlastitim nazorima.⁹

Konvencija UN o pravima djeteta iz 1989. godine balansira između najboljeg interesa djeteta i rastućih, razvijajućih sposobnosti djece da izraze svoje interese i želje što bi moglo dovesti do toga da dijete izabere drugu vjeru različitu od one svojih roditelja. "U radnoj grupi koja je pripremala nacrt Konvencije postojala je svijest da u mnogim zemljama dijete slijedi religiju

⁵ Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57509>, (10.1.2014.)

⁶ Case of Folgerø and others v. Norway, application no.15472/02, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-81356>, (10.1.2014.)

⁷ Cumper, P, *Religious Human Rights in the United Kingdom*, Emory International Law Review,10,1996, str.120.

⁸ Veerman P; Sand C, *Religion and children's rights*, The International Journal of Children's Rights, 7, 1999, str. 385.

⁹ *Op.cit.*, str.386.

svojih roditelja, napose u islamskim zemljama i stoga je radna grupa bila svjesna da će te članice UN predstavljati znatne poteškoće u primjeni konvencije".¹⁰ U Maroku i Alžiru, primjerice, Islam je državna religija, a u Kraljevini Norveškoj Evangeličko luteranska.

Pred Vrhovnim sudom Izraela vođen je 1993. godine postupak glede vjerskog odgoja djeteta čija je majka nakon razvoda braka postala Jehovin svjedok. Budući da je Izrael židovska država, Vrhovni je sud rangirao interese stavljajući na prvo mjesto interese židovske države, zatim djeteta i na kraju tek roditelja, Načelo najboljeg interesa djeteta tumačeno je u tom slučaju u kontekstu društvenih normi zajednice u kojoj je dijete rođeno i odrasta, a budući da se radilo o malom djetetu njegove želje nisu mogle bit uzete u razmatranje.¹¹ Europski sud za ljudska prava u sličnom je slučaju 2003. godine (Martinez v. France) zaključio da dodjeljivanje djece ocu nakon razvoda braka, samo zato što je majka bila Jehovin svjedok, predstavlja diskriminaciju.¹²

Ujedinjeni narodi svojom su politikom nastojali nametnuti određeni univerzalizam protivno povijesnom utjecaju religija. Međutim, i u tom kontekstu dječjih prava neizbježna je prijelomnica 11. rujna 2001. Postavljamo pitanje, nije li taj dan dokaz neprimjerene globalizacije koju upravo države s velikim značajem religija nisu spremne podržavati. Primjerice, ostaje otvorenim i pitanje kako s religijskim slobodama povezati one koji još uvijek žive u čvrstom kastinskom sustavu Hinduizma.¹³ Zapostavljenim se čini religijski univerzalizam svih velikih religija koji polazi od dostojanstva, integriteta ljudskih bića i od posebnih dužnosti prema osobama koje pate.¹⁴ Doista je nemoguće bilo predvidjeti da će početak dvadeset i prvog stoljeća obilježiti takvo bujanje religijskog fanatizma pri kojem se zapravo gubi svaki smisao normi o religijskim slobodama djece. Pitanje je kakva će biti i hoće li uslijediti jedna racionalna evolutivna interpretacija teksta Konvencije UN o pravima djeteta u tom delikatnom segmentu prava djeteta na slobodu vjerskih uvjerenja. Stoga se razumnim čini "korak natrag" za izgradnju toleratnijeg društva koje polazi od Deklaracije UN iz 1981. godine o eliminiranju svih oblika diskriminacije temeljene na vjerskim uvjerenjima.¹⁵ Čini se da na značaju dobiva kategorija tolerancije kao apsolutna vrijednost koju je među pripadnicima različitih religija moguće graditi tek ako osoba postane svjesna važnosti religija u suvremenim društvima ili koja je duboko svjesna spoznaje o vlastitoj (ne)religioznosti. Zastrašujuće predskazujuće djeluje misao da će čovjek 21. stoljeća bit religiozan ili ga neće biti. Da bi shvatio i spoznao, a u ovom globaliziranom

¹⁰ *Op.cit.*, str.387.

¹¹ *Op.cit.*, str.388.

¹² Lo Giacco M. L., *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica – febbraio 2007, str.16. Autorica navodi i slučaj iz prakse Europskog suda za ljudska prava Hoffman v. Austra iz 1993. zbog odluke suda da se dijete nakon razvoda braka dodjeli roditelju koji nije jehovin svjedok.

¹³ Veerman, *op.cit.*, str.391.

¹⁴ Veerman, *op.cit.*, str.390.

¹⁵ Veerman, *op.cit.*, str. 392-393.

svijetu i živio s ljudima koji su još uvijek duboko religiozni i deklarirani, "ateist, agnostik i/ili humanist" mora proniknuti u tajne religijskog pogleda na svijet.

Suvremena pravna država pokušava uspostaviti balans između religijskih sloboda roditelja i najboljeg interesa djeteta. Vjerska uvjerenja roditelja mogu ugroziti najbolji interes djeteta napose prilikom izbora načina i metoda liječenja djece koji su protivni religijskom svjetonazoru roditelja i čini se da je tek spašavanje života djeteta ona granica autonomije roditeljskog prava koju je spremna prijeći suvremena pravna država. Španjolski je Ustavni sud 2002. godine, razmatrajući osuđujuću presudu izrečenu roditeljima zbog ubojstva djeteta koji su kao Jehovini svjedoci odbili davanje transfuzije krvi trinaestogodišnjem djetetu, zaključio da nema osnove za kazneni progon roditelja. Budući da je i dijete bilo Jehovin svjedok sud je ukinuo osuđujuću presudu roditeljima priznajući maloljetniku punu slobodu odlučivanja polazeći od njegovih vjerskih uvjerenja.¹⁶

3. Evanđelje po Luki 2.21. «Isus postaje član Božjeg naroda – Kad prođe osam dana, i kad je Dijete trebalo obrezati, nadjenuše mu ime Isus, kako ga je nazvao anđeo još prije nego se začne».¹⁷ Obrezivanje muške djece povijesni je, ali i suvremeni primjer vršenja obrednih religijskih čina neposredno nakon rođenja djeteta. Muslimani i Židovi polaze od neprikosnovenog prava utemeljenog na moralnoreligijskim dužnostima da nad svojom muškom djecom obave obred obrezivanja. Obrezivanje muške djece gotovo da se i ne smatra "medicinskim zahvatom" već činom ostvarivanja vjerskih sloboda roditelja. Teško je u tom kontekstu uopće spominjati prava djeteta na zdravlje i na zabranu neovlaštenog zadiranja u njegov tjelesni integritet ili pravo djeteta na slobodu izbora vjeroispovijedi. Imaju li djeca s tim u svezi uopće neka prava? Vršenje obrezivanja kao čina religijske obveze teško je spojivo s obaviještenim pristankom (engl. Informed Consent) koji je prihvaćen kao temeljni kriterij dopustivosti zadiranja u tjelesni integritet.

Kad je Švedska 2001. godine propisala da obrezivanje mogu vršiti samo licencirani liječnici, protestirala je Židovska zajednica tvrdeći da se time krše religijske slobode duboko ukorjenjene u tradiciji njihove vjere. Muftija Ševko ef. Omerbašić u prilogu o Islamu i duhovnosti djeteta objavljenom u Hrvatskoj 2006. godine piše: «Dva tjedna nakon rođenja djeteta obično se vrši obred obrezivanja ili cirkumcizije, u islamskoj terminologiji nazvan el-hitan. Taj je obred roditeljima propisao Božji poslanik. Prilikom obrezivanja roditelji obavezno žrtvuju ovna ili ovcu ili kozu, a meso žrtve se dijeli siromašnima i potrebitima. Treba napomenuti da je obred obrezivanja preuzet od Božjeg poslanika Ibrahima (Abrahama), alejhis-selam.»¹⁸

Sukob roditelja, pripadnika različitih vjeroispovijedi, glede vjerskih sadržaja odgoja zajedničke djece u pravilu se očituje nakon razvoda braka. Sud u Francuskoj, u Parizu 2000. godine osudio je na novčanu kaznu oca koji je obavio cirkumciziju, dok je dijete bilo kod njega na susretima i druženju, bez

¹⁶ Lo Giacco, *op.cit.*, str.20.

¹⁷ Biblija, Kršćanska sadašnjost, Zagreb 1991.

¹⁸ Muftija Ševko ef. Omerbašić, *Islam i duhovnost djeteta*, 8, Dijete i društvo,2,2006., str.546.

pristanaka majke kojoj je dijete bilo povjereno nakon razvoda braka.¹⁹ Sud u Velikoj Britaniji 1999. godine također je presudio da nakon razvoda braka otac musliman ne smije bez suglasnosti majke koja je bila kršćanske vjeroispovjedi obaviti obrezivanje dječaka. U obrazloženju je navedeno da je odluka donesena procjenom važnosti okruženja i religije u kojoj će dijete odrastati, te u ovom slučaju nisu uvažena religijska shvaćanja oca.²⁰

Pravo na izvršavanje religijskih sloboda u vršenju obrednih čina ipak može biti ograničeno. U Italiji je 9. siječnja 2006. godine usvojen Zakon br.7 kojim su predviđene sankcije za vršenje infibulacije, sakaćenja ženskih spolnih organa koje prakticiraju muslimanski doseljenici iz sjevernoafričkih zemalja.²¹ Za obavljanje infibulacije predviđena je kazna od četiri do dvanaest godina zatvora, a kazna se povećava za jednu trećinu ako je zahvat izvršen nad maloljetnicom. Sankcija pogađa i liječnike koji gube licencu na deset godina. Budući da se ti zahvati obično vrše u zemljama iz kojih potječu doseljenici, predviđa se kazna i za počinitelje, odnosno roditelje maloljetnika koji su bili suglasni da se taj gotovo ritualni zahvat obavi u državi iz koje potječu. Donošenju tog zakona prethodilo je očitovanje Nacionalnog bioetičkog odbora (Comitato Nazionale di Bioetica) od 25. rujna 1998. godine kojim je zaključeno da cirkumcizija žena predstavlja težak oblik zadiranja u njihov tjelesni integritet te predložilo donošenje zakona koji bi strogim kaznama sankcionirao vršenje tih brutalnih čina.²² U javnosti su objavljene procjene prema kojima u svijetu ima oko 130 milijuna žrtava infibulacije koja se obavlja u 40-tak afričkih zemalja, a koja se prakticirala i među muslimanskim doseljenicima u zapadnim zemljama. Primjena načela zaštite najboljeg interesa djeteta iz Konvencije UN o pravima djeteta iz 1989. godine na žensku cirkumciziju ili infibulaciju dovela je do zabrane vršenja tog zahvata i u Ujedinjenom Kraljevstvu. Uobičajena praksa vršenja tih zahvata u nekim djelovima Afrike zbog religijskih i kulturnih razloga zabranjena je u Ujedinjenom Kraljevstvu isto kao i ritualno tetoviranje te obilježavanje djeteta brazgotinama na koži.²³

Talijanski nacionalni bioetički odbor bio je drugačijeg stajališta kad je u pitanju muška cirkumcizija i nije predložio donošenje sankcija za vršenje tog zahvata.²⁴ U teoriji se zaključuje da zakoni koji zadiru u tradiciju židovske ili muslimanske vjere politički vrlo lako mogu biti kvalificirani kao "antisemitski" ili "protu islamski" što je za političare dodatno otežavajuća i u suvremenom svijetu nikako poželjna okolnost.

Na delikatnost pravnog univerzalizma ukazuje i slijedeći primjer. U priručniku UNESCO-a iz 2006. godine koji se odnosi na etičke prosudbe medicinskih zahvata u svezi s reproduktivnim zdravljem analiziran je i hipotetski slučaj zahtjeva majke šestogodišnje djevojčice za izvršenjem

¹⁹ Lo Giacco, *op.cit.*, str.15

²⁰ *Ibid.*

²¹ Legge 9 gennaio 2006, n. 7 "Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile", Gazzetta Ufficiale br.14, 18.1.2006.

²² Cassano G; Patruno F, *Mutilazioni genitali femminili*, Famiglia e diritto, 2, 2007, str. 190.

²³ Cumper, *op.cit.*, str.122.

²⁴ Cassano, *op.cit.*, str.194.

sakaćenja genitalija – female genital cutting.²⁵ Činjenice kojima se pojašnjava slučaj odnose se na shvaćanje majke da će djevojčici u sredini u kojoj živi biti onemogućeno sklapanje braka te da će biti smatrana manje vrijednom ako joj se ne izvrši zahvat. Primjer doista vrlo zorno potvrđuje koji su to stvarni sadržaji "sukoba civilizacija". Majka dalje navodi da je zahvat već učinjen na njenim dvjema kćerkama. Majka se skrbeći o dobrobiti djeteta obraća liječniku, jer ne želi da zahvat bude izvršen od strane priučenog laika što bi moglo ugroziti život i zdravlje djevojčice. Priručnik daje uputu liječniku da zahvat ne bi smio izvršiti budući da je zabranjen liječničkim kodeksom i stajalištima Svjetske zdravstvene organizacije. Obveza je liječnika podučiti sredinu o opasnostima zahvata i aktivno djelovati na izgrađivanju "obavještenog pristanka", kao i za napuštanje takve prakse.²⁶ S druge strane ako je polazno načelo pristupa tom problemu najbolji interes djeteta, onda u toj sredini majka djeluje instinktivno upravo pokušavajući ostvariti baš to načelo. Ista norma ima različite sadržaje u drugačijem životnom okruženju. Pravo je između ostalog i kulturna pojava čije dosege relativiziraju običaji i sustav vrijednosti pojedinih područja, odnosno utjecaj religija i stupanj razvoja društva.

Vrlo je teško glede tih religijskih rituala naći uporište za ostvarivanje načela jednakosti građana ili zabrane diskriminacije.²⁷ Pristup talijanskog zakonodavca ukazuje na univerzalnost prava maloljetnika na fizički i psihički integritet i na univerzalnost zaštite dostojanstva ljudskog bića koji u demokratskom društvu ne smiju biti ugroženi pravom roditelja na slobodu vršenja religijskih čina koji zadiru u tjelesni integritet njihove maloljetne djece.²⁸ Islam tako primjerice nameće i obvezu postupnog navikavanja djece na post tijekom ramazana, pa se opravdano može postaviti i pitanje posrednog zadiranja u tjelesni integritet djeteta.²⁹ De lege ferenda izlaz se nastoji pronaći u aktivnim procesima kulturne i civilizacijske senzibilizacije doseljenika, na usvajanju novih sustava vrijednosti i na pokušaje da se ti religijski obredi nad maloljetnom djecom svedu na simbolične obrede neškodljive njihovom tjelesnom integritetu. Primjerice uvodna odredba Zakona o zaštiti prava pacijenata polazi od načela humanosti koje se između ostalog ostvaruje poštivanjem privatnosti pacijenta, svjetonazora te moralnih i vjerskih uvjerenja (čl.4).³⁰ Vjerska uvjerenja djeteta bez obzira na normativni okvir postavljen Konvencijom UN o pravima djeteta vrlo su dvojbene naravi i teško im je pružiti odgovarajuću zaštitu. Sve velike monoteističke religije neposredno po rođenju djeteta religijskim činima primaju dijete kao novog člana u svoju zajednicu. Na vršenje tih čina u svakom slučaju utječu isključivo vjerska uvjerenja njegovih roditelja. Obiteljski zakon Republike Hrvatske polazeći od Konvencije UN o pravima djeteta sadrži vrlo

²⁵ Dickens M. B; Cook J. R.; Kismondi E, *Reproductive Health Case Studies with Ethical Commentary*, The UNESCO Chair in Bioethics, The International Center for Health, Law and Ethicd, Faculty of Law University of Haifa, 2006., str.40.

²⁶ Dickens; Cook; Kismondi, *op.cit.*, str.41.

²⁷ Cassano, *op.cit.*, str. 194.

²⁸ Cassano, *op.cit.*, str. 199.

²⁹ Omerbašić, *op.cit.*, str. 547.

³⁰ Zakon o zaštiti prava pacijenata, Narodne novine, br.169/2004

apstraktnu stilizaciju kojom « propisuje » da odgoj djeteta mora biti u skladu s njegovom dobi i zrelosti, te s pravom djeteta na slobodu savjesti, vjerskog i drugog uvjerenja.³¹ Mišljenja smo da se radi o neprimjenjivoj stilizaciji koja može dovesti do arbitrarnih odluka sudova u eventualnim postupcima u skladu s čl.89. istog zakona koji predviđa da dijete ima pravo tražiti zaštitu svojih prava pred nadležnim tijelima. Razboritijim držimo rješenje iz pravnog sustava Republike Slovenije budući da Ustav čl.41. propisuje da roditelji imaju pravo donositi odluke u svezi s vjerskim i moralnim odgojem djeteta. To je pravo međutim ograničeno pravom djeteta na izražavanje vlastite volje i ostvarivanje osobnog izbora kad dijete dostigne potrebnu zrelost. Pravo roditelja na "usmjeravanje" vjerskog odgoja djeteta prestaje dvanaestom godinom života djeteta.³² Zakon o braku i porodičnim odnosima Republike Slovenije sadrži istovjetnu odredbu (čl.131 st.1), ali i razradu tog prava djeteta odredbom iz st.2 koja predviđa da je za promjenu vjeroispovjedi djeteta koje je navršilo deset godina života potrebna suglasnost djeteta. Dijete starije od dvanaest godina samostalno donosi odluke u svezi s vlastitim vjerskim opredjeljenjima.³³ Međutim i u tom slučaju vrijedi prigovor da sva djeca nisu jednako zrela u istoj životnoj dobi, a napose je delikatno pitanje tko ima pravo u fazama odrastanja djeteta činiti dostupnim, ili još gore nametati neke druge religijske sadržaje odgoja različite od onih koje je dijete dobilo u vlastitoj obitelji.

U Hrvatskoj javnosti tijekom 2012. i 2013. godine vođena je polemika oko sadržaja i načina poduke o splonom odgoju mladih u školama budući se do tada uspješno prikivao neminovan sukob liberalnih (tzv. lijevih) i konzervativnih (tzv. desnih) političkih opcija.³⁴ Pred Ustavnim sudom RH pokrenut je postupak zbog programa koji je sadržavao ideologizirana stajališta i zastupao svjetonazor koji je aktom državne vlasti, nadležnog ministra, bio nametnut svima. Polazeći od temeljnih načela pluralizma, tolerancije i slobodoumlja Republike Hrvatske kao demokratske države Ustavni sud je zaključio da je u konkretnom slučaju bio povrijeđen proceduralni aspekt te je

³¹ Obiteljski zakon, Narodne novine, br.116/2003., br.17/2004., br.136/2004., br.107/2007., br.61/2011.

³² Zupančič K, Novak B, Žnidaršič Skubic V, Končina-Peternel M, *Reforma društvenog prava*, 2. izmjenjeno i popunjeno izdanje, Uradni list Republike Slovenije, 2009., str. 44-45.

³³ *Ibid.*, str.232.

³⁴ « Uvođenje zdravstvenog odgoja, prije svega sadržaj četvrtog modula koji pokriva pitanj ljudske spolnosti naišao je na žestok otpor udruga civilnog društva kršćanskog predznaka, kao i Katoličke crkve u Hrvatskoj. Njihov otpor nije mobilizirao samo vladu, odnosno resorno ministarstvo nego i udruge civilnog društva sekularističkog predznaka. Posljedično je došlo i do svrstavanja oporbenog HDZ-a i partnera na stranu kritičara programa zdravstvenog odgoja, kao i suradnje vladine većine i udruga koje ga podupiru. Time se stranačko natjecanje između vladine većine i glavne oporbene stranke sa socioekonomskih pitanja preselilo na razinu bioetičke politike, koja može imati dalekosežne posljedice za hrvatsko društvo. Zbog neuredne procedure uvođenja i manjkave javne rasprave, Ustavni sud je u svibnju ukinuo kurikulum zdravstvenog odgoja, a novi prijedlog ministarstva sadrži promjene na tragu kritičara četvrtog modula. Pa ipak udruge koje se protive uvođenju programa zdravstvenog odgoja, najavile su nove protestne akcije uključivši i bojkot nastave. Bioetički sukobi su se novim intenzitetom nastavili u ljeto i na jesen.« Višeslav R, *Ekonomska kriza i ratovi kultura*, Vijenac godište XXI, br.516-517, 12. 12. 2013, str.7.

ukinuo odluku ministra znanosti, obrazovanja i sporta koja je sadržavala i tzv. kurikulum zdravstvenog odgoja.³⁵

Hrvatski Zakon o zaštiti prava pacijenata predviđa da suglasnost za vršenje zahvata nad maloljetnom osobom daje zakonski zastupnik, odnosno skrbnik pacijenta. Isti Zakon propisuje da je u slučaju sukoba interesa maloljetnog pacijenta i njihovih zakonskih zastupnika, odnosno skrbnika, zdravstveni radnik dužan o tome odmah obavijestiti nadležni centar za socijalnu skrb.³⁶ Za zadiranje u tjelesni integritet djeteta kao pacijenta, na primjeru obrezivanja neposredno po rođenju djeteta, potrebno je imati suglasnost za vršenje tog zahvata koju je dao njegov roditelj kao zakonski zastupnik, odnosno skrbnik. Bez obzira na teorijske dosege, dijete je u tim situacijama objekt, a suglasnost ovisi o svjetonazoru, moralnim i vjerskim uvjerenjima roditelja. Kodeks medicinske etike i deontologije Hrvatske liječničke komore iz 2006. godine propisuje: «Liječnik će poštovati prava pacijenta smatrajući dobrobit pacijenta svojom prvom i osnovnom brigom». Postavlja se pitanje treba li liječnik odbiti vršenje zahvata kad nema medicinskih indikacija i o sukobu interesa obavijestiti centar za socijalnu skrb. Riješiti dvojbu «u korist» djeteta pozivajući se na zaštitu tjelesnog integriteta djeteta i njegovu dobrobit značilo bi dijete u tradicionalno religioznim društvima osuditi na izdvajanje iz obitelji. Židovi i Muslimani generacijama poduzimaju takve zahvate kojima se zadire u tjelesni integritet muške djece. Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini Vijeća Europe koja obvezuje i RH predviđa da se zahvat na osobi može izvršiti bez njezina pristanka samo za njezinu izravnu korist. «Ako, prema zakonu, maloljetna osoba nije sposobna dati pristanak na zahvat, zahvat se može izvršiti samo uz odobrenje njezina zastupnika ili organa vlasti, ili osobe ili tijela koje predviđa zakon. Mišljenje maloljetne osobe uzima se u obzir kao sve značajniji čimbenik u razmjeru njenim ili njegovim godinama i stupnju zrelosti (čl.6)».³⁷ U slobodnoj tržišnoj ponudi usluga u hrvatskom dnevnom tisku nailazimo na oglase u kojima se reklamiraju privatne specijalističke urološke ordinacije koje nude uslugu obrezivanja uključujući i kontrolu za cijenu od 1600 kuna ili nešto više od 200 eura.

4. Čini se da se zaboravlja da i u postupcima donošenja zakona, ali i kod primjene normi u sudskoj praksi, različite religije mogu imati vrlo bitan utjecaj. Religijski svjetonazor od presudne je važnosti kad primjena norme ovisi o njezinoj utemeljenosti u etičkom i moralnom svjetonazoru onoga koji normu tumači ili primjenjuje.³⁸ Europa sve više postaje multireligijsko područje. Djeca pripadnici različitih "manjinskih" vjerskih zajednica mogu biti dovedena u neravnopravan položaj glede prenatalne dijagnostike, transfuzije, transplantacije

³⁵ Ustavni sud RH, odluka U-II/1118/2013, Narodne novine br.63/2013.

³⁶ Zakon o zaštiti prava pacijenata, Narodne novine, br.169/2004.

³⁷ Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br.13/2003.

³⁸ Guzmán P. M. J., *The Anomalous European Rights to Life and Death: Understanding the Struggle for Recognition of Religious Minority Rights by Examining the Cultural Identity of Spain and Other European Countries*, Texas Tech Law Review, vol.30, 2004, str. 297.

ili održavanja na životu.³⁹ S obzirom na značajan broj mješanih brakova, ali i s obzirom na stalne migracije stanovništva, primjerice vraćanjem u zemlju podrijetla s djetetom nakon razvoda braka, otvaraju se problemi rješavanja dvojbi kako tumačiti šerijatsko obiteljsko pravo u kontekstu međunarodnog javnog poretka i rješavanja sukoba nadležnosti. Ta je problematika posebno zamjetna u francuskoj pravnoj teoriji zbog velikog broja Muslimana i statusa osoba koje imaju dvojno državljanstvo. Slijedeći tradiciju Code Civila iz 1804. godine, domovinsko pravo (la loi nationale) mjerodavno je za sporove u svezi s brakom, skrbništvom, ali i za prestanak braka otpuštanjem bračnog druga.⁴⁰ Načela međunarodnog prava na kojima se gradi sustav ljudskih prava dovela su do nastanka teorije međunarodnog javnog poretka, pa čak i europskog javnog poretka u svezi s primjerice poligamnim brakovima.⁴¹ Bitno različiti svjetonazori nazirali su se i u postupku usaglašavanja stajališta prigodom nastajanja Konvencije UN o pravima djeteta (1979-1989). Predstavници islamskih zemalja upozoravali su da Konvencija ide suprotno religijskim tradicijama islamskih zemalja, budući da pravni poretki tih zemalja u pravilu propisuju da dijete slijedi religiju očeva. Bilo je stoga za očekivati da će mnoge islamske države postaviti rezerve upravo na odredbe Konvencije UN o pravima djeteta iz 1989. koje se odnose na neprihvatanje religijskih sloboda maloljetnika.

U analizama vjerskih sloboda djece polazi se od pretpostavke da dijete izgrađuje svoj vlastiti religijski identitet u obitelji, ali ga sud u slučaju sukoba interesa u obitelji ne može nametnuti. Sud može samo tumačiti pravo na autonomiju ili pravo na izbor, dok ostaje otvorenim pitanje smije li sud stati iza jednog religijskog autoriteta kad ih ima toliko različitih.⁴² Pravo ne čine samo norme objavljene u službenom glasniku neke države. U postupcima donošenja zakona, ali i kod primjene u postupcima interpretacije normi u sudskoj praksi različite religije uvijek će imati bitan utjecaj, jer je religijski svjetonazor od presudne važnosti u primjeni norme koja ovisi o njezinoj utemeljenosti u etičkim i moralnim prosudbama onoga koji primjenjuje apstraktnu pravnu normu.⁴³

Europske demokracije utemeljene na judeokršćanskoj tradiciji susreću se s problemom uvažavanja religioznosti velikih islamskih zajednica koje u drugoj ili trećoj generaciji prestaju biti migrantske zajednice. U sustavu javnog školstva iskazan je otpor prema simbolici križa u učionicima, hrani na jelovnicima školskih kuhinja ili načinu odjevanja učenica. U analizi vjerskih sloboda djece polazi se od pretpostavke da dijete izgrađuje svoj vlastiti religijski identitet u obitelji, ali ga sud u slučaju sukoba interesa u obitelji ne može nametnuti. Sud može samo tumačiti pravo na autonomiju ili pravo na izbor, dok ostaje

³⁹ Guzmán, *op.cit.*, str. 305.

⁴⁰ Fulchiron H, *Droits de l'homme et familles musulmanes en Europe: quel équilibre pour quels droits?*, u: Lødrup P; Modvar E, *Family Life and Human Rights*, Gyldendal Akademisk, Norway, 2004, str.235-247.

⁴¹ *Ibid.*, str.237.

⁴² Mueller Leff L, *Religious Rights of Children: a Gallery of Judicial Visions*, Review of Law & Social Change, 14, 1986, str.325.

⁴³ Guzmán, *op.cit.*, str. 297.

otvorenim pitanje smije li sud stati iza jednog religijskog autoriteta kad ih ima toliko različitih.⁴⁴ Zašto je važno iskustvo zakonodavstva i sudske prakse SAD u svezi s vjerskim pravima djeteta? Zato što je to povijesni primjer heterogenog društva koje se ranije nego Europa susrelo s djelovanjem različitih religija i koje je razvijalo demokratski okvir pravnog poretka polazeći od prava na religijsku različitost. "Svaka koncepcija dječjih vjerskih prava duboko je određena shvaćanjem djetinjstva, legitimnih prava države za socijalizacijom djece preko javnog odgoja i definicijom vjerskog identiteta".⁴⁵

Nakon iscrpne analize presuda Vrhovnog suda SAD u svezi s vjerskim pravima djece, Mueller zaključuje da je u presudama došla do izražaja viševrsnost osobnih shvaćanja religije, odgoja, obrazovanja i obiteljskih odnosa pojedinih sudaca.⁴⁶ "Da bi netko mogao konceptualizirati posebna vjerska prava djece svakako mora poći od nekih pojašnjenja o tome kako osoba izgrađuje vjerski identitet".⁴⁷ Vjerski identitet proizlazi iz obitelji i nasljeđa. Dijete ga gradi sudjelujući isprva, u pravilu pasivno, u obiteljskom životu kojeg duboko u svijesti i pamćenju obilježavaju upravo vjerski sadržaji u obitelji: rođenje djeteta, krštenje, sklapanje braka ili smrt člana obitelji.⁴⁸ Psihološki ni pedagoški ni u kojem slučaju nije u najboljem interesu djeteta sukob sustava vrijednosti glede religije usvojene u obitelji i one koja se "nameće" javnim školskim sustavom. Doista je pitanje da li i u kojoj dobi djeca mogu slobodno, aktivno sudjelovati u postupcima izbora u procesima učenja i razvoja?⁴⁹ Neprijeporna je uloga obitelji. U toj primarnoj ljudskoj zajednici odnosi su doista vrlo osobni, osjetljivi, a interesi djeteta ovisni su o roditeljima i obitelji kao cjelini.⁵⁰ Život u obitelji neminovno dovodi do prilagodbe jednih na druge.⁵¹

Ni u kojem slučaju nije u najboljem interesu djeteta postojanje različitih javno školskih i obiteljskih religijskih svjetonazora. Ono što bi trebala biti uloga javnog školskog sustava u suvremenim multireligijskim društvima svakako je promicanje različitosti, pluralizma i univerzalnih humanističkih vrijednosti u odgoju djece.⁵² Na primjeru Norveške, u kojoj je Evangeličko luteranska religija državna religija, pripadnici islamske vjerske zajednice svoje pravo na odgoj djece ostvarili su privatnim školama, ali i širenjem sadržaja školskih programa. U svakom slučaju, bez obzira na odgoj u obitelji, neminovno je poučavanje djece o različitim religijskim svjetonazorima kojima pripadaju druga djeca u toj istoj državi.

Važno je povijesno multireligijsko iskustvo Sjedinjenih američkih država prema kojem država ne smije nametati ni preferirati jednu vjeru i s time posljedično povezano da jedno mišljenje ne može biti isključivo i jedino,

⁴⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵ *Loc. cit.*

⁴⁶ Mueller, *op. cit.*, str. 326.

⁴⁷ Mueller, *op. cit.*, str. 327.

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ Mueller, *op. cit.* str. 331.

⁵⁰ Mueller, *op. cit.* str. 332.

⁵¹ Mueller, *op. cit.* str. 333.

⁵² Mueller, *op. cit.* str. 335.

odnosno apsolutno.⁵³ Bez obzira radi li se o modelu prema kojem bi djeca i odrasli imali ista vjerska prava ili bi djeca imala pravo da njihov vjerski odgoj usmjerava njihova obitelj, vjerski odgoj djeteta uvijek je pod roditeljskom kontrolom, jer je polazna pretpostavka da obitelj dostatno štiti prava djece. Taj teorijski pristup podudara se sa shvaćanjem da religijski identitet proizlazi iz nasljeđa i nečije obitelji, te da obitelj najbolje usmjerava vjerski identitet djeteta.⁵⁴ Kao treći teorijski model navodi se pravo djeteta na izbor religijskog identiteta. Međutim, to pravo na izbor moguće je ostvariti tek nakon što su djetetu bile dostupne neke druge informacije o različitim religijama. Da bi dijete moglo ostvariti to svoje pravo, neophodno je da "netko" djetetu učini dostupnim ključne informacije o nekoj drugoj religiji ili ateističkim pogledom na svijet nastoji relativizirati vjeru u Boga. Pitanje je tko je taj "netko" i ima li on ovlasti zadirati u autonomiju roditelja koji u obiteljskom zajedništvu ostvaruju sadržaje roditeljske skrbi.

Čini se nemogućim ostvariti odgodu bilo kojeg vjerskog utjecaja na djecu dok ona ne dostignu punu zrelost odlučivanja kako bi mogla ostvariti svoje pravo na izbor, kad postanu dovoljno razborita i zrela za odlučivanje, osim eventualno, u nekoj apstraktnoj sekularnoj državi kao garantu dječjih prava, i to samo ako djeca nisu odgajana u obitelji već u strogo sekularnim, potpuno depersonaliziranim, državnim institucijama.

Europa tek postaje svjesna činjenice da upravo migracije radne snage dovode do psihološke nesigurnosti osoba što posljedično vodi do većeg utjecaja religija kao čvrstog uporišta migranata koji teško postaju ravnopravnim dijelom za njih novog i stranog većinskog kulturnog identiteta. Pripadnost etničkoj i religijskoj zajednici migrantima daje osjećaj kontinuiteta u tradiciji kao i važan osjećaj da nisu prepušteni sebi samima. To nepobitno potvrđuju povijesni primjeri povezanosti i sidrišta u religiji nekoliko valova hrvatske dijasporu diljem svijeta.

Javna škola ima zadaću javnog socijalizatorskog agenta. U SAD kao multireligijskom društvu dijete koje pohađa javnu školu mora svakog jutra sudjelovati u minuti javne tišine. Tu tišinu u sebi moguće je ispuniti sabranošću u meditaciji ili u dobrovoljnoj molitvi.⁵⁵ U kontekstu prava djeteta prema Konvenciji UN o pravima djeteta dalo bi se zaključiti da je tu minutu moguće ispuniti i ostvarivanjem prava na slobodu preispitivanja vlastite savjesti, misli i uvjerenja. Zapadne su demokracije ipak pretežito nastale na judeo-kršćanskoj tradiciji. U tom kontekstu važno je podsjetiti na: dnevno zazivanje Boga u Vrhovnom sudu SAD-a, molitve u Kongresu ili zaklinjanje na Bibliju.⁵⁶ Hrvatska je posebnost samovoljno dopunjen tekst zakletve prvoga hrvatskoga predsjednika dr. Franje Tuđmana koji je službenom tekstu predsjedničke zakletve dodao "Tako mi Bog pomogao"!

⁵³ Mueller, *op.cit.* str. 336.

⁵⁴ Mueller, *op.cit.* str. 339.

⁵⁵ Mueller, *op.cit.* str. 345 i 349.

⁵⁶ Mueller, *op.cit.* str. 346.

Migracije, pokretljivost stanovništva i do sada nepostojeće, tako brzo globalno širenje informacija, dovele su do širenja kultova i/ili sekta. Proboj novog uvijek je obilježen otporima zbog nepoznavanja stvarnih sadržaja. Sektu je moguće definirati kao manju skupinu ljudi koje ujedinjuju vjerska uvjerenja različita od općeprihvaćenih u široj zajednici. Kult se pojašnjava također i kao vjerska skupina koja se služi "sumnjivim postupcima" za novačenje novih članova nad kojima vrši strogu kontrolu. Širenje kršćanstva opće je poznat primjer otpora i žrtvi koje su pratile povijesna razdoblja koja su prethodila prihvaćanju kršćanstva kao državne religije. U Rusiji je zamjetan "strah" države od širenja novih kultova.⁵⁷ Procjena javnih interesa države u svezi s djelovanjem pripadnika novih religija temelji se na procjeni ugroženosti države i povredi prava pojedinaca. U Rusiji je od 1997. na snazi Zakon o slobodi savjesti i vjerskog udruživanja prema kojem su status vjerske zajednice dobile one koje su djelovale najmanje petnaest godina, a one novije imaju status vjerskih udruga.⁵⁸ Vjerske udruge u Rusiji ne mogu provoditi vjerski odgoj djece.⁵⁹ Dugotrajno razdoblje marksizma, lenjinizma, staljinizma i inih totalitarizama na prostorima bivšeg Sovjetskog saveza ostavilo je pustoš. Obnavlja se povijesni značaj i utjecaj Pravoslavne crkve gotovo kao državne religije, ali se stanje ocjenjuje konfuznim ideološkim vakuumom koji mnogi kultovi, sekte ili religije žele popuniti.⁶⁰ Tako se otvara novo poglavlje u preispitivanju odnosa države prema javnom djelovanju vjerskih zajednica i religijskim slobodama pojedinaca.

Opasnost od utjecaja novog podvodi se pod kategoriju deprogramiranja (engleski: deprogramming). Taj strah od novog povezan je s postupcima odvajanja osobe od sustava vrijednosti i religijske pripadnosti obitelji, odvajanju od prijatelja i dotadašnjeg načina života.⁶¹ U teoriji se ugroženost sustava društvenih vrijednosti prepoznaje u mogućim dezintegracijama obitelji i raspadu obiteljskih veza.⁶² U tom novom svjetlu posebno tumačenje zahtjeva pravo djeteta na slobodu vjeroispovjedi. Čini se da se u hijerarhiji vrijednosti koje se štite kao temeljne vrijednosti jednog društva pravo djeteta na slobodu izbora vjeroispovjedi teško može obraniti kao apsolutno pravo. Država, osim deklarativno, zasigurno neće olako dozvoliti raspad obitelji do kojeg bi neminovno došlo ostvarivanjem učinkovitih pravnih mehanizama za realizaciju prava djeteta na slobodu vjeroispovjedi u sudskoj praksi. Uvođenje osobnih, individualnih prava pojedinaca (djece) u sustav obitelji neminovno djeluje dezintegrirajuće na obitelj. Pitanje je u kojoj je mjeri država spremna ustrajati na ostvarivanju prava djeteta koje dovodi do raspada sustava obiteljske solidarnosti. Hansen postavlja pitanje je li uopće moguće uspostaviti normalan obiteljski

⁵⁷ Hansen W; Hnasan D. S., *Towards Independent Religious Rights of Minors*, Journal of Juvenile Law, 4, 1980., str. 129.

⁵⁸ Brossart J, *Legitimate Regulation of Religion?* European Court of Human Religious Freedom Doctrine and the Russian Federation Law „On freedom of Conscience and Religious Organizations“, Boston College International Comparative Law Review, XXII, 1999,2, str. 297.

⁵⁹ Brossart, *op.cit.*, str. 298.

⁶⁰ Brossart, *op.cit.*, str. 308 i 311.

⁶¹ Hansen, *op.cit.*, str. 130-132.

⁶² Hansen, *op.cit.*, str. 136.

život nakon takvog iskustva?⁶³ Sudovi u SAD tradicionalno su odnos dijete-roditelj smatrali odnosom od posebnog "državnog interesa". Zamjetan je ipak pomak kojim se postepeno nastoji omogućiti ostvarivanje prava djece odmjerenom primjenom ustavnih načela o pravu na privatnost i na osobne slobode. Priznati prava djece znači omogućiti emancipaciju djece što se tumači kao prešutni sporazum kojim djeca izmiču roditeljskoj skrbi.⁶⁴ Interes države na očuvanju obitelji postoji samo dok je dijete pod roditeljskom skrbi: "Kad je dijete emancipirano nema više pravnog opravdanja da roditelji ili država zadiru u njegovo pravo na slobodu izbora vjeroispovjedi."⁶⁵

Delikatno je pitanje kako će država uskladiti interes roditelja za vjerski odgoj djeteta i državni interes ostvarivanja prava pojedinca na slobodu vjere. Kao kriteriji za rješavanje konkretnih sukoba počinje se uvažavati pravo djeteta koje je steklo određen stupanj razboritosti u odlučivanju. Drugi je kriterij procjena društvenih interesa koji se ogledaju u zaštiti obiteljskog jedinstva, napose ako dijete nakon postupka "deprogramiranja" želi pristupiti nekoj sekti.⁶⁶ Rješavajući konkretne slučajeve u praksi, sudovi bi trebali odmjereno procjenjivati tri odvojena faktora: dubinu vjere, povezanost članova obitelji i prevladavajući interes. Posebno je delikatan odnos prema novim sektama koje stječu privrženost nakon "pranja mozga" ili deprogramiranja kao oblika psihološke prinude i zadiranja u osobni integritet maloljetne osobe.⁶⁷ Nedvojbeno je da je prevladavajući povijesni model bio model vjerskog odgoja djece kao strogo osobna stvar roditelja izražena općeprihvaćenim stajalištem da je pravo roditelja da odlučuju o vjerskom odgoju djece.⁶⁸

Hansen iznosi stajalište da bi država trebala biti "izvan" sukoba sve dok se sukob miroljubivo ne riješi, ali kad nastupi sukob država ne treba automatski stati na stranu roditelja i tako riješiti sukob djeteta s roditeljima. U slučaju postupaka pokrenutih pred sudovima nedvojbeno je da obitelj više ne funkcionira i da je tek tada država pozvana primijeniti odredbe zakona i zaštititi prava subjekata. Dijete bez obzira na dob mora imati mogućnost dokazati da su postupcima u obitelji protuustavno ugrožena njegova prava.⁶⁹ Krajnje nepoželjan ishod sukoba može dovesti do raspada obitelji zbog zaštite dječjih prava. Taj sukob pred državu postavlja nove izazove, jer država mora aktivirati alternativne mehanizme zbrinjavanja djece bez roditeljske skrbi preko institucija skrbništva, udomiteljskih obitelji ili posvojenja. A sve se te odluke zapravo temelje na vrlo apstraktnom i «nepravnom» kriteriju procjene najboljeg interesa djeteta čija procjena u sudskoj praksi opet ovisi o sustavu (religijskih) nazora onih pravosudnih djelatnika koji odluku donose. Naravno da donošenje tako delikatnih odluka nije uputno prepustiti državnom tijelu kao što je to bio tzv.

⁶³ *Loc.cit.*

⁶⁴ Hansen, *op.cit.*, str. 137.

⁶⁵ *Loc.cit.*

⁶⁶ Hansen, *op.cit.*, str. 139.

⁶⁷ Hansen, *op.cit.*, str. 145.

⁶⁸ Hansen, *op.cit.*, str. 148.

⁶⁹ Hansen, *op.cit.*, str. 153-154.

"Centar za socijalnu skrb" do 2003. godine u Republici Hrvatskoj kad je nadležnost prebačena na sud i izvanparnični postupak.

Pravo na slobodu izbora znači da unaprijed postoji spoznaja o svim bitnim činjenicama koje su presudne za donošenje nove odluke. Cumper iznosi stajalište da je sloboda vjere relativno, a ne apsolutno pravo.⁷⁰ Gdje i od koga dijete može dobiti te informacije? U kojoj mjeri davanje informacija djetetu ugrožava stabilnost obitelji? Pravo na izbor čini se najdosljednije je zaštićeno preko kategorije obaviještenog pristanka (engleski: Informed Consent) preuzete iz medicinskog prava, a označava obaviješteni pristanak nakon upoznavanja s bitnim činjenicama i posljedicama (naravno i negativnim) danog pristanka.

5. Nove vijesti iz Europskog parlamenta potvrđuju "preotvaranje" teme prava djece i obrezivanja. U listopadu 2013. generalni tajnik Europskog parlamenta, povodom usvajanja Rezolucije odgovara izraelskom predsjedniku Shimonu Peresu, u kojem je izrazio stajalište da muška cirkumcizija ne ugrožava ljudska prava, za razliku od sakaćenja ženskih spolnih organa koje predstavlja ugrožavanje ljudskih prava.⁷¹ U Švicarskoj je 2012. godine pokrenuta javna rasprava u svezi s obrezivanjem muške djece nakon što su bolnice u Zurichu i St Gallenu odbile praksu vršenja obrezivanja bez medicinskih indikacija, podvođeci tako obrezivanje dječaka pod tjelesno sakaćenje za koje je zapriječena kazna kaznenim zakonom.⁷² Tijekom 2012. podignute su tenzije u Njemačkoj nakon što je sud u Kelnu zauzeo stajalište da obrezivanje dječaka znači bezrazložno zadiranje u tjelesni integritet.⁷³ Također je i u u Nizozemskoj 2011. godine pokrenuta javna rasprava u svezi s obrezivanjem muške djece kao primjerom zlorabe dječjih prava. Prava djece pokušalo se zaštititi prijedlozima da se ti zahvati smiju vršiti tek kad dijete bude sposobno dati pristanak.⁷⁴ U rujnu 2013. godine pravobranitelji za djecu pet nordijskih zemalja: Švedske, Norveške, Finske, Danske i Islanda, usvojili su zajedno s pedijatrima i dječjim kirurzima Rezoluciju kojom se traži zabrana obrezivanja dječaka bez medicinskih indikacija.⁷⁵

I doista je Ivo Andrić imao pravo kad je napisao da čovječanstvo uvijek iznova počinje pričati istu priču.... Pravni pristup vjerskom odgoju djece i obrezivanju djece prati civilizaciju doslovno od početka pisanih i kolektivnih

⁷⁰ Cumper, *op.cit.*, str. 121.

⁷¹ Parliamentary Assembly, Jagland: Male circumcision does not violate human rights, www.humanrightseurope.org/2013/10/jagland-male-circumcision. (11.11.2013.)

⁷² Male Circumcision: Swiss legal experts divided over circumcision, www.swissinfo.ch/eng/swis_news/Swiss_legal_experts_divided_over_circumcision.html. (11.11.2013.)

⁷³ Germany: Govt promises new law to protect 'right' to circumcise male infants, <http://uk.reuters.com/article/2102/07/17/uk-germany-circumcision-idUKBRE86G11D20120717>. (11.11.2013.)

⁷⁴ Netherlands: tensions continue over circumcision debate, <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-15486834>. (11.11.2013.)

⁷⁵ Male circumcision: Nordic ombudspersons will seek a ban on non-therapeutic male circumcision, <http://tdh-childprotection.org/news/male-circumcision-nordic-ombudspersons-will-look-for-a-ban-on-non-therapeutic-male-circumcision>. (11.11.2013.)

sjećanja. Ono što je krajnji domet prava su načela pluralizma, tolerancije i slobodoumlja na kojima bi trebalo dosljedno djelovati. Sloboda izbora vjeroispovijedi kao izvornog prava djeteta je deklaratorna konvencijska utopija. Apstraktne kategorije u konvencijama ili zakonima poput prava na slobodu misli, savjesti ili uvjerenja sasvim su dostatna opća prava načela. Čini se nemogućim ostvariti odgodu bilo kojeg vjerskog utjecaja na djecu dok ne dostignu punu zrelost odlučivanja kako bi mogla ostvariti svoje pravo na izbor postajući dovoljno razborita i zrela za odlučivanje. Jedini izuzetak je eventualno neka apstraktna sekularna država kao garant dječjih prava i to samo ako djeca nisu uopće odgajana u obiteljima već u strogo sekularnim, potpuno depersonaliziranim, državnim institucijama. Nešto slično možda postoji u Demokratskoj Narodnoj Republici (sjevernoj) Koreji. Maria Luisa Lo Giacco u raspravi o državi, crkvama i religijskom pluralizmu navodi primjer Ustava Demokratske Narodne Republike Koreje iz 1998. godine koji izravno povjerava odgoj djece državi: "Država će u praksi oživotvoriti načela socijalističkog odgoja i omogućiti odrastanje novih naraštaja inteligentnih komunista koji će biti moralno i fizički zdravi (čl.43)".⁷⁶ Europa tek postaje svjesna činjenice da migracije radne snage dovode do psihološke nesigurnosti osoba što posljedično dovodi do utjecaja religija kao čvrstog uporišta migranata koji teško i mukotrpno postaju ravnopravnim dijelom društva. Sloboda izbora vjeroispovijedi kao izvornog prava djeteta je konvencijska utopija. Dijete u pravilu postaje prihvaćeno kao član obitelji između ostaloga i vršenjem religijskih čina. Primjer obrezivanja potvrđuje da su suvremene pravne države nemoćne čak i u tim slučajevima kad vršenje religijskih čina predstavlja zadiranje u tjelesni integritet djeteta. U radu se pojašnjava razlika u sadržajima čina kojima se zadire u tjelesni integritet muške djece uporabom termina obrezivanje. Biološka različitost spolova neminovno dovodi do diskriminacije: u slučaju zadiranja u tjelesni integritet djevojčica doista treba koristiti "težu" terminologiju i govoriti o sakaćenju koje se kažnjava zbog bitno različitih i puno težih posljedica zadiranja u tjelesni integritet osobe. U ovom radu nije korištena povijesna metoda stoga što su povijesna iskustva u svezi s vjerskim odgojem djece naša svakidašnjica. Možda odmjerenim, razboritim djelovanjem danas nešto možemo učiniti *de lege ferenda* i to ne pravom, normom, zakonom, konvencijom, nego tek civilizacijskim načelima pluralizma, tolerancije i slobodoumlja kojih ćemo se dosljedno pridržavati. Dosljednost oduhovljenih bića koja su živjela svoju vjeru tako je održala odabrani narod Židova. Bit će svakako zanimljivo pročitati radove koji će s istim ključnim riječima biti objavljeni 4028. godine.

⁷⁶ Lo Giacco, *op.cit.*, str.3.

dr. sc. Nenad Hlača, full professor
Law Faculty, University of Rijeka, Croatia

RELIGIOUS UPBRINGING OF CHILDREN, CHILDREN'S RIGHTS AND CIRCUMCISION OF CHILDREN

Summary: Religious upbringing of children and circumcision of children have been characteristics of this civilization since time immemorial. Principles of plurality, tolerance and freedom of thought constitute the latest achievements of the law in this respect and require taking collective action. It seems impossible to postpone religious influences on children to full maturity of decision-making when they are able to realize their right to choice as sensible human beings. The freedom of choosing one's religion as an inherent right of the child is utopian. The example of circumcision confirms that modern legal states cannot interfere with the child's bodily integrity even when performing certain religious acts. With this in mind, the author attempted to clarify the difference between acts that interfere with bodily integrity of male children by using the term circumcision. In case of girls, the usage of a 'stronger' terminology seems to be called for, as it involves mutilation and violation of human rights.

Key words: children's rights, religious upbringing, circumcision

RELIGIJSKO OPREDJELJENJE RODITELJA VS. NAJBOLJI INTERES DJETETA U OSTVARENJU NJEGOVOG PRAVA NA TJELESNI INTEGRITET

Pravo roditelja da biraju svoje religijsko opredjeljenje i određuju religiju u kojoj će vaspitavati vlastito dijete u određenim slučajevima može doći u koliziju s pravom djeteta na tjelesni integritet, odnosno s ostvarenjem njegovog prava na samoodređenje o životu i zdravlju. Pritom nije riječ samo o pravima i interesima pojedinca, nego takav sukob tangira i interese šire zajednice: postoji zakonska obaveza i pravo roditelja na staranje o djeci, prava i interesi vjerskih zajednica, obaveze države u zaštiti dječjih prava itd.

U praksi se taj sukob javlja u više različitih situacija. U nekima od njih, zbog odbijanja roditelja da dijete podvrgnu neophodnim medicinskim zahvatima, bivaju neposredno ugroženi život i zdravlje djeteta. Takvi slučajevi rješavaju se posredovanjem suda i uz učešće drugih državnih organa nadležnih za zaštitu prava i interesa djece.

Najbolji interes djeteta, kao primarni kriterij normiran Konvencijom o pravima djeteta, treba biti rukovodeći u razrješavanju ovog sukoba, jer vjerska uvjerenja i interesi roditelja ne smiju prevagnuti nad dobrobiti njihovog djeteta.

Ključne riječi: roditelj, dijete, religija, tjelesni integritet, najbolji interes

I.

Kao jedno od temeljnih ljudskih prava, pravo na slobodu vjeroispovijesti propisano je odredbama međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima¹ te ustavima većine država.² U pitanju je apsolutno pravo, koje predstavlja izraz

¹ Tako čl. 9. st. 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama Vijeća Evrope iz 1950. godine (u daljem tekstu: EKLJP), propisuje pravo svake osobe na slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti, a to pravo uključuje slobodu da se promijeni vjeroispovijest ili uvjerenje te slobodu da se sam ili zajedno s drugima i javno ili privatno, manifestira svoju vjeru ili uvjerenje, obredom, propovijedanjem i vršenjem vjerskih dužnosti i rituala. Odredba identičnog sadržaja nalazi se i u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima Ujedinjenih nacija iz 1966. godine (čl. 18. st. 1.), kao i Općoj deklaraciji o pravima čovjeka Ujedinjenih nacija iz 1948. godine (čl. 18.). U cilju afirmacije ovog prava i osude duge tradicije religijske netrpeljivosti, isključivosti i instrumentalizacije religije u političke svrhe, Ujedinjene nacije su 1981. godine usvojile i Deklaraciju o ukidanju svih oblika nesnošljivosti i diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja. Detaljnije o ovoj Deklaraciji vidjeti: Bakšić-Muftić, J., *Sistem ljudskih prava*, Magistrat, Sarajevo, 2002, str. 210. i 211.

² Primjera radi, Ustav Bosne i Hercegovine iz 1995. godine u katalogu prava koja priznaje svim osobama na teritoriji Bosne i Hercegovine navodi i slobodu misli, savjesti i vjere (čl. II. st. 3. t. g.). Nepovredivost slobode vjere, savjesti i slobode ispovijedanja vjere i svjetonazora, uz garanciju nesmetanog obavljanja vjerskog obreda propisuje i Ustav Savezne Republike Njemačke (čl. 4. st. 1. i 2). Odredba sličnog sadržaja nalazi se i u Ustavu Republike Hrvatske (čl. 40), i Ustavu Republike Slovenije (čl. 41. st. 1. i 2).

unutrašnje ljudske slobode i proizilazi iz ličnog uvjerenja o fundamentalnim pitanjima.³ U tom smislu, nemoguće ga je ograničiti – može biti ograničeno samo ispoljavanje, odnosno prakticiranje određene vjeroispovijesti.

Sloboda vjeroispovijesti roditelja je kompleksna i ima široke granice, jer se uz slobodu odabira i izražavanja vlastite vjeroispovijesti, ona proteže i na njihovu slobodu odabira vjeroispovijesti u kojoj će odgajati svoje dijete. Takvo ovlaštenje proizilazi iz roditeljske dužnosti i prava na odgoj djeteta, odnosno to je dio sadržaja njihovog roditeljskog staranja,⁴ koje obuhvaća čitav niz odgovornosti, obaveza i prava u pogledu staranja o tjelesnom, duhovnom i intelektualnom razvoju djeteta.⁵

Pravo roditelja da odlučuju o vjerskom odgoju i obrazovanju djeteta normirano je prethodno spomenutim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima,⁶ pri čemu najdetaljnije odredbe sadrži Deklaracija o ukidanju svih oblika nesnošljivosti i diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja.⁷

Ovo pravo roditeljima je priznato i odredbama Konvencije o pravima djeteta,⁸ s tim što ona, kao prvi međunarodni pravni akt obavezujućeg karaktera koji na sveobuhvatan način sankcioniše prava djeteta, unosi novitet u odnosu na rješenja prethodno donesenih internacionalnih dokumenata o ljudskim pravima. Odredbama KPD-a dijete je po prvi put izričito imenovano titularom prava na slobodu mišljenja, savjesti i religije,⁹ a roditeljima, odnosno starateljima je

³ Bakšić-Muhtić, *supra note* 1, str. 209.

⁴ Uz pojam "roditeljsko staranje", u savremenom komparativnom pravu se upotrebljavaju i termini "roditeljska odgovornost", "roditeljska briga", "roditeljsko pravo" i "roditeljska vlast". Termin "roditeljsko staranje" uveden je u bosanskohercegovačko pravo Porodičnim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH 35/05, u daljem tekstu: PZFBiH), a potom prihvaćen i u Porodičnom zakonu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH 23/07, u daljem tekstu: PZBD), dok je u Porodičnom zakonu Republike Srpske (Službeni glasnik RS 54/02, u daljem tekstu: PZRS) zadržan ranije korišteni termin "roditeljsko pravo". Vidjeti detaljnije: Bubić, S.; Traljić, N., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 145.

⁵ Detaljnije o sadržaju roditeljskog staranja u bosanskohercegovačkom pravu vidjeti: *Ibid.*, str. 148-172.

⁶ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima propisuje obavezu država na poštovanje slobode roditelja/staratelja da osiguraju religijsko i moralno obrazovanje svoje djece u skladu s vlastitim uvjerenjima (čl. 18. st. 4). EKLJP normira da se ni jednoj osobi ne može uskratiti pravo na obrazovanje, a da će "u izvršavanju svih funkcija koje se tiču obrazovanja i podučavanja, države poštovati pravo roditelja da osiguraju takvo obrazovanje i podučavanje koje je u skladu s njihovim vlastitim religijskim i filozofskim uvjerenjima" (čl. 2. Prvog protokola uz EKLJP).

⁷ Deklaracija propisuje slobodu roditelja, odnosno staratelja da uredi život unutar porodice u skladu s vlastitom religijom ili uvjerenjima, vodeći pritom računa o moralnom odgoju u kojem bi, prema njihovu vjerovanju, dijete trebalo biti podizano. Djetetu je zagarantovano pravo na pristup vjerskom obrazovanju u skladu sa željama roditelja (ili staratelja), uz zabranu podučavanja o religiji i vjerovanju koje bi bilo protivno željama navedenih subjekata, pri čemu bi se primarno trebalo rukovoditi najboljim interesom djeteta (čl. 5. st.1. i 2).

⁸ Konvencija o pravima djeteta Ujedinjenih nacija iz 1989. godine (u daljem tekstu: KPD).

⁹ Odredbe drugih dokumenata o ljudskim pravima na dijete se odnose samo *ratione materiae*. Ovakva regulacija ukazuje na napredak u shvaćanju da je djetetu, kao ljudskom biću, odnosno osobi, ovo ljudsko pravo inherentno. Hlača, N.; Popović, P., *Pravo djeteta na slobodu savjesti i vjeroispovijedi*, Bogoslovska smotra, 79, (2009) 2, str. 280.

priznato pravo i obaveza da dijete usmjeravaju u ostvarenju tog prava u skladu s njegovim razvojnim sposobnostima.¹⁰

Pravo roditelja na vjerski odgoj djeteta u pojedinim državama izričito je normirano i u tamošnjim ustavima.¹¹

Kako je vidljivo iz navedenih odredaba, savremeno pravo roditeljima ostavlja znatnu slobodu pri određivanju religijskog odgoja vlastitog djeteta, ne propisujući izričito sadržaj i ograničenja tog prava.¹² Jedini princip kojeg oni pritom moraju slijediti, a koji se može tumačiti kao ograničenje, jeste zaštita najboljeg interesa djeteta.¹³ Uz to, ova sloboda ograničena je općim zakonskim normama, koje se odnose na zabranu tjelesnog kažnjavanja i zlostavljanja djece, zabranu dječjeg rada itd.

Sem ovoga, sloboda roditelja da odgajaju dijete prema vlastitim religijskim uvjerenjima donekle je sužena pravom djeteta na slobodu vjeroispovijesti. Djetetu to pravo pripada od rođenja, ali je nesporno kako ga ono može samostalno ostvarivati tek s potpunijim razvojem svojih tjelesnih, psihičkih i intelektualnih sposobnosti. Dotad je ono u pogledu religijskog opredjeljenja pod utjecajem vlastitih roditelja, i najčešće s njima dijeli vjerska uvjerenja, odnosno njegov religijski identitet, barem u ranom djetinjstvu, jednak je religijskom identitetu jednog ili oba njegova roditelja.¹⁴

¹⁰ Član 14. KPD glasi: " 1. Države članice će poštovati pravo djeteta na slobodu mišljenja, savjesti i religije. 2. Države će poštovati prava i obaveze roditelja, odnosno staratelja, da usmjeravaju dijete u ostvarivanju njegovih prava na način koji je u skladu s razvojnim sposobnostima djeteta. 3. Sloboda da se ispoljava vjera ili uvjerenje može se ograničiti samo na način propisan zakonom, i ako je to neophodno da bi se zaštitila javna sigurnost, red, zdravlje ili moral, ili osnovna prava i slobode drugih." Prema stavu u doktrini, roditeljima, odnosno starateljima djeteta ovom odredbom dat je primat u njihovoj odgojnoj ulozi u pogledu prenošenja vjere ili drugih uvjerenja, bez intervencije države, ali oni u ostvarenju tog prava nužno moraju uzeti u obzir razvojne sposobnosti djeteta. Tako: Hlača, Popović, *supra note* 9, str. 282. i 283. Kako ističe druga autorica, "pravo roditelja na taj način je ograničeno i svedeno na razinu "usmjeravanja djeteta". Jakovac-Lozić, D., *Dijete kao titular prava na slobodu savjesti, vjerskog ili drugog uvjerenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 39, 2002, str. 45.

¹¹ Kao primjer se može navesti Slovenija, čiji ustav propisuje pravo roditelja na vjersko i moralno obrazovanje djeteta u skladu s njihovim svjetonazorima, pri čemu se oni neizostavno moraju rukovoditi djetetovim uzrastom i zrelošću te njegovim pravom na slobodu savjesti, vjere i drugih uvjerenja (čl. 41. st. 3).

¹² Između ostalog, u sadržaj prava određivanja religijskog odgoja djeteta u praksi spada ovlaštenje roditelja da odrede način ishrane ili odijevanja djeteta, njegovo učestvovanje u vjerskim obredima i praznicima te podvrgavanje vjerskim ritualima i običajima, religijsko obrazovanje, kao i pravo da dijete isključuje iz takvog obrazovanja itd.

¹³ Zaštita najboljeg interesa djeteta propisana je KPD-om kao primarni kriterij kojeg treba slijediti u svim aktivnostima vezanim za dijete, bez obzira na to ko ih poduzima (čl. 3. st. 1). Na zaštitu najboljeg interesa djeteta u vjerskom obrazovanju poziva se i Deklaracija o ukidanju svih oblika nesnošljivosti i diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja (čl. 5. st. 2). U Deklaraciji je izričito sankcionisana i zabrana takvog prakticiranja religije ili uvjerenja, koje je štetno za tjelesno ili mentalno zdravlje, odnosno cjelokupni razvoj djeteta (čl. 5. st. 5).

¹⁴ Moguće je da u kasnijim fazama djetinjstva, odrastanjem i sazrijevanjem, dijete dođe u sukob s roditeljima u pogledu svog vjerskog opredjeljenja. O pravu djeteta na slobodu vjeroispovijesti, načinu na koji dijete ostvaruje to pravo u odnosu na svoje roditelje i potencijalnom konfliktu tog njegovog prava s istim pravom roditelja vidjeti detaljnije: Hlača; Popović, *supra note* 9, str. 276-289; Jakovac-Lozić, *supra note* 10, str. 33-48.

II.

Pravo roditelja da biraju i manifestuju svoje vjersko opredjeljenje te da određuju religiju u kojoj će vaspitavati vlastito dijete, u određenim slučajevima može doći u koliziju s pravom djeteta na tjelesni integritet, odnosno s ostvarenjem njegovog prava na samoodređenje o životu i zdravlju.¹⁵ Time se dovodi u pitanje i ostvarenje načela najboljeg interesa djeteta, koji je po uzoru na KPD prihvaćen u većini nacionalnih pravnih sistema.

KPD normira pravo na život i pravo na zdravlje djeteta kao temeljna i izvorna prava (čl. 6. i 24.),¹⁶ te naglašava posebno značajnu ulogu roditelja u očuvanju i poboljšanju djetetovog života i zdravlja.¹⁷ U tom cilju, roditelji su ovlašteni odlučiti o preduzimanju svih medicinskih zahvata vezanih za dijete, što svakako podrazumijeva i postupke koji se preduzimaju radi prakticiranja određene religije.

Pitanje prava djeteta na samoodređenje o vlastitom tjelesnom integritetu, koje predstavlja jedan od vidova realizacije njegovog prava na život i zdravlje, u pozitivnom komparativnom pravu nije uređeno na jedinstven način. Relevantni međunarodni dokumenti, prije svih Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini¹⁸ i Deklaracija o pravima djeteta na zdravstvenu zaštitu,¹⁹ obavezuju da se pri donošenju odluke o izvođenju medicinskog zahvata na maloljetnoj osobi kao značajan faktor uzme u obzir i njeno mišljenje, proporcionalno

¹⁵ Pravo na samoodređenje je pravo čovjeka na samostalno disponiranje svojim životom, tijelom i zdravljem, u granicama određenim imperativnim pravnim normama. U pitanju je neotuđivo pravo, zasnovano na ustavnoj garanciji neprikosновенosti ljudske ličnosti. Njegova realizacija, između ostalog, podrazumijeva ovlaštenje titulara da sam preduzima zahvate u vlastiti tjelesni integritet ili da to prepusti drugim osobama. Za zadiranje trećih osoba u tjelesni integritet potreban je pristanak čovjeka na kojem se zahvati izvode, jer su bez njega protivpravni. U slučaju preduzimanja raznovrsnih medicinskih intervencija, bilo da su one medicinski indicirane ili ne, pristanak pacijenta mora biti zasnovan na svim okolnostima nužnim za donošenje odluke da im se podvrgne. Više o tome vidjeti: Radišić, J., *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd, 2004, str. 74. i 75; Gavella. N., *Osobna prava I.*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2000, str. 67-71.

¹⁶ Čl. 6. propisuje da svako dijete ima prirodno pravo na život te u skladu s tim obavezuje države članice da u najvećoj mogućoj mjeri djetetu osiguraju opstanak i razvoj. Pravo djeteta na zdravlje izraženo je kao pravo djeteta na uživanje najvišeg mogućeg standarda zdravlja i pristup institucijama za liječenje i zdravstvenu rehabilitaciju, uz navođenje mjera koje države članice moraju preduzimati u cilju ostvarenja tog prava. Države su također obavezane na provođenje mjera za otklanjanje tradicionalnih postupaka koji štete zdravlju djece (čl. 24. st. 1, 2. i 3). Pri izradi Konvencije pod "tradicionalnim postupkom" u prvom redu se imalo na umu spolno obrezivanje djevojčica, ali je umjesto izričitog navođenja tog zahvata upotrijebljen ovaj uopćeni termin. Vidjeti: Jakovac-Lozić, D., *Prava djeteta kao pacijenta*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 3, Mostar, 2005, str. 139. i 140.

¹⁷ KPD propisuje zajedničku odgovornost roditelja za odgoj i razvoj djeteta, uz isticanje da su oni primarno odgovorni za to i da dobrobit djeteta mora biti njihova osnovna briga (čl. 18. st. 1). Pravo na uživanje roditeljske brige djetetu je, prema odredbama KPD-a, priznato od trenutka njegovog rođenja (čl. 7. st. 1).

¹⁸ Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini Vijeća Evrope iz 1997. godine.

¹⁹ Donijelo ju je Svjetsko udruženje ljekara 1998. godine, dopunjena je 2009. godine.

njenom uzrastu i zrelosti.²⁰ U KPD-u nije izričito normirano pravo djeteta da samostalno očituje pristanak na zdravstvene tretmane i medicinske eksperimente kojima bi trebalo biti podvrgnuto, ali je na to pitanje moguće primijeniti "generalni" konvencijski princip uvažavanja djetetovog mišljenja o svim pitanjima koja se na njega odnose.²¹

Sva nacionalna zakonodavstva ne slijede navedeno rješenje. U manjem broju država djetetu je to pravo uskraćeno, neovisno o njegovom uzrastu i nivou zrelosti, dok su u većem broju država usvojene različite varijante priznanja mogućnosti da se dijete, u skladu sa svojim uzrastom i zrelošću, izjasni u pogledu zdravstvenih postupaka kojima treba biti podvrgnuto. U doktrini i judikaturi se vode polemike o izboru najboljeg kriterija prema kojem bi djeci trebalo biti priznato ovo pravo, jer je nesporno da im je ono, kao ljudskim bićima, prirodno i neotuđivo.²²

III.

Konflikt između prava roditelja na slobodu vjeroispovijesti i prava djeteta na tjelesni integritet i samoodređenje o vlastitom životu i zdravlju u praksi se javlja u više situacija. U pojedinim slučajevima, roditelji zbog insistiranja na svojim vjerskim uvjerenjima djetetu uskraćuju pravo na liječenje, čime ne samo da krše njegovo pravo na samoodređenje nego u opasnost dovode njegov život i zdravlje. Među ostalim, u takve slučajeve spadaju: odbijanje tretmana kemoterapije i radioterapije kao metoda u liječenju djeteta oboljelog od karcinoma, premda mu one daju veće šanse za preživljavanje; odbijanje redovne vakcinacije djeteta, koje u određenim slučajevima rezultira smrću djeteta od dječjih bolesti kao što su ospice; liječenje djeteta isključivo molitvama i vjerom, a ne konvencionalnom medicinom, koje prakticiraju sljedbenici scijentologije i nekih drugih vjerskih sekta, a koje vrlo često okončava smrću djece od meningitisa, upale pluća ili dijabetesa;²³ nepristajanje roditelja, pripadnika vjerske zajednice Jehovini svjedoci, na transfuziju krvi njihovom djetetu, čak i kada mu je život ugrožen; uskraćivanje saglasnosti na davanje kontraceptivnih sredstava ili pobačaj maloljetnice. U nekim drugim slučajevima, roditelji iz

²⁰ Čl. 6.2. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini; Načelo 3. t. j. Deklaracije o pravima djeteta na zdravstvenu zaštitu.

²¹ Taj princip je definisan u čl. 12. KPD: "Države članice će osigurati djetetu koje je u stanju formirati vlastito mišljenje pravo na slobodno izražavanje njegovih stavova o svim stvarima koje se na njega odnose, te ih uvažavati u skladu s dobi i zrelošću djeteta."

²² O regulaciji ovog pitanja u komparativnom i bosanskohercegovačkom pravu te stavovima doktrine i judikature vidjeti detaljnije: Čolaković, M., *Pravo djeteta – pacijenta na samoodređenje*, Zbornik radova s Naučnog skupa Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog, Mostar, 21. 12. 2012. godine, str. 189-208.

²³ Jedan od najpoznatijih svjetskih glumaca i sljedbenik scijentologije, John Travolta, bio je nakon iznenadne smrti svog maloljetnog sina neformalno optužen da mu je zbog vlastitih vjerskih uvjerenja uskratio adekvatne metode liječenja. Dječak je navodno patio od autizma, kojeg scijentološka crkva uopće ne priznaje, a umro je od posljedica epileptičnog napada 2009. godine. Vijest je objavljena na: <http://www.24sata.hr/show/sin-johna-travolte-umro-od-infarkta-ukupaonici-95794> (1. 2. 2014).

vjerskih uvjerenja podvrgavaju dijete određenim medicinskim zahvatima koji nisu medicinski indicirani. Oni tim činom načelno ne ugrožavaju djetetov život i zdravlje, ali zadiru u njegovo pravo na samoodređenje. Primjer za to je obrezivanje – cirkumcizija muške djece.^{24 25}

Pored izazivanja znatne pažnje javnosti, ovakvi slučajevi u posljednje vrijeme sve češće su i predmet sudskog odlučivanja. Pravna teorija i praksa raspravljaju o adekvatnim granicama do kojih bi trebalo sezati pravo roditelja na slobodu vjeroispovijesti, odnosno njihovo pravo da iz vjerskih razloga svoje dijete podvrgnu određenom medicinskom tretmanu ili da takav tretman odbiju, a da pritom ne naškode interesima djeteta – prvenstveno njegovom životu i zdravlju te njegovom pravu na samoodređenje.

III.1.

U zemljama *common law* sistema desili su se mnogobrojni slučajevi smrti djece, preminule stoga što su njihovi roditelji, iz vjerskih ubjeđenja, odbili dati saglasnost da ona budu podvrgnuta nužnim medicinskim intervencijama. Prema jednom istraživanju, u SAD-u je od 1975. do 1995. godine uslijed toga umrlo 172 djece, od čega su samo 43 slučaja procesuirana.²⁶

Judikatura SAD-a svoje odluke u ovakvim slučajevima zasniva na doktrini *parens patriae*.²⁷ Roditeljima se ograničava pravo na ispoljavanje vjere

²⁴ Cirkumcizija ženske djece je medicinski postupak okarakterisan kao tjelesno sakaćenje, koji može prouzrokovati ozbiljne tjelesne i psihičke povrede. S toga je u zakonima mnogih zemalja, među kojima su sve zemlje Evropske unije, ono sankcionisano u krivičnom zakonodavstvu, a međunarodne organizacije za zaštitu ljudskih/ženskih prava vode oštru borbu protiv njega. Detaljnije na: *Žensko genitalno sakaćenje*, http://sh.wikipedia.org/wiki/%C5%BDensko_genitalno_saka%C4%87enje (1. 2. 2014); *Žensko obrezivanje*, http://hr.wikipedia.org/wiki/%C5%BDensko_obrezivanje (1. 2. 2014).

²⁵ Protiv nekoliko ljekara jedne londonske klinike podignuta je 2013. godine krivična prijava zbog obavljanja nezakonitog obrezivanja ukupno 1546 djevojčica iz afričkih zemalja (većinom Nigerije, Eritreje i Somalije). Premda je ovaj postupak u Velikoj Britaniji zabranjen još 1985. godine, ljekari su kao argument u svoju odbranu naveli kako nisu znali da se radi o nezakonitom postupku i jednom vidu zlostavljanja djevojčica. Vijest objavljena na: Jutarnji list, <http://www.jutarnji.hr/londonski-lijecnici-vrsili-nezakonita-obrezivanja-afričkih-djevojčica/1127328/> (1. 2. 2014).

²⁶ Swan R., *Letting Children Die for the Faith*, Free Inquiry magazine, Vol. 19, No 1, 1998, na: <http://www.secularhumanism.org/index.php/articles/2784> (1. 2. 2014). O pojedinačnim slučajevima smrti djece, kojoj su roditelji zbog pripadnosti Scijentološkoj crkvi ili drugim vjerskim sektama uskratili liječenje konvencionalnim medicinskim metodama, vidjeti više: *Cases of Childhood Deaths Due to Parental Religious Objection to Necessary Medical Care*, Massachusetts Citizens for Children, objavljeno na: http://www.masskids.org/index.php?option=com_content&id=161&Itemid=165 (1. 2. 2014).

²⁷ *Parens patriae* (država kao vrhovni staralac), doktrina je prema kojoj država ima interes u brizi i staranju o djeci, kao i o drugim osobama koje same nisu za to sposobne. Na osnovu tog interesa, država može intervenisati protiv roditelja koji zloupotrebljavaju ili zanemaruju svoje obaveze i prava prema djetetu. Vidjeti detaljnije stavove pravne teorije SAD-a o doktrini *parens patriae*: Hubin, D. C., *Parental Rights and Due Process*, Journal of Law and Family Studies, University of Utah School of Law, Vol 1, No 2, 1999, str. 126; Diekema, D. S., *Parental Refusal of Medical Treatment: The Harm Principle as Threshold for State Intervention*, Theoretical Medicine 25, 2004, str. 244, 245, 250-252.

kako bi bio očuvan interes države u pogledu dobrobiti djeteta. Zato je intervencija države u izvršavanje prava i obaveza roditelja dozvoljena kad god je to neophodno za zaštitu djeteta. Roditeljsko odbijanje medicinskog tretmana ili propuštanje da ga osiguraju smatra se zanemarivanjem djeteta i okvalifikovano je kao krivično djelo.²⁸ U pojedinim od ovih slučajeva djeci se priznaje i pravo na naknadu štete.²⁹

U odlučivanju o odgovornosti roditelja sudovi ipak prave razliku između situacija u kojima su medicinske intervencije neophodne za spasavanje djetetovog života i situacija kada one to nisu. U prvim slučajevima, sudovi postupaju u skladu s najboljim interesom djeteta, ali u isto vrijeme moraju voditi računa o ustavnim pravima pojedinca, pokušavajući uspostaviti odgovarajući balans među ovim zaštićenim dobrima. Kao jedan od kriterija za donošenje odluke služe im očekivani efekti predloženog tretmana – procjena njegovog rizika naspram potencijale koristi za dijete. Ako je tretman invazivan, opasan ili donosi minimalnu korist, roditeljsko odbijanje tretmana uvažava se u većoj mjeri. Sudovi usto uzimaju u obzir i pravo djeteta na samoodređenje, shodno njegovoj dobi i zrelosti.³⁰

Premda judikatura SAD-a u najvećem broju ovakvih slučajeva ne uvažava odluke roditelja o odbijanju medicinskih zahvata, moguće je pronaći i pojedine slučajeve u kojima sudovi odlučuju suprotno.³¹

²⁸ U slučaju Rastafarian, roditelji su osuđeni za ubistvo svog devetogodišnjeg sina – dijabetičara. Dječak je umro jer njegov otac nije dozvolio da on bude liječen inzulinom, zbog životinjskog porijekla tog lijeka, nego ga je izveo iz bolnice i odveo kod iscjelitelja u Afriku. Nakon šest sedmica, dijete je u dijabetičkoj komi ponovo vraćeno u bolnicu, gdje je preminulo. Vidjeti detaljnije: Deutsch, E., *Medizinrecht*, 3. Auflage, Berlin, 1997, str. 312, prema: Radišić, J., *Nepristajanje na lečenje dece iz verskih pobuda*, Pravni život 9, 2001, str. 90; Sličan slučaj dogodio se u američkoj saveznoj državi Wisconsin 2008. godine. Roditelji djevojčice *Madeline Neumann* proglašeni su krivim za njeno ubistvo, jer su insistirali na liječenju dijabetesa isključivo molitvama. Detaljnije vidjeti: Forslof C., *Can Parents Refuse Treatment to Children Who Could Die?*, objavljeno na: <http://digitaljournal.com/article/266960> (10. 2. 2014.); U drugom slučaju, bračni par Schaible iz Philadelphiae, optužen je i osuđen za ubistvo njihove osmomesecne bebe, koja je umrla 2011. godine od upale pluća i dijareje. Kao pripadnici fundamentalnog kršćanstva, oni joj nisu davali konvencionalne lijekove nego su se oslanjali na molitve i liječenje vjerom. Sud ih je osudio na kaznu zatvora pošto su izvršenjem tog djela prekršili uslovnu osudu za ubistvo njihovog dvogodišnjeg sina, počinjeno nekoliko godina prije toga, na isti način i iz istih motiva. Vijest je objavljena na: <http://www.examiner.com/article/faith-healing-parents-sent-to-prison-for-death-of-son> (20. 2. 2014.); Poimenično navođenje drugih sličnih slučajeva i primjenu doktrine *parens patriae*, odnosno regulaciju odgovornosti roditelja u pojedinim savezima SAD-a vidjeti u: Cohan, J. A., *Judicial Enforcement of Lifesaving Treatment for Unwilling Patient*, *Creighton Law Review*, Vol 39, 2006., str. 862- 868.

²⁹ Naknada štete u iznosu od 14. 200 000 \$ priznata je djetetu čiji roditelji, pripadnici Hrišćanske nauke, nisu dozvolili njegovo liječenje od dijabetesa ničim drugim sem molitvama (slučaj Lundman). Vidjeti: Deutsch, E., op. cit., prema: Radišić, *supra note* 28, str. 90.

³⁰ Bekink, B., *Striking a Balance between Parental Religious Freedom and the Right and Best Interests of Children*, u: Lødrup P.; Modvar, E., *Family Life and Human Rights*, Gyldendal akademisk, Oslo, 2004, str. 77-79.

³¹ Tako je u slučaju Joseph Hofbauer sud odobrio odluku roditelja o načinu liječenja njihovog djeteta, mada je ova proistekla iz religijskih uvjerenja roditelja. U pitanju je bio osmogodišnjak obolio od karcinoma, kome su ljekari prepisali kemoterapiju i radioterapiju, ali su ga roditelji poslali na Jamajku radi alternativnih metoda liječenja. Starateljski organ je zatražio intervenciju

Konflikt između religijskog opredjeljenja roditelja i zaštite života i zdravlja djeteta u Engleskoj se rješava primjenom principa medicinskog i sudskog paternalizma: ljekar je ovlašten zatražiti od suda da mu odobri izvođenje medicinskog tretmana kojeg roditelji odbijaju zbog svojih vjerskih uvjerenja. U ovom slučaju, primarni kriterij za donošenje odluke je najbolji interes djeteta. S pravnog i moralnog aspekta za sudove je neupitno da taj interes treba prevalirati nad vjerskim uvjerenjima roditelja, premda oni ne zanemaruju ni značaj porodičnih odnosa i slobode vjeroispovijesti roditelja. Ako postoji mogućnost primjene alternativnog tretmana u liječenju, koji bi zadovoljio interese obje strane, sud će donijeti odluku o njegovoj primjeni – ako ne, prevalira najbolji interes djeteta. U situacijama kada je sasvim izvjesno da ne postoje izgledi za izliječenje tj. ozdravljenje djeteta, sud se može saglasiti s roditeljskim odbijanjem medicinske intervencije, smatrajući da je upravo takvo rješenje u najboljem interesu djeteta.³²

I u judikaturi Novog Zelanda višekratno je raspravljano o slučajevima konflikta između vjerskog opredjeljenja roditelja i prava djeteta na život i zdravlje, pri čemu su sudovi primat uvijek davali zaštiti interesa djeteta.³³

U drastične primjere sukoba između prava roditelja na manifestaciju vjerskih ubjedenja i prava djeteta na život i tjelesni integritet spadaju slučajevi roditelja – Jehovinih svjedoka, koji ne dozvoljavaju da njihovoj oboljeloj djeci bude učinjena transfuzija krvi, čak i kada taj čin znači spašavanje djetetovog života.³⁴ Sudovi u ovakvim situacijama gotovo bez izuzetka postupaju u prilog zaštiti života i zdravlja djeteta, odnosno daju nalog da se izvrši transfuzija, protivno volji roditelja. U judikaturi SAD-a prvi ovakav slučaj datira iz 1951. godine,³⁵ a nakon njega je moguće pronaći brojne druge primjere istovrsnih

suda. Sud je zauzeo stav da se takav pokušaj liječenja ne može vrednovati kao njihova nemarnost, iako su ga odabrali prvenstveno iz vjerskih razloga. Vidjeti: Deutsch, *op. cit.*, prema: Radišić, *supra note* 28, str. 91.

³² Vidjeti detaljnije, uz navođenje pojedinih slučajeva: Bekink, *supra note* 30, str. 75-77.

³³ U jednom od takvih slučajeva (The Queen v RJ and DA Moorhead iz 2002. godine), roditelji maloljetnog djeteta osuđeni su zbog njegovog ubistva na kaznu od pet godina zatvora. Oni su bili pripadnici Adventista 7. dana, koji se drže striktnih pravila ishrane i dijete. Uprkos upozorenju ljekara, odbili su tretman konvencionalnom medicinom za svog sina i liječili ga isključivo molitvama i biljnim preparatima. Dječak je umro od posljedica bronho-pneumonije povezane s anemijom i oštećenjem mozga, izazvanih nedostatkom vitamina B 12. U obrazloženju svoje odluke, sud je istakao kako je "propust roditelja da djetetu omoguće medicinski tretman neoprostiv i neopravdan, a njihovo uporno insistiranje na samo-liječenju nalazi se na skali krajnjeg nemara i prkosi racionalnom vjerovanju." Otežavajuću okolnost u ponašanju roditelja, odnosno majke, sud je našao u činjenici da je ona u to vrijeme bila u šestom mjesecu trudnoće. Detaljnije: *Ibid*, str. 61.

³⁴ Jedna od dogmi iz vjerovanja Jehovinih svjedoka glasi: "Unošenjem krvi u tijelo kroz usta ili intravenozno krše se Božji zakoni". Stoga sljedbenici ove zajednice odbijaju ne samo homolognu već i autolognu transfuziju krvi, a prinudnu transfuziju krvi njihovoj djeci smatraju jednakoj silovanju. Vidjeti: Bender, A., *Zeugen Jehovas Bluttransfusion (Eine zivilrechtliche Betrachtung)*, *Medizinrecht* 6, 1999, str. 260, prema: Radišić, *supra note* 28, str. 87; Jehovini svjedoci, na: http://hr.wikipedia.org/wiki/Jehovini_svjedoci (10. 2. 2014).

³⁵ U pitanju je slučaj *People ex. rel. Wallace v. Labrenz*, u kojem je sud raspravljao o davanju transfuzije bebi staroj svega osam dana. Vidjeti: Woolley, S., *Children of Jehova's Witnesses and adolescent Jehova's Witness: what are their rights?*, *Arch Dis Child* Jul 2005, 90 (7). str. 716,

presuda.³⁶ Nešto manji broj slučajeva u odnosu na SAD-a, ali odluke jednakog sadržaja, postoje i u judikaturi Velike Britanije i Australije.³⁷

Ugrožavanje tjelesnog integriteta djeteta, odnosno njegovog prava na samoodređenje, dešava se i u situacijama kada roditelji svojoj maloljetnoj kćeri, zbog vjerskih ubjeđenja, uskraćuju saglasnost na uzimanje kontraceptivnih sredstava ili izvršenje pobačaja. Jedan od najpoznatijih slučajeva koji tretiraju ovaj problem u anglosaksonskoj sudskoj praksi je engleski slučaj *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* iz 1985. godine, proistekao iz protivljenja majke da ljekar njenoj kćeri, mlađoj od 16 godina, preporuči tablete za kontracepciju.³⁸ Baš kao i u ovom slučaju, i u više slučajeva iz judikature SAD-a, u kojima je raspravljano o pravu maloljetnice da donese odluku o pobačaju protivno volji njenih roditelja,³⁹ sudovi su odlučivali u prilog zaštiti tjelesnog integriteta, odnosno prava maloljetnice na samoodređenje.

III.2.

I u praksi zemalja evropskog kontinentalnog pravnog sistema često se događaju slučajevi sukoba između prava roditelja na slobodu vjeroispovijesti i njihove obaveze zaštite najboljeg interesa djeteta u pogledu djetetovog života i zdravlja, odnosno prava djeteta na samoodređenje o ovim ličnim dobrima. Na

dostupno na: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1720472/> (10. 2. 2014.); Cohan, *supra note* 28, str. 868.

³⁶ U slučaju *State v. Perricone* iz 1962. godine, roditelji nisu dopustili da prilikom operacije srca njihovom sinu bude data krv. Sud je donio odluku o postavljanju privremenog staratelja, uz odobrenje za obavljanje transfuzije. U obrazloženju te odluke, sud je naglasio kako "vrhovni interes države da spasi život i interes bolnice da pruži punu njegu pacijentu prevladavaju nad odlukom roditelja da odbiju medicinsku intervenciju"; U slučaju *In re Sampson* iz 1971. godine, majka je odbila da njen 15-godišnji sin bude podvrgnut operaciji jer je to iziskivalo i transfuziju krvi. Operacija mu je bila neophodna zbog rijetkog oboljenja neurofibromatose, koje je prouzrokovalo ekstremnu deformaciju njegovog lica i vrata. Sud je zauzeo stav da "religijska ubjeđenja roditelja moraju odstupati u korist dobrobiti djece, pri čemu uvijek ne mora biti u pitanju zahvat kojim se spašava život, nego i onaj koji povećava šanse za normalan i koristan život". Stoga je sud ovlastio ljekare da izvrše operaciju, odnosno transfuziju. Vidjeti navedene i druge slične odluke: Cohan, *supra note* 28, str. 864 - 868.

³⁷ Woolley, *supra note* 35, str. 716.

³⁸ Nakon što je sud odbio zahtjev gospođe Gillick da se proglasi nezakonitim ovlaštenje ljekara na davanje savjeta o kontracepciji ili kontracepcijskog tretmana maloljetnicama mlađim od 16 godina, bez saglasnosti njihovih roditelja, slučaj je došao pred britanski Dom lordova. Dom lordova je zauzeo stav da "roditeljsko pravo" postoji isključivo u cilju zaštite najboljeg interesa djeteta i da ono slabi s razvojem djetetovih tjelesnih, psihičkih i intelektualnih sposobnosti. Uslijed toga, pravo roditelja na odlučivanje o podvrgavanju medicinskom tretmanu njihovog djeteta mlađeg od 16 godina, ustupa pred djetetom koje je dostiglo zadovoljavajući nivo zrelosti i sposobnosti da razumije prirodu i posljedice predloženog zahvata i o tome samo donese odluku. Ovom odlukom ustanovljen je pravni standard tzv. "*Gillick competent child*", odnosno test "Gillick-sposobnost", na osnovu kojeg se procjenjuje sposobnost maloljetnika mlađih od 16 godina da se sami izjasne o podvrgavanju medicinskom zahvatu (sposobnost očitovanja valjanog pristanka na medicinski tretman stječe se sa 16 godina). Detaljnije o slučaju i njegovom utjecaju na pitanje prava djeteta na samoodređenje u pravu Engleske i Velsa vidjeti: Bainham A., *Children: The Modern Law*, Bristol, 1998, str. 241-281.

³⁹ Vidjeti poimenično navedene slučajeve u: Bekink, *supra note* 30, str. 79.

slučajeve kada su život i zdravlje djeteta dovedeni u opasnost uslijed roditeljskog prakticanja vjere primjenjuju se pravila o roditeljskom staranju, odnosno odgovornosti i obavezi roditelja da brinu o tjelesnom i psihičkom blagostanju djeteta. U takvim slučajevima zakoni pojedinih zemalja ovlašćuju treću osobu –sud⁴⁰ ili organ starateljstva⁴¹ – da se umiješa u konflikt u cilju zaštite najboljeg interesa djeteta. Ako je u pitanju preduzimanje hitne medicinske intervencije, ljekar je može preduzeti uprkos protivljenju roditelja i ne čekajući odluku nadležnog organa.

Slučajevi nepristajanja roditelja na liječenje djeteta zbog njihovih vjerskih uvjerenja događaju se kako u zemljama zapadne Evrope tako i u zemljama u bosanskohercegovačkom susjedstvu – Srbiji i Hrvatskoj. Nažalost, često završavaju tragično – smrću djece. Kao primjer za to mogu poslužiti jedan slučaj iz Srbije⁴² i sličan slučaj iz Hrvatske.⁴³ U jednom drugom slučaju iz Hrvatske, smrt djeteta spriječena je pravovremenom reakcijom pravobraniteljice za djecu.⁴⁴

Pitanje prava roditelja da iz vjerskih uvjerenja podvrgnu dijete medicinski neindiciranim zahvatima, kakav je cirkumcizija muške djece, prije nekoliko godina došlo je u fokus svjetske javnosti zahvaljujući presudi Zemaljskog suda u Kelnu. Radilo se o krivičnom postupku protiv ljekara, optuženog za djelo nanošenja teške tjelesne povrede četverogodišnjem dječaku, kojem je u novembru 2010. godine izvršio medicinski neindiciran zahvat obrezivanja. Roditelji dječaka, pripadnici islamske vjeroispovijesti, prethodno su na njega dali pristanak. Dječak je dva dana nakon obrezivanja hospitaliziran u bolnici radi krvarenja. Prvostepeni sud – Okružni sud u Kelnu, donio je oslobađajuću presudu, s obrazloženjem da je zahvat bio pravno osnovan zbog

⁴⁰ Takvo rješenje sadrži, među ostalima, zakonodavstvo Grčke, Slovačke, Kipra i Holandije. Vidjeti detaljnije: Čolaković, *supra note* 22, str. 190-200.

⁴¹ Ovo rješenje usvojeno je, primjera radi, u pravu Hrvatske, Slovenije i Srbije. Vidjeti detaljnije: *Ibid.*

⁴² Radi se o slučaju iz 90-tih godina 20. vijeka, u kojem su roditelji, pripadnici Jehovinih svjedoka, odbili transfuziju krvi za svoje dijete, koje je nakon toga umrlo. Prema: Radišić, *supra note* 28, str. 87-88.

⁴³ U riječkoj bolnici je uslijed krvarenja preminula devetogodišnja djevojčica iz Malog Lošinja, jer njena majka, Jehovina svjedokinja, nije dozvolila ljekarima da joj daju transfuziju. Djevojčica je bolovala od specifičnog oblika leukemije, a transfuzija joj je bila potrebna zbog sprječavanja iskrvarenja. Tužilaštvo ipak nije pokrenulo krivični postupak protiv njene majke, oslanjajući se na nalaze vještaka da davanjem transfuzije dva dana prije smrti djevojčici ne bi mogao biti spašen život. Bošković, Z., *Medicina i pravo*, Pergamena, Zagreb, 2007, str. 175.

⁴⁴ U ovom splitskom slučaju iz 2004. godine roditelji su samoinicijativno izveli iz bolnice svoju maloljetnu kćer koja je bolovala od akutne limfoblastične leukemije, prekidajući time njenu terapiju, premda su bili svjesni da ona bez potpunog provođenja terapije ima svega 1-2% šansi za preživljavanje. Svoju odluku su opravdali vlastitim religijskim uvjerenjima, odnosno Božjim glas koji je majci rekao da tako postupi. U slučaj se umiješala pravobraniteljica za djecu, istakavši kako ne može biti prepušteno isključivo roditeljima, upoznatim s argumentovanim stavovima ljekara i medicinskim indikacijama o mogućim zdravstvenim rizicima planiranog zahvata, da odluče uskratiti pristanak na podvrgavanje djeteta tom zahvatu. Djeca su titulari prava koja im pripadaju bez ikakvih ograničenja i koja obuhvataju sva područja životnih odnosa. Odrasle osobe, odnosno roditelji imaju odgovornost pomoći djeci u njihovom ostvarenju. Vidjeti detaljnije: Jakovac-Lozić, *supra note* 16, str. 157.

date saglasnosti roditelja.⁴⁵ Zemaljski sud u Kelnu, kao drugostepeni, odbio je žalbu Tužilaštva i potvrdio prvostepenu presudu, ali je svoju odluku o nepostojanju krivične odgovornosti ljekara utemeljio na sasvim drugim argumentima. Ovaj Sud je ustanovio da religijski motivisano obrezivanje muške djece ispunjava sve elemente krivičnog djela nanošenja teške tjelesne povrede prema njemačkom Krivičnom zakonu,⁴⁶ a nije opravdano ni u fazi provjere protivpravnosti. Njegovu kažnjivost isključio je tek u fazi provjere krivice.⁴⁷ Sud je u obrazloženju svoje odluke naglasio da odbija mogućnost opravdavanja čina davanjem saglasnosti roditelja, jer "pravo roditelja na religijski odgoj djece nema prednost u odnosu na pravo djeteta na tjelesni integritet te njegovo pravo na samoodređenje. Stoga pristanak na obrezivanje nije spojiv s dobrobiti djeteta. Tijelo djeteta se trajno mijenja obrezivanjem. Ta tjelesna promjena protivna je interesu djeteta koje kasnije samo treba odlučivati o svojoj vjerskoj pripadnosti." Uz ovo, Sud je istakao da "radnja optuženog nije bila opravdana pristankom roditelja na povredu, a pristanak četverogodišnjeg djeteta nije postojao niti je mogao biti dat s obzirom na njegovu nedovoljnu zrelost." Sud je došao do zaključka da obrezivanje dječaka iz religijskih razloga, ako sami nisu sposobni dati pristanak, nije opravdano pristankom njihovih roditelja – što znači da se radi o krivičnom djelu nanošenja tjelesne povrede.⁴⁸

Ova presuda je izazvala žestoke reakcije jevrejske i muslimanske zajednice u Evropi i Izraelu. Kao rezultat tih reakcija krajem 2012. godine uslijedila je izmjena Građanskog zakonika Njemačke.⁴⁹ Njome je normirano ovlaštenje roditelja da dadnu saglasnost za medicinski neindicirano obrezivanje muškog djeteta koje još nije sposobno za rasuđivanje.⁵⁰

Prijedlozi za zabranu vjerski motivisanog obrezivanja dječaka javljaju se posljednjih godina i u drugim zemljama Evrope, i često imaju kako pravnu i etičku, tako i političku pozadinu. U Holandiji je 2010. godine na ovome insistiralo Kraljevsko holandsko udruženje ljekara (KNMG), navodeći da je

⁴⁵ Sud je istakao da je odluka o podvrgavanju zahvatu bila utemeljena na dobrobiti djeteta, jer je cirkumcizija izraz kulturološke i religijske pripadnosti pojedinca, čime se sprečava dječakova stigmatizacija. Uz to, poznata je i na američkom i anglosaksonskom prostoru, gdje se izvodi iz higijenskih razloga. Presuda Okružnog suda u Kelnu Az. 528 Ds 30/11 od 21. 9. 2011. godine, prema: Pürner, S., *Aktuelnosti iz njemačkog prava*, Nova pravna revija 2/2012, str. 62.

⁴⁶ §223 Krivičnog zakonika Njemačke (StBG).

⁴⁷ Sud je ustanovio postojanje neotklonjive pravne zablude i stoga izrekao oslobađajuću presudu.

⁴⁸ Presuda Zemaljskog suda u Kelnu Az. 151 Ns 169/11 od 7. 5. 2012. godine. Vidjeti detaljnije o slučaju: Pürner, *supra note* 45, str. 62. i 63.

⁴⁹ Vorschrift eingefügt durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20. 12. 2012 (BGBl. I S. 2749) m.W.v. 28. 12. 2012.

⁵⁰ §1631d Građanskog zakonika Njemačke (BGB) propisuje u prvom stavu da roditeljsko staranje obuhvata i pravo na davanje saglasnosti za obrezivanje muškog djeteta, kada ono nije neophodno iz medicinskih razloga, a dijete još nije sposobno za rasuđivanje, pod uslovom da se obrezivanje vrši prema pravilima medicinske struke. Ovo pravilo se ne primjenjuje u slučaju da je dobrobit djeteta ugrožena izvođenjem zahvata obrezivanja, imajući pritom u vidu njegovu svrhu. U drugom stavu ovog člana normirana je mogućnost da djeci mlađoj od šest mjeseci zahvat cirkumcizije izvede pripadnik odgovarajuće vjerske zajednice koji je za to posebno obučen, bez prisustva ljekara.

takav zahvat medicinski nepotreban i da se njime krši pravo djeteta na tjelesni integritet.⁵¹

Slične argumente u izjavi o obrednom obrezivanju dječaka iznijela je krajem 2012. godine i slovenačka pravobraniteljica za ljudska prava, potakavši time snažne kritike ne samo pripadnika muslimanske i jevrejske zajednice u Sloveniji nego i slovenačke katoličke crkve.⁵²

U Švedskoj je inicijativu za zabranu obrezivanja najprije potaknula ultradesničarska partija neonacističkih korijena. Potom je 2013. godine za nju pledirao, zajedno s kolegama iz ostalih nordijskih zemalja,⁵³ tamošnji pravobranilac za djecu, navodeći da je čin obrezivanja suprotan odredbama KPD-a i osnovnim principima medicinske etike, jer se izvodi bez medicinskih indikacija na osobama koje nisu sposobne dati svoj pristanak, a uz to je bolan, neizmjenjiv i može prouzrokovati ozbiljne posljedice.⁵⁴

O ovom pitanju izjasnila se krajem 2013. godine i Parlamentarna skupština Vijeća Evrope Rezolucijom o pravu djeteta na tjelesni integritet.⁵⁵ U njoj je pozvala zemlje članice na otvaranje javne rasprave, interkulturalnog i interreligijskog dijaloga o opravdanosti izvođenja pojedinih medicinski neindikiranih zahvata, među ostalim i obrezivanju dječaka iz vjerskih motiva, u cilju zaštite od povređivanja njihovog tjelesnog integriteta, odnosno dječjih/ljudskih prava.

III.3.

Pravo djeteta na zaštitu života i zdravlja u bosanskohercegovačkom pravnom sistemu primarno je uređeno odredbama porodičnih zakona, koje su u tom pogledu usklađene s rješenjima KPD-a.⁵⁶ PZFBiH i PZBD izričito propisuju

⁵¹ Vijest objavljena na: Metro portal, <http://metro-portal.hr/lijecnici-pokrenuli-inicijativu-za-prestanak-obrezivanja-djecaka/41152> (1. 2. 2014).

⁵² Pravobraniteljica je navela da obrezivanje muške djece mlađe od 15 godina bez medicinskih indikacija predstavlja kršenje prava djece i povredu njihova tjelesnog integriteta, jer "ustavno pravo na vjersku slobodu ne opravdava povredu tjelesnog integriteta druge osobe". Budući da u Sloveniji ovo pitanje nije pravno normirano, ona smatra da se o njemu moraju izjasniti medicinska i pravna struka, ali i politika. Vidjeti detaljnije na: <http://www.novolist.hr/Vijesti/Svijet/Obredno-obrezivanje-na-europskoj-konzultaciji> (1. 2. 2014); <http://forum.net.hr/forums/t/339878.aspx> (1. 2. 2014).

⁵³ Bili su to pravobranitelji za djecu iz Norveške, Finske, Danske i Islanda te glasnogovornik djece s Grenlanda, kao i predstavnici Udruženja nordijskih pedijatara i pedijatrijskih hirurga. Vijest objavljena na: <https://www.crin.org/en/library/news-archive/male-circumcision-nordic-ombudspersons-seek-ban-non-therapeutic-male> (1. 2. 2014).

⁵⁴ U Švedskoj je obrezivanje dječaka iz vjerskih pobuda normirano 2001. godine. Zakonom su propisani uslovi pod kojim je moguće izvesti ovaj medicinski zahvat. Ti uslovi su: dijete ne može biti mlađe od dva mjeseca, obrezivanje mora obaviti ljekar ili vjerski službenik koji posjeduje specijalnu dozvolu, roditelji moraju prethodno biti potpuno informisani o zahvatu te je potreban njihov pristanak zasnovan na tim informacijama. Vidjeti detaljnije: Radojčić, J., *Zabrana obrezivanja u Švedskoj?*, objavljeno na: Aurora, <http://www.aurora.hr/2914/zabrana-obrezivanja-u-svedskoj/> (1. 2. 2014).

⁵⁵ Resolution 1952 (2013) Parliamentary Assembly Council of Europe, Text adopted on 1 October 2013.

⁵⁶ *Supra note* 16. i 17.

pravo djeteta na staranje o životu, zdravlju i razvoju ličnosti,⁵⁷ pri čemu obavezu na to staranje nalažu njegovim roditeljima.⁵⁸ Za razliku od njih, PZRS decidno ne normira pravo djeteta na život i zdravlje, ali decidno propisuje pravo i obavezu roditelja da štite svoju maloljetnu djecu i da brinu o njihovom životu i zdravlju.⁵⁹ Iz tumačenja navedene odredbe nedvosmisleno poizilazi da je dijete titular ovog prava.⁶⁰

Po uzoru na odredbe KPD-a, PZFBiH i PZBD uređuju pravo djeteta na izražavanje vlastitog mišljenja i obavezu njegovog uvažavanja, u skladu s njegovim uzrastom i zrelošću.⁶¹ U važećoj verziji PZRS-a ovo pravo nije posebno normirano,⁶² ali bi *de lege ferenda* trebalo biti.⁶³ Uz ovo, za pitanje sposobnosti djeteta da dadne pristanak na podvrgavanje medicinskim zahvatima vezane su i norme porodičnog prava kojima je uređena poslovna sposobnost fizičkih osoba, odnosno pravo i obaveza roditelja na zastupanje njihove maloljetne djece. Ovo pravo i obaveza roditelja normirani su u sva tri porodična zakona koja važe na području Bosne i Hercegovine,⁶⁴ ali to nije učinjeno na identičan način. PZFBiH i PZBD djeci koja su dostigla određeni uzrast priznaju ograničenu poslovnu sposobnost,⁶⁵ dok PZRS ne propisuje sposobnost samostalnog nastupanja u pravnom prometu prije punoljetnosti.⁶⁶

Na pravo djeteta na samoodređenje u pogledu tjelesnog integriteta i zdravlja u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine odnose se i odredbe zakona iz oblasti zdravstva, koji normiraju prava i obaveze pacijenta. U Federaciji Bosne i Hercegovine ovo pitanje je uređeno Zakonom o pravima, obavezama i

⁵⁷ Čl. 124. st. 1. PZFBiH; Čl. 107. st. 1. PZBD.

⁵⁸ Čl. 134. st. 1. PZFBiH; Čl. 117. st. 1. PZBD.

⁵⁹ Čl. 81. st. 1. PZRS. Tekuća reforma PZRS-a ukazuje na to da bi pravo i obaveza roditelja na brigu o životu i zdravlju njihovog djeteta *de lege ferenda* trebali biti preciznije uređeni, uz istovremeno sankcionisanje prava djeteta na osiguranje najboljih mogućih životnih i zdravstvenih uslova za njegov pravilan i potpun razvoj (čl. 3. Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Republike Srpske, verzija iz septembra 2011. godine, u daljem tekstu: ZID PZRS).

⁶⁰ Pored navedenih, porodični zakoni sadrže još nekoliko odredaba kojima je propisana zaštita tjelesnog i psihičkog integriteta djeteta. To su odredbe kojima je sankcionisano pravo djeteta na zaštitu od svih oblika nasilja, zloupotrebe i zlostavljanja u porodici i van nje (čl. 127. i 134. PZFBiH; čl. 110. i 117. PZBD; čl. 97. st. 1. PZRS).

⁶¹ Čl. 125. st. 1. PZFBiH; Čl. 108. PZBD.

⁶² Normirane su samo pojedine situacije u kojima postoji ovlaštenje djeteta određenog uzrasta na izražavanje mišljenja i obaveza njegovog uvažavanja. To su priznanje vanbračnog očinstva (čl. 119. st. 1) i usvojenje (čl. 145. st. 2), te donošenje odluke o povjerenju djece na zaštitu i odgoj. U trećem slučaju ovo ovlaštenje djeteta nije uslovljeno njegovim uzrastom već sposobnošću da izrazi mišljenje (čl. 92).

⁶³ Čl. 6. Nacrta ZID PZRS.

⁶⁴ Čl. 137. st. 1. PZFBiH; Čl. 120. st. 1. PZBD; Čl. 84. st. 1. PZRS.

⁶⁵ U PZFBiH-u uzrast za stjecanje ograničene poslovne sposobnosti je 14 godina (čl. 157. st. 5), a u PZBD-u taj uzrast iznosi 14, odnosno 16 godina, ovisno jesu li u pitanju djeca pod starateljstvom ili djeca o kojoj se staraju roditelji (čl. 139. st. 5. , čl. 169. st. 2. i čl. 120. st. 2.). Treba napomenuti da odredbe PZBD-a koje regulišu stjecanje ograničene poslovne sposobnosti nisu potpuno precizne i međusobno su kontradiktorne u određenoj mjeri, zbog čega izazivaju dileme i potrebu za tumačenjem. Vidjeti o tome detaljnije: Čolaković, *supra* note 22, str. 201.

⁶⁶ *De lege ferenda* bi fizičke osobe ograničenu poslovnu sposobnost trebale stjecati u dobi od 15 godina (čl. 5. Nacrta ZID PZRS).

odgovornostima pacijenata⁶⁷ kao *lex generalis*. Njime je propisano ovlaštenje maloljetne osobe starije od 15 godina, sposobne za rasuđivanje, da u određenim slučajevima samostalno dadne pristanak na medicinski zahvat, odnosno da o tom zahvatu iznese stav u skladu sa zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje, ako zbog vrste zahvata nije ovlaštena na samostalni pristanak. Dijete mlađe od ove dobi mora biti uključeno u postupak odlučivanja, shodno svojoj zrelosti i sposobnosti za rasuđivanje.⁶⁸ Uvažavanje najboljeg interesa djeteta u ovakvim situacijama ostvaruje se i kroz odredbu ZPOOP-a kojom je propisana obaveza ljekara, da u slučaju sukoba interesa između djeteta i njegovih roditelja u pogledu izvođenja medicinskog zahvata, o tome odmah obavijesti organ starateljstva.⁶⁹

U Republici Srpskoj i Brčko Distriktu status pacijenta normiran je zakonima o zdravstvenoj zaštiti.⁷⁰ Ovi zakoni imaju dosta restriktivnija rješenja pitanja prava maloljetne osobe da se očituje o podvrgavanju medicinskom tretmanu u odnosu na navedena rješenja ZPOOP-a. To pravo djeci je priznato samo u dva slučaju, i to je izuzetak od generalnog pravila da pristanak na medicinski tretman za maloljetne osobe daju njihovi zakonski zastupnici.⁷¹

Ako se dogodi kolizija između prava roditelja na manifestaciju vjerskih uvjerenja i prava djeteta na zaštitu života i tjelesnog integriteta, u njegovo razrješenje dužan je uključiti se i organ starateljstva, jer je na osnovu odredaba porodičnih zakona on ovlašten preduzimati potrebne mjere radi zaštite prava i najboljeg interesa djeteta.⁷²

IV.

Pitanje dokle se prostiru granice prava roditelja na ispoljavanje vlastitih vjerskih uvjerenja naspram prava djeteta na život i zdravlje spada u jedno od kompleksnijih pitanja iz domena odnosa roditelja i djece, jer se bavi sukobom dvaju temeljnih ljudskih prava. Pritom nije riječ samo o pravima i interesima pojedinca, nego taj sukob tangira i interese šire zajednice: postoji zakonska obaveza i pravo roditelja na staranje o djeci, prava i interesi vjerskih zajednica, obaveze države u zaštiti dječjih prava itd.

Potpuno uvažavanje vjerskih sloboda pojedinca jedan je od izraza svakog demokratskog društva, ali je nesporno da takva sloboda mora biti omeđena određenim granicama, kako ne bi bili povrijeđeni prava i interesi drugih subjekata. To se naročito odnosi na slobodu vjeroispovijesti roditelja, jer

⁶⁷ Službene novine FBiH 40/10., u daljem tekstu: ZPOOP.

⁶⁸ Čl. 22. st. 2., 5. i 6. ZPOOP. O određenim manjkavostima ove odredbe vidjeti detaljnije: Čolaković, *supra note* 22, str. 203.

⁶⁹ Čl. 22. st. 7. ZPOOP.

⁷⁰ Zakon o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske, Službeni glasnik RS 106/09., u daljem tekstu: ZZZRS; Zakon o zdravstvenoj zaštiti Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BD BiH 38/11, u daljem tekstu: ZZZBD.

⁷¹ Radi se o slučaju sumnje ili izvjesnosti u pogledu postojanja zarazne bolesti i bolesti ovisnosti, a ovlaštenje na samostalno očitovanje pristanka na tretman pripada maloljetnicima starijim od 15 godina (čl. 25. st. 3. ZZZRS; čl. 31. st. 3. ZZZBD).

⁷² Čl. 150. PZFBiH; Čl. 133. PZBD; Čl. 94. PZRS.

oni prakticanjem vjere ne smiju škoditi dobrobiti i bilo kojem interesu svoga djeteta, napose ne njegovom životu i zdravlju.

U praksi nisu tako rijetki slučajevi odbijanja roditelja da svoje dijete podvrgnu određenom medicinskom tretmanu, zasnovani na njihovom vjerskom uvjerenju, kojim ne samo da krše pravo djeteta na samoodređenje o njegovom tjelesnom integritetu nego i dovode u realnu opasnost njegov život i zdravlje.

Ispravan je stav doktrine, u kojem je ona potpuno jednoglasna, da roditelji ne smiju žrtvovati ova djetetova dobra radi svojih vjerskih uvjerenja i interesa.⁷³ Odbijanje medicinskog tretmana kakvi su transfuzija krvi, hirurški zahvat ili kemoterapija, kojima će djetetov život biti spašen ili produžen, predstavlja moralno i pravno nedopustiv čin, a roditelji time prekoračuju svoja prava i obaveze iz roditeljskog staranja.⁷⁴ Doktrina naglašava da prava djece trebaju biti maksimalno zaštićena sve dok ona ne postanu odrasle osobe i ne steknu sposobnost samostalnog odlučivanja. Njihova prava moraju imati prednost nad pravima roditelja ako ona dođu u međusobni sukob.⁷⁵ Roditelji mogu praviti od sebe mučenike, ali to ne smiju činiti od vlastitog djeteta.⁷⁶

Budući da su dužnosti i prava roditelja prema djeci primarno ustanovljena u korist zaštite djece, kao bića koja zbog neposjedovanja adekvatnog stepena tjelesnog, psihičkog i intelektualnog razvoja trebaju brigu i pomoć odraslih osoba, najbolji interes djeteta mora biti primarni kriterij za razrješavanje sukoba između prava roditelja na slobodu vjeroispovijesti i prava djeteta na život i tjelesni integritet, odnosno njegovog prava na samoodređenje o ovim ličnim dobrima. Kad je riječ o roditeljskom odbijanju medicinskih zahvata, uz obavezno uključivanje organa starateljstva koji će voditi računa o zaštiti najboljeg interesa djeteta, u donošenje odluke o zahvatu trebalo bi uključiti i dijete, shodno odredbama porodičnih zakona i zakona kojima su u Bosni i Hercegovini normirana prava pacijenta, odnosno KPD-a i drugih relevantnih međunarodnih dokumenata. Dijete bi također trebalo biti uključeno i u donošenje odluke o podvrgavanju medicinski neindiciranim zahvatima, kao što je cirkumcizija dječaka, u skladu sa zakonom propisanim pretpostavkama.

⁷³ Radišić, *supra note* 28, str. 88; Bekink, *supra note* 30, str. 59-61. i 80; Cohan, *supra note* 28, str. 863.; Papadopoulou, L., *Children and religious freedom*, u: Lødrup P.; Modvar, E., *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, str. 546-547.

⁷⁴ Radišić, *supra note* 28, str. 88-89.

⁷⁵ Bekink, *supra note* 30, str. 80.

⁷⁶ Cohan, *supra note* 28, str. 863.

RELIGIOUS COMMITMENT OF PARENTS VS. THE BEST INTEREST OF CHILD IN EXERCISING HIS RIGHTS TO PHYSICAL INTEGRITY

Summary: The right of parents to choose their religious commitment and determine the religion for raising their child in certain cases may come into conflict with the child's right to physical integrity and exercise his right to self-determination in life and health care. It is not just about the rights and interests of the individual, but such a conflict touches upon the interests of the whole community: there is a legal obligation and the right of parents to care for their children, the rights and interests of religious communities, the state's obligation to protect children's rights etc.

In practice, this conflict occurs in many different situations. In some of them, due to the parental refusal to provide necessary medical treatment for their child, the child's life and health are directly threatened. Such cases are settled through the mediation of the court and with the participation of other state bodies responsible for protecting the rights and interests of children. It is the best interests of the child, as the primary criterion defined in the Convention on the Rights of the Child, that should be followed as a guiding principle in resolving this conflict, because the religious beliefs and interests of parents should not outweigh the well-being of their child.

Key words: parent, child, religion, physical integrity, best interest

UREDBA BRISSEL IIa U SVJETLU PRAKSE SUDA EUROPSKE UNIJE

U radu su predstavljene i analizirane odluke Suda EU u vezi sa tumačenjem Uredbe Brissel IIa u kojima se Sud EU rukovodio najboljim interesom djeteta. Sud EU vezan je načelom najboljeg interesa djeteta kao vrhovnim kriterijem u svim postupcima vezanim za djecu, što se i navodi u propisima primarnog i sekundarnog prava – čl. 24. Povelje EU o temeljnim pravima i preambula 33 Uredbe Brissel IIa. Osobito važnim smatra se stav Suda EU da se Uredba Brissel IIa treba tumačiti u svjetlu prava navedenih u Povelji EU o temeljnim pravima, posebno prava djeteta. Radi se o izuzetno dinamičnoj oblasti te je, za razvoj bosanskohercegovačkog međunarodnog privatnog prava, od posebne važnosti imati kontinuirani pregled ne samo zakonodavne već i sudske aktivnost unutar Europske unije koja je već sada izgradile neke opće pravce razvoja europskog međunarodnog porodičnog prava.

Ključne riječi: Uredba Brissel IIa, Sud EU, Povelja EU o temeljnim pravima, najbolji interes djeteta.

1. Uvod

Uredba 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti¹ donesena je 27. 11. 2003. godine, a stupila je na snagu 1. 3. 2005. godine, derogiravši Uredbu 1347/2000 o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnoj materiji i materiji roditeljskog staranja o zajedničkoj djeci bračnih partnera od 20. 5. 2000. godine.² Na snazi je u svim zemljama članicama Europske unije s izuzetkom Danske. Donošenje ove Uredbe predstavlja još jedan dokaz u prilog stajalištu da se porodičnopravna pitanja smatraju bitnim dijelom europskih integracija i da su države članice, unatoč značajnoj razlici koja postoji između materijalnopravnih, kolizionopravnih i jurisdikcionih rješenja nacionalnih pravnih poredaka, u stanju postići sporazum o jedinstvenim pravilima koja se odnose na neku od važnih porodičnopravnih situacija sa međunarodnim elementom.³

U materiji u kojoj je donesena, bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti, zamjenjuje unutarnja pravila država članica. Naime, Uredba kao najznačajniji izvor sekundarnog prava Europske unije, obavezujuća je u cijelosti i neposredno se primjenjuje u državama članicama u skladu sa

¹ Tekst Uredbe 2201/2003 u Službeni list EU L 338, od 23. 12. 2003.

² Tekst Uredbe u Službeni list EU L 160, od 30. 6. 2000.

³ Jäntä-Jareborg, M., *Marriage Dissolution in an Integrated Europe: The 1998 European Union Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II Convention)*, Yearbook on Private International Law, 1999, str. 2.

Ugovorom o funkcioniranju EU (čl. 72. Uredbe Brissel IIa).⁴ To za pravosudne i druge organe u državama članicama znači obavezu u primjeni pravila Uredbe Brissel IIa u odnosu na unutarnje propise međunarodnog privatnog prava.⁵ Tumačenje Uredbe Brissel IIa u nadležnosti je Suda pravde EU. Kako bi se postigla jedinstvena primjena komunitarnih propisa, jedna od značajnih nadležnosti Suda pravde EU je i vođenje postupka prethodnog odlučivanja ili tumačenja u smislu tumačenja prava Europske unije.⁶ Svaki nacionalni sud može tražiti tumačenje uredbi u formi prethodnog odlučivanja pred sudom, što u konačnici vodi jedinstvenom tumačenju i primjeni uredbi kao najznačajnijeg izvora Europskog međunarodnog privatnog prava.⁷

Stupanjem na snagu Uredbe Brissel IIa, marta 2005. godine, Sud EU uvrstio se u red porodičnih sudova. Posebno intenzivno, Sud EU bavio se sa dijelom Uredbe Brissel IIa koja regulira oblast roditeljskog staranja. U radu ćemo predstaviti i analizirati one odluke u kojima se Sud EU obrazlažući ih, pozivao na najbolji interes djeteta kao vrhovni kriterij u svim postupcima vezanim za djecu. Vidjet ćemo da se radi o jednoj izuzetno dinamičnoj oblasti europskog međunarodnog porodičnog prava.

Za razvoj bosanskohercegovačkog međunarodnog privatnog prava od posebne važnosti je pratiti ne samo zakonodavnu već i sudsku aktivnost unutar Europske unije koja je već sada izgradile neke opće pravce razvoja europskog međunarodnog procesnog prava u oblasti roditeljske odgovornosti.

2. Sudska praksa Suda EU u vezi sa tumačenjem Uredbe Brissel IIa

Jedna od važnih nadležnosti Suda EU jeste tumačenje izvora europskog primarnog i sekundarnog prava u postupku prethodnog odlučivanja, a sve s ciljem sprječavanja različite interpretacije komunitarnih propisa, odnosno njihove jednoobrazne primjene. Sudovi država članica, kao redovni sudovi u primjeni propisa Europske unije, mogu tražiti od Suda EU da odluči o pitanju koje se tiče europskog prava, a koje se pojavilo u postupku koji vode, ako je odluka o pitanju nužna za donošenje presude (čl. 267. Ugovora o funkcioniranju EU). Odluka suda je obavezujuća, nije samo prosto mišljenje, ne samo za sud države članice koji je pokrenuo postupak prethodnog odlučivanja već i za druge sudove te države članice ali i svih ostalih država članica. S obzirom da je postupak prethodnog odlučivanja samo dio postupka koji se odvija pred nacionalnim sudom, možemo pretpostaviti da se radi o dugotrajnim postupcima.

⁴ Čl. 288. Ugovora o funkcioniranju EU (ex čl. 249. Ugovora o EZ).

⁵ Prednost u primjeni postoji i odnosu na konvencije i međunarodne ugovore koji su prije stupanja na snagu Uredbe Brissel IIa zaključeni između dvije ili više država članica. Ovakva supremacija Uredbe kao komunitarnog akta sasvim je logična ako se uzme u obzir da međunarodni ugovori ratifikacijom postaju dio unutanjeg pravnog poretka svake države. Takvi ugovori proizvode pravne učinke samo u odnosu na pitanja na koja se uredba ne odnosi – čl. 59. – 62. Uredbe Brissel IIa.

⁶ Čl. 267. (ex čl. 234.) Ugovora o funkcioniranju EU.

⁷ Više o tome u Bouček, V., *Europsko međunarodno privatno pravo u eurointegracijskom postupku*, Zagreb, 2009., str. 91 – 100. Alihodžić, J., *Razvoj Evropskog međunarodnog privatnog prava: pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*, Tuzla, 2012, str. 61 – 64, 72.

Upravo zbog toga uveden je hitni prethodni postupak (PPU, od francuskog *procédure préliminaire d'urgence*)⁸. Hitni prethodni postupak primjenjuje se u predmetima od stvarne hitnosti, npr. sporovi o roditeljskom staranju nad djetetom, a daje mogućnost Sudu pravde EU da znatno brže odlučuje.⁹ Međutim, bez obzira da li se radi o hitnom postupku ili ne, Sud EU vezan je načelom najboljeg interesa što se i navodi u propisima primarnog i sekundarnog prava. Naime, Poveljom EU o temeljnim pravima¹⁰ određuju se temeljna prava koja Europska unija i države članice moraju poštovati pri provedbi prava Europske unije. Riječ je o pravno obvezujućem instrumentu koji je donesen kako bi se izričito priznala i osigurala transparentnost uloge koju temeljna prava imaju u pravnom poretku Europske unije. U čl. 24. koji nosi naslov Prava djeteta Povelja navodi da: "Djeca imaju pravo na zaštitu i brigu koja je potrebna za njihovu dobrobit. Djeca mogu slobodno izražavati svoje mišljenje. Njihovo mišljenje uzima se u obzir u pitanjima koja se na njih odnose, u skladu s njihovom dobi i zrelosti. U svakom djelovanju koje se odnosi na djecu, bez obzira na to provodi li ga tijelo vlasti ili privatna ustanova, primarni cilj mora biti zaštita interesa djeteta. svako dijete ima pravo na održavanje redovnog osobnog odnosa i neposredni kontakt s oba roditelja, osim kada je to u suprotnosti sa zaštitom njegovih interesa". Uredba Brissel IIa priznaje temeljna prava i poštuje načela Povelje EU o temeljnim pravima, a osobito nastoji osigurati poštivanje temeljnih prava djeteta, opisanih u već spomenutom čl. 24. (preambula 33.).

Predstavit ćemo i analizirati odluke Suda EU u vezi sa tumačenjem Uredbe Brissel IIa u kojima se Sud EU rukovodio najboljim interesom djeteta. Radi se o sljedećim odlukama: Odluka od 23. 12. 2009. – Rs. C-403/09 PPU – Detiček/Sgueglio¹¹, Odluka od 1. 7. 2010. – Rs. C211/10 PPU – Doris Povse/Mario Alpagó¹², odluka od 5. 10. 2010. – Rs. C-400/10 PPU – J. McB/L.E.¹³, Odluka od 22. 12. 2010. – Rs. C-497/10 PPU – Barbara

⁸ Hitni prethodni postupak, uveden Odlukom Vijeća EU od 20. 12. 2007. – OJ L-24/42, ureden je čl. 23a. Statuta Suda pravde EU i čl. 104b. Pravila postupka Suda.

⁹ Prvi slučaj o kojem je odlučivano u hitnom postupku jeste C-195/08 *Inga Rinao*, u kojem je odlučivao o primjeni čl. 11. Uredbe Brissel IIa, a u povodu odluke o nepovratku djeteta. Medić Musa, I., *Komentar Uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi*, Osijek, 2012, str. 37.

¹⁰ Službeni list EU 2010, C 83/389;

<http://www.mvpep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski-prociscena.pdf>. (7. 1. 2014)

¹¹ FamRZ 2010, str. 525; Janzen, U., Gärtner, V., *Kindschaftsrechtliche Spannungsverhältnisse im Rahmen der EuEheVO – die Entscheidung des EuGH in Sachen Detiček*, IPRax 2/2011, str. 158 – 166; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=72557&doclang=DE>.

¹² Službeni list EU 2010, C 234/16; FamRZ 2010, str. 1229; Mansel, H.P., Thorn, K., Wagner, R., *Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?*, IPRax 1/2011, str. 23.

¹³ Službeni list EU 2010, C 260/13. Mansel, H.P., Thorn, K., Wagner, *op. cit.*, str. 26. (FN 12)

Mercedi/Richard Chaffe¹⁴ i Odluka od 3. 5. 2012. – Rs. C-92/12 PPU – *Health Service Executive/S.C., A.C.*¹⁵.

2.1. Odluka u predmetu *Detiček v. Sgueglio* od 23. 12. 2009.

Sud EU je 23. 12. 2009. godine donio odluku u predmetu *Detiček v. Sgueglio* postupajući po Zahtjevu za prethodno tumačenje čl. 20. Uredbe Brissel Iia Višeg suda u Mariboru. Činjenice u ovom predmetu su sljedeće: Gospođa Detiček, slovenska državljanka, i gospodin Sgueglio, talijanski državljanin, živjeli su u Italiji sa svojom zajedničkom kćerkom. Godine 2007. podnijeli su nadležnom talijanskom sudu zahtjev za razvod braka. Sud je, postupajući u ovom predmetu, dana 25. 7. 2007. godine donio odluku kojom privremeno dodjeljuje roditeljsko staranje nad kćeri ocu, te naredio privremeni smještaj djeteta u doma za djecu. Istog dana, majka sa kćerkom napušta Italiju i nastanjuje se u Sloveniji. Nakon što je 22. 11. 2007. godine Okružni sud u Mariboru, a zatim 2. 10. 2008. godine i Vrhovni sud Slovenije, proglasio odluku izvršnom, Općinski sud u Slovenskoj Bistrici započeo je izvršni postupak radi vraćanja djeteta ocu i smještaja u dom za djecu. Međutim, ovaj sud je odlukom od 2. 2. 2009. godine obustavio izvršenje do konačne odluke talijanskog suda. U međuvremenu, 28. 11. 2008. godine gospođa Detiček podnijela je Okružnom sudu u Mariboru zahtjev za povjeravanje roditeljskog staranja u okviru privremenih mjera (mjera osiguranja). Sud je odlukom od 9. 12. 2008. godine odobrio zahtjev gospođe Detiček i dodijelio joj privremeno roditeljsko staranje nad kćerkom. Svoju odluku Sud je zasnovao na čl. 20. Uredbe Brissel Iia i čl. 13. Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. godine navodeći kao obrazloženje promijenjene okolnosti slučaja i najbolji interes djeteta. Sud je utvrdio da se Antonella socijalno integrirala u slovensko društvo te da bi povratak u Italiju i prisilni smještaj u dom za djecu bio u suprotnosti sa najboljim interesom djeteta i da bi kod djevojčice izazvao ireverzibilnu fizičku i psihičku traumu. Inače, Antonella je u toku sudskog postupka pred slovenskim sudom izrazila želju da ostane živjeti s majkom. Gospodin Sgueglio je uložio žalbu na ovu odluku, a Sud ju je 29. 6. 2009. godine odbio. Protiv ove odluke gospodin Sgueglio je pokrenuo postupak pred Višim sudom u Mariboru koji se obratio Sudu EU sa pitanjem: da li je sud u Republici Sloveniji shodno čl. 20. Uredbe Brissel Iia nadležan za donošenje privremenih mjera, uključujući mjere osiguranja, ako je sud druge države članice, nadležan za odlučivanje u glavnoj stvari, već donio odluku o ovim mjerama, koja je u Republici Sloveniji proglašena izvršnom? Ako je odgovor na prethodno pitanje potvrđan, može li slovenski sud primjenjujući nacionalno pravo (što je shodno čl. 20. Uredbe Brissel Iia dopušteno) i donoseći odluku o

¹⁴ Službeni list EU 2011, C 55/17; FamRZ 2011, str. 617. Siehr, K., *Kindesentführung und EuEheVO*, IPRax 4/2012, str. 316 – 320.

¹⁵ Službeni list EU 2012, C 194/5; FamRZ 2012, str. 1466; Mansel, H.P., Thorn, K., Wagner, R., *Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voreinschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts*, IPRax 1/2013, str. 25; IPRax 5/2013, str. 431 – 441.

privremenim mjerama, uključujući mjere osiguranja sukladno čl. 20. Uredbe Brissel IIa promijeniti ili poništiti pravosnažnu i izvršnu odluku o ovim mjerama koju je donio sud druge države članice (koji je nadležan za odlučivanje u glavnoj stvari).

Sud EU je na oba pitanja odrično odgovorio pozivajući se na dosadašnju sudsku praksu (C-523/07 Podnositelj A¹⁶). Donošenje privremenih mjera, uključujući mjere osiguranja može se temeljiti na čl. 20. Uredbe Brissel IIa samo ako su kumulativno ispunjena tri uvjeta: mjere moraju biti hitne, trebaju se odnositi na osobe i imovinu koja se nalazi u državi foruma i imati privremeni karakter. U pogledu prvog uvjeta, hitnosti, Sud EU utvrdio je da u ovom slučaju nije ispunjen. Naime, slovenski sud prve instance je svoju odluku o dodjeli privremenog roditeljskog staranja majci temeljio na promijenjenim okolnostima, dobroj integraciji djeteta u novo okruženje, što je u stvari posljedica nezakonitog odvođenja djeteta od strane majke u Sloveniju (čl. 2. st. 11. Uredbe Brissel IIa) i shodno tome ne može biti temelj za zasnivanje nadležnosti slovenskog suda. Također, ni drugi uvjet nije zadovoljen, s obzirom da gospodin Sgueglia nema redovno boravište u Sloveniji. Zaštita najboljeg interesa djeteta ne podliježe različitim tumačenjima, odnosno ne smije se zanemariti temeljno pravo djeteta na održavanje osobnih odnosa i neposrednih kontakata sa oba roditelja (čl. 24. st. 3. Povelje o temeljnim pravima), a koje je nezakonitim odvođenjem direktno ugroženo.

U predmetu *Detiček v. Sgueglia* Suda EU je kao argument naveo pravo djeteta na ostvarivanje osobnih kontakata s oba roditelja što je navedeno u Povelji EU o temeljnim pravima i u preambuli 33. Uredbe Brissel IIa. Međutim, nije uzeo u obzir okolnosti konkretnog slučaja: uputu talijanskog suda o privremenom smještaju djeteta u dom za nezbrinutu djecu (tako da dijete uopće neće živjeti sa svojim ocem), želju jedanaestogodišnjeg djeteta da živi s majkom, kao i činjenicu da se dijete integriralo u slovensko društvo.¹⁷ Čini se da je namjera Suda EU bila "ne nagraditi" odvođenje djeteta, što je i ispravno. Pa ipak, šteta je što je Sud EU zanemario, možda i zbog činjenice da se radilo o hitnom postupku, neke od spomenutih okolnosti.

2.2. Odluka u predmetu *Povse v. Alpago* od 1. 7. 2010.

Sud pravde EU je 1. 7. 2010. godine donio odluku u predmetu *Povse v. Alpago* postupajući po Zahtjevu za prethodnim tumačenjem čl. 10. sl. b. cif. iv. (nadležnost u slučajevima otmice djeteta), čl. 11. st. 8. (povratak djeteta) i čl. 47. st. 2. (postupak izvršenja) Uredbe Brissel IIa Vrhovnog suda Austrije. Činjenice u ovom predmetu su sljedeće: gospođa Povse i gospodin Alpago, koji nisu vjenčani, žive do kraja januara 2008. godine zajedno sa svojom kćerkom u Italiji. Oni ostvaruju zajedničko roditeljsko staranje shodno čl. 317. talijanskog Građanskog zakona. Nakon prekida vanbračne zajednice, majka s kćerkom napušta zajednički stan. Iako je talijanski sud postupajući u hitnom postupku po

¹⁶ Službeni list EU 2009, C 141/14.

¹⁷ Janzen, U., Gärtner, *op. cit.*, str. 166.

očevom zahtjevu donio odluku 8. 2. 2008. godine kojom zabranjuje majci da s djetetom napusti Italiju, u februaru 2008. godine njih dvije odlazi u Austriju. Otac se 16. 4. 2008. godine obraća austrijskom općinskom sudu tražeći povratak djeteta u Italiju na temelju čl. 12. Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djeteta. Talijanski sud 23. 5. 2008. godine donosi novu odluku kojom ukida zabranu napuštanja Italije, privremeno roditeljsko staranje dodjeljuje zajednički ocu i majci, s tim da dijete do konačne odluke smije ostati s majkom u Austriji. Istom odlukom utvrđuju se modaliteti ostvarivanja prava na posjetu, odnosno održavanja osobnih odnosa i neposrednih kontakata oca sa djetetom te se zahtijeva od nadležnog socijalnog radnika izvještaj o tome. Iako je talijanski sud ovu odluku donio vodeći računa o najboljem interesu djeteta, samo njeno provođenje, prema izvještaju socijalnog radnika, a zbog majčinog opstruiranja, nije bilo u skladu sa najboljim interesom djeteta. Austrijski općinski sud 3. 6. 2008. godine odbija očev zahtjev za povratkom djeteta, međutim viši sud 1. 9. 2008. godine ukida ovu odluku jer gospodin Alpago nije bio saslušan shodno čl. 11. st. 5. Uredbe Brissel IIa, te predmet vraća na ponovno odlučivanje prvostepenom sudu. Ovaj sud 21. 11. 2008. godine ponovo odbija zahtjev za povratak djeteta pozivajući se na odluku talijanskog suda da dijete privremeno živi s majkom. Drugostepeni sud 7. 1. 2009. godine potvrđuje ovu odluku navodeći u obrazloženju da postoji ozbiljna opasnost da bi povratak mogao izazvati psihološke traume za dijete u vezi sa čl. 13. tač. b. Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djeteta.

Do konflikta nadležnosti dolazi kada se austrijski općinski sud 26. 5. 2009. godine na zahtjev majke, da joj se dodijeli pojedinačno roditeljsko staranje, bez saslušanja oca (čl. 15. st. 5. Uredbe Brissel IIa) oglasi nadležnim i istovremeno zatraži od talijanskog suda da se oglasi nenadležnim. Međutim, otac je već 9. 4. 2009. godine pokrenuo pred talijanskim sudom postupak o povratku djeteta na temelju čl. 11. St. 8. Uredbe Brissel IIa. U tom postupku učestvovala je i majka izjašnjavajući se za provođenje programa posjete između oca i kćerke, bez spominjanja postupka koji je pokrenula u Austriji. Suprotno postignutom dogovoru, program posjete se ne sprovodi te talijanski sud 10. 7. 2009. godine nalaže trenutni povratak djeteta u Italiju te izdaje i potvrdu o izvršnom nalogu prema čl. 42. Uredbe Brissel IIa. Također, potvrđuje svoju nadležnost jer uvjeti za ustupanje nadležnosti austrijskom sudu prema čl. 10. Uredbe Brissel IIa nisu ispunjeni.

U ovom periodu, tačnije 25. 8. 2009. godine, austrijski općinski sud donosi privremenu mjeru kojom privremeno roditeljsko staranje dodjeljuje majci. Kopija odluke, koja prema austrijskom pravu postaje 23. 9. 2009. godine pravosnažna, šalje se poštom ocu bez pouke o žalbi i prijevoda.

Otac 22. 9. 2009. godine traži od austrijskog suda izvršenje odluke kojom se nalaže povratak djeteta. Dok općinski sud, pozivajući se na najbolji interes djeteta odbija ovu odluku, okružni sud nalaže povratak djeteta. Majka se žali Vrhovnom sudu Austrije koji Sudu EU upućuje Zahtjev za prethodno odlučivanje. U ovom Zahtjevu radi se o, s jedne strane, kvalifikaciji odluke

talijanskog suda od 23. 5. 2008. godine odnosno 10. 7. 2009. godine u svjetlu činjenica čl. 10. i čl. 11. st. 8. Uredbe Brissel IIa, a s druge strane o mogućnosti odbijanja izvršenja odluke popraćene potvrdom o izvršnom nalogu, a s tim u vezi i mogućnost austrijskog pravosuđa da odbije povratak djeteta.

Sud EU ovaj postupak prethodnog odlučivanja iskoristio je za potvrdu i dodatno pojašnjenja stavova zauzetih u predmetu *Rinau*¹⁸ iz 2008. godine, a koji se tiču izvršenja odluke o povratku djeteta.

Vrhovni sud Austrije je, prije svega, izrazi sumnju u postojanje nadležnost talijanskog suda prema čl. 11. st. 8. Uredbe Brissel IIa. Naime, odluku o povratku djeteta može donijeti samo suda nadležan prema odredbama Uredbe, a talijanski sud, s obzirom da su se ispunile činjenice navedene u čl. 10. sl. b. cif. iv. Uredbe Brissel IIa – donio odluku o roditeljskom staranje bez naloga za povratak djeteta – nije više bio nadležan. Sud EU je otklonio sumnje austrijskog suda navodeći je talijanski sud donio samo privremenu odluku o roditeljskom staranju i ostanku djeteta sa majkom u Austriji i to do donošenja konačne odluke. Međutim, konačnu odluku nije bilo moguće donijeti jer dijete nije vraćeno u Italiju. Izuzetak od perpetuiranju nadležnosti nakon odvođenja djeteta naveden u čl. 10. sl. b. cif. iv. Uredbe Brissel IIa, prema stavu Suda EU moguć je samo nakon donošenja konačne odluke o roditeljskom staranju bez naloga za povratak djeteta.¹⁹ Stoga odluka talijanskog suda kojom se nalaže trenutni povratak djeteta u Italiju treba biti izvršena, i to bez obzira na ranije odluke austrijskih sudova koje odbijaju priznanje ove odluke pozivajući se na čl. 13. Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djeteta.

Suda pravde EU je na pitanje prekludira li kasnije donesena odluka suda države priznanja koja je postala pravosnažna i izvršna, a kojom se majci dodjeljuje privremeno staranje djeteta, izvršenje ranije donesene odluke nadležnog suda u državi porijekla odluke kojom se nalaže povratak djeteta i koja je popraćena potvrdom o izvršnom nalogu, odgovorio negativno. Svoj stav zasnovao je na Preambuli 24 i čl. 42. st. 1. i 43. st. 2. Uredbe Brissel IIa iz kojih jasno proizlazi da izdavanje potvrde o izvršnom nalogu nije podložno pravnim lijekovima te da je odluka popraćena takvom potvrdom automatski izvršna, bez mogućnosti odbijanja priznanja. Protivljenje priznanju predstavlja zaobilaženja režima izvršenja ustanovljenog kroz čl. 40. – čl. 50. Uredbe Brissel IIa. Stoga se izvršenje odluke o povratku djeteta talijanskog suda od 10. 7. 2009. godine ne

¹⁸ Sud pravde EU, presuda od 11. 7. 2008. – Rs. C-195/08 PPU. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0195:DE:HTML>. (7. 1.1 2014.).

¹⁹ Ova odluka Suda pravde EU, prema mišljenju pojedinih autora, iritntna je. Zašto je Sud pravde EU uopće odgovarao na pitanje Vrhovnog suda Austrije kada se zna da sud države priznanja i izvršenja odluke ne smije provjeravati nadležnost suda donošenja odluke. Provjera nadležnosti isključena je prema čl. 24. Uredbe Brissel Iia. Sud pravde Eu je ovo pitanje trebao odbaciti kao nedopustivo, mada objašnjenje za postupa u ovom predmetu vjerojatno leži u činjnici da Sud koristi svaku priliku da razjasni pitanja tumačenja odredaba Uredbe Brissel IIa. Dutta, A., Schulz, A., *Erste Meilensteine im europäischen Kindschaftsverfahrensrecht: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Brüssel Iia Verordnung von C bis Mercedi*. ZEuP 3/2012, str 537.

može odbiti pozivajući se na postojanje pravosnažne odluke austrijskog suda od 25. 8. 2009. godine.

I na kraju, zahtjev za izvršenje odluke popraćene potvrdom o izvršnom nalogu ne može biti odbijen zbog toga što su se od njenog donošenja okolnosti toliko promijenile da bi izvršenje odluke predstavljalo opasnost za ostvarivanje najboljeg interesa djeteta. O najboljem interesu djeteta odlučuje sud države porijekla odluke, što je i u skladu sa sistematikom Uredbe Brissel IIa. Također, isti sud nadležan je i za odlučivanje o zahtjevu za prekidom postupka izvršenja odluke koju je donio.

U predmetu *Povse v. Alpaço* Sud EU je naglasio da se odluka o povratku djeteta snabdjevena potvrdom u smislu čl. 42. ima se priznati i izvršiti u drugoj državi članici bez bilo kakve mogućnosti protivljenja njezinom priznanju. Drugačije postupanje nacionalnih sudova predstavljalo bi zaobilaženja režima priznanja i izvršenja ustanovljenog Uredbom Brissel IIa. Također, podvukao je, i to s pravom, da odgovornost za ocjenu najboljeg interesa djeteta leži, u prvom redu, na sudu nadležnom prema odredbama Uredbe Brissel IIa. Ostaje otvoreno da li makar u izuzetnim situacija dodijeliti ograničenu odgovornost i organima države u kojoj se dijete nalazi.

2.3. Odluka u predmetu *J. McB. v. L.E. od 5. 10. 2010.*

Sud EU je 5. 10. 2010. godine donio odluku u predmetu *J. McB. v. L.E.* postupajući po Zahtjevu za prethodno tumačenje čl. 2. st. 11. (nezakonito odvođenje) a u vezi s čl. 2. st. 9. (pravo na roditeljsko staranje) Uredbe Brissel IIa i tumačenje čl. 7. Povelje o temeljnim pravima EU²⁰ Vrhovnog suda Irske. Činjenice u ovom predmetu su sljedeće: Irac g. McB. i Engleskima g. E., koji su više od deset godina živjeli u vanbračnoj zajednici u različitim državama, a od novembra 2008. godine su sa prebivalištem u Irskoj, imaju troje djece. Krajem 2008. godine i početkom 2009. godine odnosi između vanbračnih partnera su do te mjere pogoršani da je gospođa E. sa djecom u više navrata boravila u "sigurnoj kući". Usprkos pomirenju i utvrđivanju termina vjenčanja, početkom jula 2009. godine majka sa djecom konačno napušta oca, koji 15. jula 2009. godine podnosi zahtjev pred irskim sudom za pokretanje postupak za dobivanje staranja za svo troje djece. Do 25. jula 2009. godine, kada majka sa djecom odlazi u Englesku, podnesak kojim je postupak pred irskim sudom pokrenut nije dostavljen majci te ni sam postupak nije mogao biti pokrenut. Otac djece, gospodin McB je 2. novembra 2009. godine pokrenuo postupak pred Visokom sudom pravde Engleske i Walesa zahtijevajući povratak djece u Irsku u skladu sa odredbama Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. godine i Uredbe Brissel IIa. Engleski sud je odlukom od 20. novembra 2009. godine pozivajući se na čl. 15. Haške konvencije, zatražio od oca da predoči odluku irskog nadležnog organa kojom je

²⁰ Čl. 7. Povelje EU o temeljnim pravima: " Svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i komuniciranja."

utvrđeno da je odvođenje djece bilo nezakonito. Shodno tome, gospodin McB je 22. novembra 2009. godine pokrenuo postupak pred Visokim sudom Irske tražeći odluku da je odvođenje djece bilo nezakoniti te dodjelu roditeljskog staranja. Odlukom od 28. aprila 2010. godine prvi zahtjev je odbačen jer otac u tom periodu nije imao pravo na roditeljsko staranje. Povodom žalbe koju je otac uložio, Vrhovni sud Irske je u okviru Zahtjeva za prethodno tumačenje postavio Sudu pravde EU pitanje da li je državi članici zabranjeno, shodno Uredbi Brissel IIa i čl. 7. Povelje o temeljnim pravima EU, predvidjeti prema svom nacionalnom pravu da vanbračni otac djeteta ima pravo na roditeljsko staranje samo onda kada mu je ono dodijeljeno odlukom nadležnog suda, pa da shodno tome odvođenje djece iz države njihovog uobičajenog boravišta bude smatrano nezakonitim prema čl. 2. st. 11. Uredbe Brissel IIa.

Sud EU je zaniijekao ovo pitanje sa sljedećim obrazloženjem: Iako se pojam "pravo na roditeljsko staranje" prema čl. 2. st. 9. Uredbe Brissel IIa autonomno tumači, treba ga razlikovati od pitanje kome pripada to pravo. Uredba ne normira uvjete za stjecanje prava na roditeljsko staranje, već je za to pitanje mjerodavno pravo države u kojoj je dijete imalo redovno boravište neposredno prije odvođenja (tač. 42. i 43.). Prema ovome pravu određuju se i uvjeti za sjecanje prava na roditeljsko staranje vanbračnog oca. Sud EU osvrnuo se na čl. 7. Povelje o temeljnim pravima EU, ali i na čl. 8. Konvencije o ljudskim pravima i relevantnu praksu Europskog suda za ljudska prava. S jedne strane, Sud EU može "provjeravati", u svjetlu odredaba Povelje, samo komunitarno pravo, dakle Uredbu Brissel IIa, a ne i nacionalno pravo država članica. S druge strane, Europski sud za ljudska prava je u vezi sa čl. 8. Konvencije o ljudskim pravima zauzeo stav da nacionalna pravila prema kojima biološkom ocu djeteta ne pripada automatski pravo na roditeljsko staranje nisu protivna odredbama Konvencije, ako je ocu djeteta omogućeno sudskim putem zahtijevati dodjelu prava na roditeljsko staranje.²¹ Spomenuti čl. 7. Povelje potrebno je promatrati i u kontekstu najboljeg interesa djeteta navedenog u čl. 24. st. 2. Povelje: "U svakom djelovanju koje se odnosi na djecu,...., primarni cilj mora biti zaštita interesa djeteta." To proizlazi i iz Preambule 33. Uredbe Brissel IIa u kojoj stoji da Uredba priznaje temeljna prava i poštuje načela Povelje, a posebno nastoji osigurati poštivanje temeljnih prava djeteta opisanih u čl. 24. Povelje. Prema stajalištu Suda pravde EU, najbolji interes djeteta prema čl. 24. st. 2. Povelje zaštićen je s obzirom da zahtjev prema kome biološkom ocu djeteta pripada pravo na roditeljsko staranje samo temeljem odluke suda, omogućava nadležnom sudu da odluku o roditeljskom staranju i ostvarivanju osobnih kontakata donese uzimajući u obzir sve relevantne činjenice, posebice vrstu odnosa između roditelja, vezu djeteta sa ocem i majkom kao i njihovu sposobnost da preuzmu staranje (tač. 62.).

Sud pravde EU je u svojoj odluci zauzeo stav da se Brissel IIa mora tumačiti na način da njene odredbe ne sprječavaju državu članicu čije pravo traži

²¹ Odluka Europskog suda za ljudska prava od 2. 9. 2003. - Guichard/Frankreich, Reports of Judgments and Decisions 2003-X; s tim u vezi Odluka od 14. 9. 1999.- Balbontin/UK, žalba Br. 39067/97. Mansel, H.P., Thorn, K., Wagner, *op. cit.* str. 26. (FN 12)

da vanbračni otac djeteta svoje pravo na roditeljsko staranje dokaže odlukom suda, da od njega traži takvu odluku, te se jedino na temelju takve odluke odvođenje ili zadržavanje djeteta prema čl. 2. st. 11. Uredbe Brissel IIa može smatrati nezakonitim.

Roditeljsko staranje bilo je predmetom razmatranja Suda EU u predmetu J. McB. v. L.E. Naime, Uredba Brissel IIa definira u čl. 2. st. 9. pojam "pravo na roditeljsko staranje" kao pravo i obavezu koja se odnosi na roditeljsko staranje nad djetetom, a posebno na pravo određivanja djetetova uobičajenog boravišta. Dakle, ovaj pojam se autonomno tumači, a ne prema shvaćanjima nacionalnog prava.²² Potreba za autonomnim tumačenjem pravila europskog prava s ciljem uspostavljanja harmonije u pravosudnom prostoru Europske unije (koja bi inače bila ugrožena različitom interpretacijom pravila od strane nacionalnih sudova država članica), sasvim je opravdana i razumljiva. Međutim, u ovom slučaju teško je moguće pojam roditeljsko staranje tumačiti potpuno autonomno bez osvrtnja na nacionalno pravo. Navode se četiri razloga²³, s kojima se moramo složiti. Kao prvi razloga navodi se da je pojam roditeljsko staranje znatno složeniji od pojma redovno boravište koji se može tumačiti bez osvrtnja na nacionalno materijalno i koliziono pravo. Roditeljsko staranje označava pravni odnos između djeteta i odrasle osobe ili ustanove kojoj je dodijeljeno pravo na roditeljsko staranje, što i sama Uredba Brissel IIa potvrđuje u čl. 61. kojim precizira odnos Uredbe Brissel IIa prema Haškoj konvenciji o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju, izvršenju i suradnji u području roditeljske odgovornosti i mjerama za zaštitu djece iz 1996. godine. Drugi razlog vezan je upravo za spomenuti čl. 61. Uredba Brissel IIa ne sadrži pravilo o mjerodavnom pravu za određivanje roditeljskog staranja već dolazi do primjene čl. 15. - 22. Haške konvencije iz 1996. godine koja kao tačku vezivanja uzima redovno boravište djeteta. Prema, u ovom slučaju, mjerodavnom irskom pravu vanbračni otac nije imao pravo na roditeljsko staranje. Međutim, bez obzira da li ga imao ili ne, i time dolazimo do trećeg razloga, irski sud bio bi nadležan za utvrđivanje da je odvođenje i zadržavanje djeteta u smislu čl. 3. Haške konvencije iz 1980. godine bilo nezakonito. Spomenuti čl. 3. identičan je čl. 2. st. 11. Uredbe Brissel IIa. Za određivanje nezakonitog odvođenja oba člana upućuju na pravo države članice u kojoj je dijete imalo uobičajeno boravište prije njegovog odvođenja ili zadržavanja. Kao četvrti razlog navodi se namjera europskog zakonodavca da unificira međunarodno privatno i procesno međunarodno privatno pravo unutar Europske unije. U konkretnom slučaju radi se o Uredbi Brissel IIa koja je ujednačila pravila procesnog međunarodnog privatnog prava u oblasti bračnog prava i prava roditeljskog staranja. S obzirom da Uredba svojim pravilima upućuje na jedan institut materijalnog prava (ovdje roditeljsko staranje), koji nije

²² Ono što predstavlja problem jeste da se veliki broj djece rađa u vanbračnim zajednicama i da otac, za razliku od majke ne dobiva automatski pravo na roditeljsko staranje, već mu je potrebna suglasnost majke ili odluka nadležnog organa. Za očekivati je promjene nacionalnih zakonodavstava tako da i vanbračnom ocu zajedno sa majkom automatski pripadne pravo na roditeljsko staranje ukoliko je upisan ili registriran kao jedan od roditelja. Određeni koraci već su poduzeti u irskom pravu. *Ibidem*, str. 318.

²³ *Ibidem*.

u svim instrumentima (ovdje Haškoj konvenciji iz 1996. godine) unificiran, sporno je njegovo tumačenje bez osvrtnja na nacionalno ili ujednačeno koliziono pravo.²⁴ Ukoliko se to ipak čini dolazi do cijepanja instituta materijalnog prava: za nadležnost se primjenjuje autonomno shvaćen institut, a za mjerodavno pravo pravni pojam međunarodnog privatnog prava (čl. 15. Haške konvencije iz 1996. godine). Sasvim je jasno da je ovako cijepanje nepoželjno. Čini se da je slično mišljenje imao i Sud EU kada je ukazao na razliku između "pravo na roditeljsko staranje" koje prema čl. 2. st. 9. Uredbe Brissel IIa autonomno tumači i pitanje kome, prema nacionalno pravu, pripada to pravo.

2.4. Odluka u predmetu Barbara Mercedi/Richard Chaffe od 22. 12. 2010.

Sud EU je 22. 12. 2010. godine donio odluku u predmetu Barbara Mercedi/Richard Chaffe postupajući po Zahtjevu za prethodno tumačenje pojma redovnog boravišta djeteta, u smislu čl. 8. i čl. 10. Uredbe Brissel IIa. Činjenice u ovom predmetu su sljedeće: gospođa Mercedi, francuska državljanka i gospodin Chaffe, engleski državljanin, živjeli su u Engleskoj u vanbračnoj zajednici. Neposredno nakon rođenja djeteta par se rastao. Dana 7. 10. 2009. godine majka zajedno sa dvomjesečnom kćerkom napušta Englesku i odlazi na otok La Réunion (Francuska). Otac, koji nije bio informiran o njihovom odlasku, dobiva 10. 10. 2009. godine pismo u kojem ona navodi razloge odlaska. Dvije činjenice u nesporne: da je dijete prije odlaska imalo redovno boravište u Engleskoj i da je njegovo odvođenje u Francusku bilo zakonito jer je majka u smislu čl. 2. st. 9. Uredbe Brissel IIa imala pravo na roditeljsko staranje. Otac 9. 10. 2009. godine telefonski pokreće postupak u Engleskoj, nakon što je, ušavši u prazan stan, ustanovio da je majka sa djetetom oputovala, i na ročištu održanom 12. 9. 2009. godine podnosi zahtjev za roditeljsko staranje, zajedničko prebivalište i pravo na ostvarivanje osobnih kontakata s kćeri. Sud istog dana, bez da je gospođi Mercedes znala o zahtjevu gospodin Chaffe i bez da je bila prisutna ili pravno zastupana, donosi odluku kojom nalaže gospođi Mercedes da vrati kćerku u Englesku. Majka 28. 10. 2009. godine podnosi Sudu u Saint-Denis (Francuska) zahtjev da joj se dodijeli isključivo roditeljsko staranje i da se utvrdi da je prebivalište djeteta na njevoj adresi u Francuskoj, dok otac 18. 12. 2009. godine kod istog suda podnosi zahtjev radi povratka kćeri u Englesku pozivajući se na Hašku konvenciju iz 1980. godine. Zahtjev oca je odlukom suda 15. 3. 2010. godine odbijen uz obrazloženje da u trenutku kada je dijete napustilo Englesku on nije imao pravo na roditeljsko staranje u odnosu na nju, a majčinom zahtjevu je odlukom suda 23. 6. 2010. godine udovoljeno. Paralelno sa ovim postupcima tekao je i postupak pred engleskim sudom. Sporno je bilo pitanje međunarodne nadležnosti engleskog pravosuđa da odlučuje o pravu na roditeljsko staranje. Gospodin Chaffe i gospođa Mercedi su po ovom pitanju

²⁴ Digler, J., u: Geimer, R., Schütze, R. A., (Hrsg.), *Internationales Rechtsverkehr in Zivil- und Handelsachen II*, 2011, Rn. 545, Art. 2. EuEheVO, Rn. 13.

imali različito stajalište. Prema mišljenju oca nadležan je bio engleski sud jer u trenutku pokretanja postupka kćerka nije izgubila redovno boravište u Engleskoj. Majka smatra da engleski sud nije bio nadležan za donošenje odluke u vezi s djetetom jer od trenutka odlaska (majka kaže povratka) u Francusku dijete ima redovno boravište u Francuskoj, a ne Engleskoj. Engleski sud je odlučio da je postupak pokrenut u trenutku kada je otac telefonirao sudu te da je djetetovo redovno boravište u tom trenutku kao i kada je sud donio odluku u korist oca bilo u Engleskoj, pa je taj sud i nadležan za odlučivanje u meritumu. Gospođa Mercedi je protiv ove odluke podnijela žalbu Apelacionom sudu Engleske i Welsa, koji se potom obratio Sudu EU tražeći da se odrede kriteriji za određivanje redovnog boravišta djeteta u smislu čl. 8. i 10. Uredbe Brissel Iia.

U svojoj odluci Sud EU je zauzeo stajalište da se pod koncept "redovno boravište" za potrebe. 8. st. 1. i čl. 10. Uredbe Brissel Iia podrazumijeva mjesto koje odražava određeni stupanj integracije djeteta u socijalnu i porodičnu sredinu. Pri određivanju redovnog boravišta nacionalni sudovi moraju, rukovodeći se najboljim interesom djeteta, razmotriti sve činjenice konkretnog slučaja. Kriteriji koji se moraju uzeti u obzir su okolnosti i razlozi boravka djeteta kao i njegovo državljanstvo. Iz tih kriterija mora proizići da se ne radi samo o prolaznom i trenutnom prisustvu u određenoj državi. Kao mjerodavne indicije uzimaju su volja roditelja da žive u nekoj drugoj državi članici što se manifestira uzimanjem ili iznajmljivanjem stana u toj državi. Također, potrebno je voditi računa o dužini trajanja redovnog boravišta jer to ukazuje na određenu stalnost boravka. Posebno se mora voditi računa o djetetovoj dobi. Socijalno i porodično okruženje djeteta predškolske dobi ili dojenčeta u velikoj mjeri određeno je porodicom, odnosno osobom s kojom dijete živi i koja se brine o njemu. Dojenče nužno dijeli socijalno i porodično okruženje sa tom osobom. Ako se o dojenčetu, kao što je to ovdje slučaj, isključivo brine majka, onda je potrebno procijeniti stupanj njene integracije u novo okruženje. Pri tome treba uzeti u obzir razloge majčinog preseljenja u tu državu, njeno poznavanje jezika te geografsko i porodično porijeklo kao i porodične i socijalne veze koje majka i dijete imaju s tom državom.

Sud EU smatrao je da je francuski sud trebao zaustaviti postupak shodno čl. 19. st. 2. Uredbe Brissel Iia dok engleski sud koji je prvi započeo postupak ne riješi pitanje svoje međunarodne nadležnosti. Engleski sud bi došao do zaključka da majka i dijete, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, imaju redovno boravište u Francuskoj te nije nadležan za pitanje roditeljskog staranja. Time bi bio uklonjen i posljednja smetnja priznanju odluke o roditeljskom staranju francuskog suda prema čl. 23. tač. f. Uredbe Brissel Iia.

U predmetu Barbara Mercedi/Richard Chaffe. radilo se o pojmu "redovno ili uobičajeno boravište" u smislu Uredbe Brissel Iia.²⁵ Sud EU naveo je, izričito ili prešutno, četiri principa koja se moraju uzeti u obzir pri

²⁵ Iako redovno boravište predstavlja osnovni kriterij i za međunarodnu nadležnost i za mjerodavno pravo u većini uredbi (Uredba Brissel Iia, Uredbe Rim I, II i III, Uredba o izdržavanju, ono nije svjesno definirano. Zbog toga sudovi, europski ili nacionalni, moraju pobliže odrediti šta se podrazumijeva pod redovnim boravištem.

određivanju pojma redovno boravište: tumačenje mora biti autonomno, pojam je činjenične, a ne pravne prirode, dojenče rođenjem dobiva redovno boravište, dužina boravka nije opredjeljujuća, osim u iznimnim situacijama, za određivanje redovnog boravišta. Boravište je redovno ili uobičajeno ukoliko osoba duže vrijeme boravi u određenom mjestu. Pri tome boravak ne mora biti vremenski ograničen ili permanentan. Uz to se trebaju uvažiti sljedeće činjenične okolnosti konkretnog slučaja: razlozi boravka, starost osobe, stupanj integracije, ali i dužina boravka.²⁶ Nakon odluke Suda EU, engleski sud se proglasio nenadležnim. Naime, dojenče je u vremenu relevantnom za procjenu nadležnosti već imala redovno boravište u Francuskoj; majka se vratila u svoju domovinu, prekinula sve veze sa Engleskom, a dojenče, s obzirom na uzrast, nužno dijeli socijalno i porodično okruženje sa tom osobom koja se o njemu brine – u ovom slučaju majkom. Sud EU još je dodao da se u ovom slučaju vjerojatno nije ni radilo o slučaju međunarodne otmice djeteta jer vanbračni otac, prema engleskom pravu, uopće nije ni imao roditeljsko staranje.

2.5. Odluka u predmetu Health Service Executive/S.C., A.C. od 3. 5. 2012.

Sud EU je 3. 5. 2012. godine donio odluku u predmetu *Health Service Executive/S.C., A.C.* postupajući po Zahtjevu za prethodno tumačenje polja primjene Uredbe Brissel IIa *ratione materiae* i njenog čl. 56. irskog Vrhovnog suda. Činjenice u ovome predmetu su sljedeće: S.C., irska državljanka, maloljetna je i ima redovno boravište u Irskoj. Njena majka A.C. živi u Londonu. Tokom 2000. godine dijete je na dobrovoljnoj bazi stavljeno pod starateljstvo *Health Service Executive*, tijelo koje je u Irskoj zaduženo za brigu o djeci stavljenoj pod starateljstvo države. Sud je Odlukom o smještaju od 20. 7. 2000. godine prenio staranje o S.C. na HSE do njenog punoljetnosti (čl. 18. Child Care Act 1991.). Međutim, stanje S.C. je veoma teško, postoji velika opasnost od počinjenja samoubojstva te doktori smatraju da se dijete treba hitno smjestiti u odgovarajuću ustanovu zatvorenog tipa koji može provesti dodatna klinička pretraga i ponuditi potrebnu terapiju. S obzirom da takve ustanove nema u Irskoj, HSE poduzima sve što je potrebno kako bi dijete smjestilo u sanatorij u Engleskoj. Podnosi zahtjev Vrhovnom sudu da u postupku prethodne pravne zaštite odredi smještaj S.C. u izabrani dom zatvorenog tipa u Engleskoj i o tome obavještava, 29. 9. 2011. godine, irsko Centralno tijelo shodno čl. 56. Uredbe Brissel IIa. Također, traži suglasnost Centralnog tijela za Englesku i Wels u skladu sa čl. 56. Uredbe Brissel IIa. U oktobru 2011. godine irskom Centralnom tijelu je u ime Centralnog tijela za Englesku i Wels dostavljeno pismo, u čijem zaglavlju su navedeni menadžment doma kao i gradsko vijeće grada u kojem se dom nalazi (dakle lokalni organi), u kojem dom potvrđuje da je u stanju osigurati smještaj djeteta shodno čl. 56. Uredbe Brissel IIa. Dana 2. 12. 2011. godine Vrhovni sud odlučuje da dobrobit S.C. zahtijeva njen hitni smještaj u dom zatvorenog tipa u Englesku i određuje privremeni smještaj. Također, navodi

²⁶ Siehr, *op. cit.*, str. 317.

da shodno čl. 56. st. 2. Uredbe Brissel IIa postoji potrebna suglasnost nadležnog tijela – Centralno tijelo za Englesku i Wels i da, s obzirom na potrebu hitnog postupanja, ostaje otvoreno pitanje postupak priznanja i izvršenja odluke o smještaju u Engleskoj i Welsu shodno odredbama Uredbe Brissel IIa. Na temelju ove odluke S.C. je premještena iz HSE u Englesku.

Vrhovni sud Irsko izrazi je, međutim, zabrinutost u vezi sa nizom pitanja te, kako bi mogao procijeniti da je zaštićen najbolji interes djeteta i da li je bio opravdan smještaj u ustanovu zatvorenog tipa u Engleskoj, obraća se Sudu EU sa više pitanja.

Prvo pitanje odnosilo se polje primjene *ratione materia*, odnosno da li odluka jedne države članice o smještaju djeteta radi njegove vlastite zaštite u ustanovu zatvorenog tipa koja se nalazi u drugoj državi članici spada u polje primjene Uredbe Brissel IIa. Sud EU odgovorio je potvrdno na ovo pitanje s obrazloženjem da to proizlazi iz preambule 5 i čl. 1. i 2. Uredbe Brissel IIa. Odluka o smještaju djeteta u ustanovu zatvorenog tipa u drugu državu nije izričito navedena u čl. 1. st. 2. tač. d. i čl. 56., ali to ne znači da ovo pitanje ne spada u polje primijene Uredbe Brissel IIa. Upravo je Sud EU svojom odlukom u predmetu C od 27. 11. 2007. godine²⁷ iznio stav da nabranjanje u čl. 1. st. 2. Uredbe Brissel IIa nije konačno, jer se koristi riječi "posebice" što znači da su, kao primjer, navedena samo neka pitanja.

Drugo pitanje odnosilo se na potrebu postojanja suglasnosti nadležnog tijela države u koju će se smjestiti dijete (zamoljenu državu) i potrebu savjetovanja sa središnjim tijelom ili drugim tijelom nadležnim u toj državi shodno čl. 56. Uredbe Brissel IIa. Sud EU iznio je stav da, kako bi se zaštitio najbolji interes djeteta, suglasnost prema čl. 56. st. 2. koja je potreban preduvjet da bi sud u državi moliteljici donio odluku o smještaju djeteta, mora poticati od nadležnog tijela zamoljene države, te da nije dovoljno da ustanova u koje će dijete biti smješteno da to odobrenje. Naime, ustanova koja profitira od smještaja djeteta nije u stanju da donese neovisnu odluku. Nadalje, naglašeno je da bi, iz razloga najboljeg interesa djeteta, bilo poželjno dozvoliti naknado osnaženje odluke u situaciji kada sud koji je donio odluku o smještaju nije u potpunosti siguran u nadležnost tijela koje je dalo suglasnost, a dijete je već smješteno u ustanovu. Sud EU je utvrdio da ustanova u koju je dijete smješteno nije privatna nego je pod upravljanjem nadležnih tijela javne vlasti, tako se shodno čl. 56. Uredbe Brissel IIa radi o pravovaljanoj suglasnosti.

S trećim i četvrtim pitanjem irski Vrhovni sud želi je znati da li odluka o prisilnom smještaju u ustanovu u drugoj državi članici, koju je donio sud jedne države članice treba prije izvršenja u toj drugoj (zamoljenoj) državi biti u njoj priznata i proglašena izvršnom i da li u njoj može proizvoditi pravo dejstvo i prije nego što je postala izvršna. Sud EU zauzeo je stav da ove vrste odluka moraju biti proglašene izvršnim u zamoljenoj državi prije njihovog izvršenja u toj državi. To proizlazi iz činjenice da su odluke kojima se određuje prisilni smještaj djeteta u ustanovu zatvorenog tipa usko povezane sa čl. 6. Povelje EU

²⁷ Odluka Suda EU od 27. 11. 2007 – Rs. C-435/06 Podnositelj C;
<http://www.juraforum.de/urteile/eugh/eugh-urteil-vom-27-11-2007-az-c-43506>. (7. 1. 2014.)

o temeljnim pravima koji priznaje svakom čovjeku pa prema tome i maloljetniku pravo na slobodu. Pored toga, stajalište roditelja, koji su podržali smještaj, može se u međuvremenu promijeniti. Kako Uredba Brissel IIa ne bi izgubila na svojoj praktičnosti, odluka suda zamoljene države o zahtjevu za izdavanje odluke o izvršenju mora se donijeti bez odlaganja, a što je i u najboljem interesu djeteta, i protive ove odluke uloženi pravni lijekovi ne mogu imati suspenzivni učinak.

Posljednje pitanje ticalo se mogućeg produženja smještaja, odnosno da li je u slučaju produženja smještaja djeteta potrebno svaki put tražiti suglasnost nadležnog tijela shodno čl. 56. st. 2. Uredbe Brissel IIa kao i podnositi zahtjeva za izdavanje odluke o izvršenju shodno čl. 28. Uredbe Brissel IIa. Sud EU zauzeo je stav da svaka nova odluka o produženju smještaja djeteta zahtjeva novu suglasnost nadležnih tijela zamoljene države. Odluka o smještaju djeteta donesena u jednoj državi članici i proglašena izvršnom u drugoj državi članici vrijedi samo za period naveden u odluci, tako da svaka nova odluka o (produženju) smještaja zahtjeva i novi postupak proglašenja izvršnom.

Najbolji interes djeteta kao osnovni kriterij o kojem se mora voditi računa u svim postupcima vezanim za djecu bio je razlog obraćanja Vrhovnog suda Irske u okviru postupka prethodnog odlučivanja u predmetu *Health Service Executive/S.C., A.C.*

3. Umjesto zaključka

Prva četiri prezentirana slučaja zorno prikazuju teško savladiv problem koji se javlja u mnogim tzv. slučajevima međunarodne otmice djece: Dilemu između obaveze provođenja odluke suda i neophodnosti uvažavanja kriterija najboljeg interesa djeteta u svim postupcima koji se odnose na djecu. Ova dilema javlja se posebno u situacijama kada se donesene odluke ne sprovedu odmah već protokom vremena nastupe promijenjene okolnosti koje izazivaju sumnju u to da li provedba odluke još uvijek odgovara najboljem interesu djeteta ili ga ugrožava. U ovim situacijama upitno je da li je priznanje odluke jedne države članice, temeljeno na načelo uzajamnog priznanja stranih sudskih odluka u državama članicama, još uvijek u skladu sa najboljim interesom djeteta. Također, ne smijemo zaboraviti da se Uredba Brissel IIa primjenjuje usporedo sa Haškom konvencijom o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece iz 1980. godine. Uredba Brissel IIa regulira međunarodnu nadležnost i priznanje i izvršenje odluka u predmetima roditeljske odgovornosti, a u čl. 11. sadrži posebno pravilo koje predviđa primjenu Haške konvencije iz 1980. godine i usmjereno je na što je moguće brže razjašnjenje ne samo faktičke (povratak djeteta), već i pravne situacije (reguliranje roditeljske odgovornosti).

Promatramo li ove odluke Suda EU koje se odnose na dio Uredbe Brissel IIa koja regulira pitanje roditeljske odgovornosti, možemo izvući prva opća učenja vezana za buduća tumačenja odredaba Uredbe. Kao prvo sud je naglasio zahtjev za autonomnim tumačenjem Uredbe Brissel IIa i pri tome ponovo potvrdio da se tumačenje Uredbe ali i nacionalnog prava koje je u

pitanju, vrši u skladu sa komunitarnim pravom i njegovim načelima.²⁸ Pri tome, potrebno je napomenuti da autonomno tumačenje ne znači i unificirano tumačenje svih akata Europske unije, već tumačenje u skladu sa ciljem i svrhom akta na koji se odnosi.²⁹ Nadalje, navodi se načelo uzajamnog povjerenje³⁰ koje se ističe i u ostalim aktima Europske unije. Kada se radi o situaciji nastaloj nezakonitim odvođenjem i zadržavanjem djeteta u inostranstvo, stav je Suda EU da se ona ne bi smjela perpetuirati³¹, bilo da se radi o privremenim mjerama uključujući i mjere osiguranja (čl. 20.) bilo o povratku djeteta (čl. 11. st. 8.). Osobito važnim smatra se stav Suda EU da se Uredba Brissel IIa tumači u svjetlu prava navedenih u Povelji EU o temeljnim pravima, posebno prava djeteta,³² a što je i europski zakonodavac naglasio u preambuli 33: Uredba treba biti sukladna Povelji EU o temeljnim pravima.

Bit će interesantno pratiti kako će Sud EU ove opće smjernice europskog međunarodnog procesnog prava u oblasti roditeljske odgovornosti dalje razjasniti i precizirati, odnosno izgraditi nove.

²⁸ Odluka u predmetu *Detiček v. Sguelgio*, tač. 34. (FN 11).

²⁹ Odluka u predmetu *Barbara Mercedi/Richard Chaffè*, tač. 46. (FN 14).

³⁰ Odluka u predmetu *Detiček v. Sguelgio*, tač. 49. (FN 11) i Odluka u predmetu *Povse v. Alpago*, tač. 43 (FN 12), kao i Preambula 21 Uredbe Brissel IIa

³¹ Odluka u predmetu *Detiček v. Sguelgio*, tač. 45. (FN 11) i Odluka u predmetu *Povse v. Alpago*, tač. 40 i 59 (FN 12),

³² Odluka u predmetu *Detiček v. Sguelgio*, tač. 53. (FN 11), Odluka u predmetu *J. McB. v. L.E.* tač. 60 (FN 13) i Odluka u predmetu *Health Service Executive/S.C., A.C.* tač. 68. (FN 15).

Dr. sc. Anita Duraković, Assistant professor
Law faculty of University Džemal Bijedić Mostar

BRUSELS II A REGULATION IN THE LIGHT OF COURT OF EUROPEAN UNION PRACTICE

Summary: This paper presents and analyzes the Court of the EU decisions regarding the interpretation of Regulation Brussels IIa in which the EU Court was governed by the best interest of the child. EU Court is bound by the principle of the best interest of the child as the supreme criterion in all proceedings relating to children, as stated in primary and secondary law regulation - Art. 24 of the EU Charter of Fundamental Rights and the preamble 33 to the Regulation Brussels IIa. The stand of the EU Court that the Brussels IIa Regulation should be interpreted in light of the rights listed in the Charter of Fundamental Rights of the EU, in particular the rights of the child, is considered particularly important. As this is a very dynamic field, it is essential for the development of Bosnian international private law to have a continuous overview of both legislative and judicial activity within the European Union, which have already created some general directions for the development of European international family law.

Key words: Brussels IIa Regulation, Court of European union, EU Charter of Fundamental Rights, best interest of the child.

NAJBOLJI INTERES DJETETA I PRAVO DJETETA DA ŽIVI SA RODITELJIMA

U cilju obezbjeđenja efikasne pravne zaštite prava djeteta, u modernim porodičnim zakonodavstvima posebno se vodi računa o normiranju i primjeni pravnog standarda najboljeg interesa djeteta, koji je utvrđen Konvencijom o pravima djeteta i promovisan univerzalnošću ratifikacije ovog međunarodnog akta. Pravni standard najbolji interes djeteta podrazumijeva da su u svim aktivnostima koje se tiču djeteta od primarnog značaja interesi djeteta, bez obzira na to koji organi postupaju kao nadležni. Ispunjavanje ove obaveze iz Konvencije, odnosno konkretizacija najboljeg interesa djeteta i njegova dosljedna primjena kroz različite pravne institute predstavlja vrlo kompleksno pitanje, kako zbog zakonodavnog pristupa, tako zbog tumačenja odnosno utvrđivanja njegovog sadržaja. U tom smislu, autor u ovom radu razmatra odnos pravnog standarda najboljeg interesa djeteta i prava djeteta da živi sa svojim roditeljima, sa aspekta zakonodavstva Republike Srpske, uvažavajući istovremeno relevantna zakonska rješenja u pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Autor preispituje da li u pozitivnopravnoj regulativi postoje nedostaci u primjeni standarda najboljeg interesa djeteta prilikom regulisanja roditeljskopravnih odnosa, odnosno istražuje kako unaprijediti neka od rješenja u smislu postizanja efikasnije i kvalitetnije zaštite prava i interesa djeteta. Posebna pažnja posvećena je utvrđivanju razloga, odnosno kriterijuma na osnovu kojih se može ograničiti pravo djeteta da živi sa svojim roditeljima i definisanju nadležnosti organa koji donose odluku o ovom važnom pitanju. Istražujući ove probleme, autor iznosi argumente koji upućuju na zaključak da pozitivnopravna rješenja u Republike Srpske nisu sasvim usklađena sa Konvencijom i da je, sljedstveno tome, neophodno reformisati relevantne porodičnopravne propise u Republici Srpskoj.

Ključne riječi: najbolji interes djeteta, pravo djeteta da živi sa roditeljima, sud, organ starateljstva.

1. Uvod

U ostvarivanju namjere da se obezbijede najviši standardi pravne zaštite individualnih prava i sloboda, u modernim zakonodavstvima posebna pažnja posvećuje se pravnoj zaštiti prava i interesa djeteta. Opredijeljenost savremenog društva da se prava djeteta afirmišu i potvrde na međunarodnom planu rezultirala je usvajanjem Konvencije o pravima djeteta¹ – akta koji predstavlja

¹ Usvojena je rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 20.11.1989. godine (Službeni list SFRJ- Međunarodni ugovori, br. 15/09), dalje: Konvencija.

kodifikaciju prava djeteta. Ratifikacija ove konvencije od strane više od 190 država nesumnjivo potvrđuje najširu saglasnost i potpunu spremnost da se u ostvarivanju pravne zaštite djeteta primjenjuju Konvencijom promovisani standardi, koji osim pravnog značaja imaju pravno-političku i moralnu vrijednost.

Jedan od standarda utvrđenih Konvencijom, koji ima posebnu važnost, jeste standard najboljeg interesa djeteta, koji podrazumijeva da su u svim aktivnostima koja se tiču djeteta od primarnog značaja interesi djeteta, bez obzira na to koji organi postupaju kao nadležni. Konkretizacija najboljeg interesa djeteta i njegova dosljedna primjena kroz različite pravne institute predstavlja vrlo kompleksno pitanje, kako zbog njegovog normativnog tretmana u nacionalnim zakonodavstvima, tako zbog tumačenja, odnosno utvrđivanja njegovog sadržaja.²

U ovom radu preispitaće se odnos pravnog standarda najbolji interes djeteta, sa jedne strane, i prava djeteta da živi sa svojim roditeljima, sa druge strane, a sa stanovišta zakonodavstva Republike Srpske (dalje: RS), komparirajući relevantna zakonska rješenja sa istovrsnim porodičnopravnim propisima u Federaciji Bosne i Hercegovine (dalje: FBiH) i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine (dalje: BD).

2. Izvori prava

Imajući u vidu složenost Bosne i Hercegovine (dalje: BiH), u smislu njenog ustavno-pravnog uređenja, neophodno je prethodno ukazati na raspodjelu zakonodavnih nadležnosti između pojedinih nivoa vlasti. U skladu sa Ustavom BiH, te ustavima entiteta, zakonodavna nadležnost u oblasti porodičnog prava pripada RS, odnosno FBiH.³ Na teritoriji Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (dalje: BD) primjenjuju se zakoni koje donosi Skupština Distrikta, odnosno oni entitetski zakoni koji se prema Nalogu Supervizora⁴ smatraju zakonima BD, te zakoni Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine i zakoni Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, ukoliko nisu odlukom ili zakonodavnim aktom BD poništeni u cjelini ili djelimično.⁵

U Ustavu BiH nema posebnih odredbi koje se odnose na dijete i zaštitu njegovih prava, ili se tiču odnosa djece i roditelja, ali su uređenjem ljudskih prava i osnovnih sloboda obuhvaćena i ona prava koja se tiču djeteta.⁶ U Ankesu I Ustava BiH – Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se

² O problemima vezanim za tumačenje i primjenu Konvencije vid. Panov, S., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd 2008, str. 461 – 463.

³ Čl. III st. 1 i 3 Ustava Bosne i Hercegovine, čl. 68 tačka 6 Ustava Republike Srpske, čl. III Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.

⁴ Nalog supervizora kojim se ukidaju entitetski zakoni na području Brčko Distrikta i proglašava prestanak pravnog značaja međuentitetske granice u Distriktu od 4.08.2006. godine (dalje: Nalog).

⁵ Čl. 76 Statuta BD i paragraf 39 Konačne odluke Arbitražnog tribunala, tačka 2 Aneksa Konačne odluke Arbitražnog tribunala, st. 1 – 3 i st. 5 tačka a) Naloga.

⁶ Vid. čl. II Ustava BiH.

primjenjivati u Bosni i Hercegovini⁷, navedeni su međunarodni ugovori, a među njima i oni koji su izvori prava u ovoj oblasti (Konvencija o pravima djeteta, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda⁸, Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Pakt o građanskim i političkim pravima,⁹ itd.). Pored navedenih, u izvore prava međunarodnog karaktera u pogledu uređenja odnosa djece i roditelja spadaju i drugi međunarodni ugovori (Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece¹⁰, Konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahtjeva u inostranstvu¹¹), kao i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Ustavom RS predviđeno je da dijete, pored majke i porodice, uživa posebnu zaštitu. Podizanje i vaspitanje djece je pravo i dužnost njihovih roditelja, pa se može reći da korelativno ovoj dužnosti roditelja, djeca imaju pravo na podizanje i vaspitanje. Pored toga, važno je napomenuti da je Ustavom RS zagarantovana jednakost djece bez obzira da li su rođena u braku.¹²

Među zakonima koji predstavljaju izvor prava u regulisanju odnosa između djece i njihovih roditelja nužno je razlikovati zakone koji su osnovni izvor prava i kojima se ovi odnosi uređuju u cjelini, od zakona kojima se normiraju neki elementi pomenutih odnosa, koji prema tome predstavljaju dopunske izvore prava. U prvu grupu zakona ulazi Porodični zakon RS (dalje: PZ RS)¹³. Od zakona koji imaju značaj dopuskog izvora prava u posmatranoj materiji izdvajamo Zakon o parničnom postupku¹⁴, Zakon o vanparničnom postupku¹⁵, Krivični zakon¹⁶, Zakon o ombudsmanu za prava djeteta¹⁷, Zakon o predškolskom obrazovanju i vaspitanju¹⁸, Zakon o osnovnom obrazovanju i vaspitanju¹⁹, Zakon o srednjem obrazovanju i vaspitanju²⁰.

⁷Ustavom BiH predviđeno je da BiH ostaje ili postaje ugovorna strana u međunarodnim sporazumima koji su navedeni u Aneksu I (čl. II st. 7 Ustava BiH).

⁸Usvojena 4.11.1950. godine od strane Savjeta Evrope.

⁹Oba ova međunarodna ugovora usvojena su rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 16.12.1966. godine (Službeni list SFRJ- Međunarodni ugovori, br. 7/71).

¹⁰Usvojena kao dokument Haške konferencije za međunarodno privatno pravo 25.10.1980. godine (Službeni list SFRJ, br. 7/91).

¹¹Usvojena je rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 20.06.1958. godine (Službeni list FNRJ, br. 10/59).

¹²Čl. 36 st. 1, 4 i 6 Ustava RS.

¹³Službeni glasnik RS, br. 54/02 i 41/08. U FBiH to je Porodični zakon (Službene novine FBiH, br. 35/05 i 41/05 - dalje: PZ FBiH), odnosno u BD Porodični zakon (Službeni glasnik BD BiH, br. 23/07 - dalje: PZ BD).

¹⁴Službeni glasnik RS, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07 i 49/09

¹⁵Službeni glasnik RS, br. 36/09.

¹⁶Službeni glasnik RS, br.49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 i 1/12.

¹⁷Službeni glasnik RS, br. 103/08.

¹⁸Službeni glasnik RS, br. 119/08 i 1/12.

¹⁹Službeni glasnik RS, br. 74/08, 71/09 i 104/11.

²⁰Službeni glasnik RS, br. 74/08, 106/09 i 104/11.

3. Pravo djeteta da živi sa svojim roditeljima i najbolji interes djeteta

Jedno od prava djeteta²¹ jeste da živi zajedno sa svojim roditeljima.²² Posmatrano sa suprotne strane ove realcije, roditelji imaju dužnost i pravo da štite svoju maloljetnu djecu i da se brinu o njihovom životu i zdravlju.²³ Prema tome, dužnost roditelja da se brine o svom maloljetnom djetetu, da ga štiti, čuva i podiže, podrazumijeva smještaj djeteta, odnosno implicira primjenu zakonske norme o pravu djeteta da živi sa svojim roditeljima.²⁴ Budući da se radi o pravu čije ostvarivanje predstavlja osnov za konzumiranje drugih prava djeteta, odnosno uslov za izvršavanje nekih od dužnosti roditelja prema djetetu, u Konvenciji je utvrđena zabrana odvajanja djeteta od njegovih roditelja, osim u slučajevima kada je takvo razdvajanje neophodno i u najboljem interesu djeteta,²⁵ i kada nadležni organi²⁶ u skladu sa zakonom tako odluče. Iako se u Konvenciji i zakonodavstvima u regionu ograničavanje prava djeteta na život sa roditeljima može izvršiti samo ukoliko to opravdava najbolji interes djeteta²⁷, u porodičnom zakonodavstvu RS bilježimo raritet da maloljetna djeca mogu živjeti odvojeno od svojih roditelja (naravno, osim u slučaju kada je to u interesu djeteta) i u

²¹ U PZ RS nisu posebno normirana prava i dužnosti djeteta, kao što je to učinjeno u PZ FBiH i PZ BD (upor. čl. 81 – 84 PZ RS sa čl. 124 – 128 PZ FBiH, odnosno čl. 107 – 111 PZ BD). Isitna u čl. 79 – 84 govori se o nekim pravima djeteta, ali je većina odredaba posvećena dužnostima i pravima roditelja (naslov ove grupe odredaba u *Trećem dijelu* Zakona je „1. Prava i dužnosti roditelja i djeteta“). Drugim riječima, PZ RS ne sadrži odredbe o pravima djece na način da su jasno izdvojena i posebno navedena prava djeteta kako to zahtijevaju moderni normativno-pravni standardi prihvaćeni, prevashodno u Konvenciji, i porodičnim zakonodavstvima evropskih zemalja. Ovaj problem pokušava se riješiti reformom porodičnog zakonodavstva RS, pa je u tom smislu Narodna skupština 11.10.2012. godine usvojila Nacrt zakona o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona (dalje: Nacrt), s tim da Nacrt u zakonodavnoj proceduri još uvijek nije napredovao do forme prijedloga zakona. Vid. čl. 2, 4 i 6 Nacrta.

²² Čl. 81 st. 2 PZ RS. Ovo pravo djeteta utvrđeno je i u PZ FBiH, odnosno u PZ BD (čl. 124 st 2 PZ FBiH, odnosno čl. 107 st. 2 PZ BD).

²³ Čl. 81 st. 1 PZ RS. U porodičnom pravu RS nije eksplicitno utvrđeno pravo roditelja da žive sa svojim djetetom, kao što je to slučaj sa ostalim porodičnim zakonodavstvima u BiH (čl. 140 st. 1 PZ FBiH, odnosno čl. 123 st. 1 PZ BD).

²⁴ Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Čigoja štampa, Beograd 2005, str. 281.

²⁵ U cilju davanja jasnijeg putokaza za tumačenje neophodnosti razdvajanja djeteta od roditelja, navedeni su *exempli causae* neki od slučajeva – zlostavljanje djeteta, zanemarivanje djeteta i odvojen život roditelja. Vid. čl. 9 st. 1 Konvencije.

²⁶ U zakonodavstvu RS o ovom pitanju mogu odlučivati sud i organ starateljstva (vid. čl. 90 st. 1 u vezi sa čl. 86 st. 2 PZ RS). U FBiH, odnosno BD sud je nadležan da iz zakonom propisanih razloga, u vanparničnom postupku, uzme roditelju pravo da živi sa djetetom, a vaspitanje i čuvanje povjeri drugom licu ili ustanovi (vid. čl. 153 st. 1 PZ FBiH, odnosno čl. 135 st. 1 PZ BD), dok je organ starateljstva nadležan da na zahtjev jednog ili oba roditelja, ili *ex officio* odluči da dijete smjesti i povjeri njegovo čuvanje i vaspitanje drugom licu ili ustanovi, ako je to neophodno radi zaštite najboljeg interesa djeteta). Prema PZS, odlučivanje o odvojenom životu djeteta i roditelja/roditeljâ rezervisano je isključivo za sud, osim kada je dijete navršilo 15 godina života i kada je sposobno za rasuđivanje, jer tada može odlučiti sa kojim će roditeljem živjeti (vid. čl. 60 st. 2- 4).

²⁷ Čl. 140 st. 1 PZ FBiH, čl. 123 st. 1 PZ BD, čl. 60 st. 2 PZS.

situaciji kada to zahtijevaju opravdani interesi roditelja²⁸. Dakle, analizirano rješenje u pozitivnom pravu RS u koliziji je sa Konvencijom.²⁹

Na ovaj način se, u prvom redu, relativizuje obaveza roditelja da štite svoju maloljetnu djecu, odnosno dužnost roditelja da se brinu o njihovom životu i zdravlju. S druge strane, neopravdano se uspostavlja jednakost između roditelja i djece u pogledu legitimacije njihovih interesa, i dozvoljava se disolucija koncepta zajedničkog života roditelja i njihove djece i kada to ne zahtijeva najbolji interes djeteta. Drugim riječima, redukovanjem imperativnosti pravila o pomenutim dužnostima roditelja, umanjuje se efikasnost zaštite najboljeg interesa djeteta. Ovakav pristup uređenju razmatranog problema za pravno finale može imati situaciju da se interes djeteta pretpostavlja interesu roditelja, ako je potonji opravdan. Proizlazi da se o opravdanosti interesa roditelja može govoriti prvenstveno sa stanovišta onih okolnosti koje ga se lično tiču i koje ne moraju biti nužno vezane za njegovo maloljetno dijete. Suprotno ovome, interes djeteta posmatra se prevashodno kroz optiku njegovog odnosa prema roditeljima i zavisi od subjektivnih i objektivnih okolnosti koje se vezuju za roditelja i dijete. Prema tome, primjenom analizirane zakonske odredbe, moguće je da "vanjske okolnosti" - one koje svoj uzrok i posljedice nemaju u roditeljskopravnom odnosu - opravdaju odluku o odvojenom životu roditelja i djeteta. No, i pored ovakvog zakonskog rješenja, smatramo da se mogu izbjeći nepovoljne posljedice po zaštitu interesa djeteta. Imajući u vidu gore citirane odredbe Ustava BiH, nema sumnje da Konvencija predstavlja dio unutrašnjeg pravnog poretka i da može direktno da se primjenjuje, u ovom slučaju odredbe čl. 9 st. 1 Konvencije.

4. Odvojeni život roditelja i najbolji interes djeteta

Budući da su roditelji ravnopravni u vršenju roditeljskog prava i da ga vrše sporazumno, ostvarivanje prava djeteta da živi sa svojim roditeljima u stvari predstavlja osnov za njegov pravilan i potpun razvoj, čime se omogućuje izvršavanje dužnosti i vršenje prava oba roditelja kontinuirano.³⁰ Međutim, u slučaju razvoda ili poništenja braka, odnosno u slučaju raskida zajednice života supružnika ili vanbračnih partnera³¹, dijete živi sa jednim od roditelja što ima odlučujuće implikacije u pogledu vršenja roditeljskog prava.

²⁸Vid. čl. 81 st. 3 PZ RS. U porodičnim zakonodavstvima FBiH, odnosno BD djeca mogu živjeti odvojeno od svojih roditelja samo iz razloga koji se tiču zaštite ličnosti i interesa djeteta: zaštita najboljeg interesa djeteta, ugrožavanje interesa djeteta i u većoj mjeri zanemarivanje podizanja, vaspitanja i obrazovanja djeteta ili nespriječavanje drugog roditelja ili člana porodične zajednice da se na opisani način ponaša prema djetetu, ili ako je kod djeteta došlo do većeg poremećaja u vaspitanju (čl. čl. 147 st. 1 i 153 st. 1 PZ FBiH, odnosno čl.135 st. 1 i čl. 130 st. 1 PZ BD).

²⁹ Upor. čl. 81 st. 3 PZ RS i čl. 3 st. 1 i čl. 9 st. 1 Konvencije.

³⁰ Vid. čl. 79 st. 1 i čl. 81 st. 1 - 2 PZ RS; čl. 124 st. 2, čl. 130, čl. 134 i čl. 141 st. 1 PZ FBiH; čl. 107 st. 2, čl. 113, čl. 117 i čl. 124 st. 1 PZ BD.

³¹ Sa ovom situacijom, u smislu njenih pravnih dejstava u pogledu odnosa djeteta i roditelja, izjednačavamo slučaj kada roditelji vanbračnog djeteta nisu nikad niti uspostavili zajednicu života – vanbračnu zajednicu.

Ako roditelji maloljetnog djeteta žive odvojeno, roditeljsko pravo vrši roditelj sa kojim dijete živi.³² Analizirajući ovo rješenje uočavamo dva važna problema koja svakako utiču na ostvarivanje i zaštitu interesa djeteta. Za razliku od porodičnog zakonodavstva FBiH, kojim je predviđeno da sud uvijek donosi odluku sa kojim će roditeljem dijete živjeti (uvažavajući sporazum roditelja, ako je u skladu sa najboljim interesom djeteta)³³, u pozitivnom pravu RS ovo pitanje nije uređenona ovakav način. Naime, tumačenjem odredaba čl. 85, 86 i 88 PZ RS, proizlazi da o ovom pitanju mogu odlučiti, prije svih, sami roditelji sporazumijevajući se, dakle, sa kim će od njih živjeti njihovo maloljetno dijete, a da pri tom njihova odluka odnosno sporazum ne prolazi ocjenu opravdanosti i usaglašenosti sa najboljim interesom djeteta. Dakle, ako među roditeljima nema nesporazuma ove vrste, ili drugim riječima, ako niko od njih ne zahtijeva odlučivanje nadležnog organa vlasti, dijete će živjeti sa jednim roditeljem (sa čim je saglasan drugi roditelj). Tek u slučaju neslaganja roditelja odlučiće organ starateljstva.³⁴ Pored organa starateljstva, o ovom važnom pitanju može odlučivati i sud. Nadležnost suda ustanovljava se, ipak, samo u slučajevima postojanja bračnog spora - brakorazvodnog postupka i postupka za poništenje braka.³⁵

U ovoj analizi pažnju zaslužuje još jedno pitanje – stav djeteta, odnosno njegove želje u pogledu budućeg zajedničkog života sa jednim od roditelja. U porodičnom pravu RS, nadležni organ (sud, odnosno organ starateljstva) obavezan je da uzme u obzir želje djeteta ako je ono sposobno da ih izrazi.³⁶ Dakle, ne određuje se starosna granica da bi volja djeteta bila pravno relevantna, ali ipak ona nije odlučujuća, već predstavlja činjenicu koju će zajedno sa ostalim okolnostima u obzir uzeti organ koji donosi odluku o povjeravanju djeteta na zaštitu i vaspitanje.³⁷ U porodičnom pravu FBiH, odnosno BD propisano je da nadležni organ u svim postupcima u kojima se odlučuje o roditeljskom staranju i

³² Čl. 86 st. 2 PZ RS, čl. 142 st. 1 PZ FBiH, čl. 125 st. 1 PZ BD. U zakonskom tekstu upotrebljava se formulacija "roditelj kod koga dijete živi". Iako ovakva formulacija suštinski, pa i u smislu primjene ove norme, ne dovodi u pitanje ostvarivanje i zaštitu ovog prava djeteta, smatramo da je stilski korektno i prihvatljivije konstatovati da je riječ o "roditelju sa kojim dijete živi", jer je naglasak na zajedničkom životu, a ne na određivanju mjesta gdje dijete živi (vid. čl. 84 st. 2 PZ RS).

³³ Čl. 142 st. 2 i 7 i čl. 304 st. 1 PZ FBiH.

³⁴ U čl. 85 st. 2 PZ RS propisano je: "U slučaju neslaganja roditelja o vršenju roditeljskog prava odlučuje organ starateljstva". Neslaganje roditelja u pogledu pitanja sa kojim će od njih živjeti njihovo maloljetno dijete nesumnjivo je obuhvaćeno "neslaganjem roditelja o vršenju roditeljskog prava". Isto vrijedi i za PZ BD, osim što se umjesto termina "neslaganje" koristi termin "spor" (124 st. 3 PZ BD).

³⁵ Čl. 86 st. 3 i 88 PZ RS. Isto tako, sud će biti nadležan i kada je riječ o zahtjevu za drugačiju odluku u odnosu na ranije donesenu odluku suda o povjeravanju djece na zaštitu i vaspitanje, ako to zahtijevaju promijene prilike (čl. 89 st. 1 PZ RS, odnosno čl. 126 PZ BD).

³⁶ Čl. 92 st. 1 PZ RS. U čl. 6 Nacrta predviđeno je da dijete ima pravo: na izražavanje i uvažavanje vlastitog mišljenja; da dobije sva obavještenja potrebna za formiranje vlastitog mišljenja; da se mišljenju djeteta mora posvetiti dužna pažnja; da dijete sa navršениh 10 godine može izraziti svoje mišljenje u svakom postupku koje se tiče njegovih prava; i sl.

³⁷ Tumačenjem odredbi PZ RS i Konvencije dolazimo do zaključka da zakonodavac u RS ipak nije sasvim usaglasio citirano zakonsko rješenje sa odredbama čl. 12 Konvencije.

povjerenju čuvanja i vaspitanja djeteta treba djetetu dati potreban savjet, upoznati gasa svim okolnostima vezanim za odlučivanje i omogućiti mu da s tim u vezi izrazi svoje mišljenje, što predstavlja recepciju standarda utvrđenih u čl. 12 Konvencije.³⁸

5. Najbolji interes djeteta prilikom povjerenja djeteta trećem licu ili ustanovi

U smislu zaštite prava i interesa djeteta, zakonodavac je posebno uredio slučajeve kada može doći do odvajanja djeteta od njegovih roditelja. Organ starateljstva nadležan je da preduzima potrebne mjere radi zaštite ličnih i imovinskih prava i interesa djeteta.³⁹ Primjenom standarda najmanjeg posezanja, organ starateljstva vršeci svoje nadležnosti prethodno preduzima preventivne mjere i mjere nadzora (mjere stalnog nadzora nad vršenjem roditeljskog prava i mjere pojačanog nadzora nad djetetom).⁴⁰ Međutim, ukoliko se ove mjere pokažu neefikasnim ili u slučaju dasu ispunjeni zakonom propisani uslovi, organ starateljstva može dijete povjeriti drugom roditelju, trećem licu ili odgovarajućoj ustanovi, ako ne postoji sudska odluka o povjerenju djeteta.⁴¹ Riječ je o mjeri kojom se vrši odvajanje djeteta od roditelja ili roditeljâ. U porodičnom zakonodavstvu RS ova mjera označava se kao "oduzimanje djeteta" i povjerena je u nadležnost organu starateljstva, ako o tome nije prethodno odlučivao sud.⁴²

Sud može dijete povjeriti na zaštitu i vaspitanje drugom licu kada to zahtijevaju interesi djeteta, odlučujući u bračnom sporu o poništenju ili razvodu braka, ili odlučujući nakon okončanja bračnog spora, ako to zahtijevaju promijenjene prilike.⁴³ Dakle, sud je, kao i organ starateljstva, temeljem odredbe stava 2 čl. 90 PZ RS snabdjeven ovlašćenjem da donese odluku o povjerenju djeteta trećem licu kada to zahtijevaju interesi djeteta, a da pri tome nije nužno da su isti ugroženi od strane njegovih roditelja. Imajući u vidu dualistički koncept - u smislu nadležnosti organa za donošenje ove odluke, te zakonsku terminologiju, nesumnjivo je da je zakonodavac u RS preuzeo ova rješenja iz ranije važećeg zakonskog propisa.⁴⁴ U zakonodavstvu FBiH organu starateljstva u nadležnost se daju blaže i preventivne mjere, odnosno generalno ovlašćenje u smislu zaštite prava i najboljeg interesa djeteta, dok su posebno propisane, strožije mjere, koje za posljedicu imaju odvajanje djeteta od roditelja, povjerene

³⁸Čl. 149 st. 1 PZ FBiH, odnosno čl. 132 st. 1 PZ BD.

³⁹Čl. 94 PZ RS, čl. 150 st. 1 PZ FBiH, čl. 133 st. 1 PZ BD.

⁴⁰Čl. 95 - 96, čl. 97 st. 2, čl. 98 - 99 i čl. 102 PZ RS.

⁴¹Čl. 97 st. 1 PZ RS. Prema odredbama PZ FBiH i PZ BD, organ starateljstva može na zahtjev jednog ili oba roditelja ili po službenoj dužnosti odlučiti o smještaju djeteta i povjerenju njegovog čuvanja i vaspitanja drugom licu ili ustanovi (čl. 147 st. 1 PZ FBiH, čl.130 st. 1 PZ BD); odnosno, u slučaju kada su roditelji nesposobni ili spriječeni da se staraju o djetetu, organ starateljstva će odlučiti o smještaju djeteta u drugu porodicu ili ustanovu (čl. 125 st. 3 PZ BD).

⁴²Čl. 97 st. 1 PZ RS.

⁴³Vid. čl. 90 u vezi sa čl. 88 i čl. 89 st. 1 PZ RS.

⁴⁴Čl. 90, 92 i čl. 97 st. 1 PZ RS sa čl. 93, 95 i 100 Porodičnog zakona (Službeni list SRBiH, br. 21/79 – dalje: PZ SRBiH).

sudu.⁴⁵ Isto vrijedi i za porodično pravo u BD. Naime, odluci suda o povjeravanju djeteta na čuvanje i vaspitanje drugom licu ili ustanovi prethodi oduzimanje roditelju prava da živi sa djetetom u vanparničnom postupku.⁴⁶

Povjeravanje djeteta na zaštitu i vaspitanje trećem licu ili ustanovi mogu izvršiti i sami roditelji, ako to zahtijevaju interesi djeteta i ako je to prethodno odobrio organ starateljstva.⁴⁷ Istina, autonomija volje roditelja u ovom slučaju nije suverena i ograničena je dozvolom organa starateljstva⁴⁸ - koji bi u smislu zaštitnika interesa djeteta trebao da spriječi donošenje štetne odluke i nastupanje za dijete nepovoljnog pravnog finala, ali je interesantno da se procijena interesa djeteta prepušta roditeljima, što nije u saglasnosti sa Konvencijom, u kojoj se ističe da o odvajanju djeteta od roditelja "odlučuje nadležni organ" i "na osnovu sudskog uvida".⁴⁹ Isto tako, odredbama PZ RS propisano je da će u slučaju kada roditelji odlaze na privremeni rad u inostranstvo (ili onaj roditelj sa kojim dijete živi) i sa sobom ne vode dijete, ono biti povjereno na zaštitu i vaspitanje drugom licu ili odgovarajućoj ustanovi, ako se sa tim organ starateljstva prethodno saglasi.⁵⁰ Iako naponi roditelja da svojim radom obezbijede sredstva za izdržavanje djeteta i porodice predstavljaju ponašanje u cilju ispunjenja ne samo moralnih, već i pravnih dužnosti i zaslužuju pohvalu, smatramo da se interesi djeteta ne smiju pretpostaviti interesima porodice. U ovom slučaju izvršena je potpuna objektivizacija kriterijuma za odvajanje djece od roditelja – odlazak na privremeni rad u inostranstvo i nevođenje djece. Ovde se ne radi o postojanju ili procjeni nečijeg interesa kao kriterijuma (interes djeteta ili interes roditelja), već zakonodavac ovakvom regulacijom odnosa podrazumijeva da se radno angažovanje roditelja, pogotovo u inostranstvu, ne može drugačije cijiniti nego kao interes kako roditelja i djece, odnosno kao interes porodice, čime neuvjerljivo pribavlja moralno-pravni legitimitet razmatranom pravilu. Posebno je interesantan uslov da se rad odvija u inostranstvu, što govori o društvenom kontekstu i uopšte o relativno drugačijem odnosu prema regulativi odnosa roditelja i djece u vrijeme kreiranja ovog pravila.⁵¹

⁴⁵ Bubić, S; Traljić, N. *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, str. 194.

⁴⁶ Čl. 153 st. 1 i čl. 350 st. 1 PZ FBiH, čl. 135 st. 1 PZ BD.

⁴⁷ Čl. 87 st. 1 PZ RS. U zakonodavstvima FBiH i BD prihvaćeno je drugačije rješenje. Propisano je da roditelji (ili roditelj koji se sam stara o djetetu) privremeno mogu povjeriti dijete drugom licu koje ispunjava uslove za izbor staraoca ili ustanovi. Dakle, intencija zakonodavca je da se ovo pravo roditelja koristi samo privremeno, što svakako predstavlja kvalitet u citiranom rješenju. Međutim, za razliku od PZ RS, ne predviđa se interes djeteta kao kriterijum na osnovu kojeg roditelji mogu donijeti takvu odluku, odnosno temeljem kojeg organ starateljstva može procijeniti da li je opravdano dati ili uskratiti saglasnost za pomenutu odluku organa starateljstva. Upor. čl. 146 st. 1 PZ FBiH, čl. 129 st. 1 PZ BD.

⁴⁸ U odredbama PZ RS upotrebljava se sintagma „prethodno odobrenje organa starateljstva“, koja nije pravno-logički ispravna. Prema opštim pravilima, saglasnost trećeg lica ili nadležnog organa za punovažnost pravnog posla može biti prethodna i tada se naziva dozvola, ili naknadna kada se naziva odobrenje. Prema tome, konstrukcija „prethodno odobrenje“ nije najsrećnije rješenje i svakako da zaslužuje korekciju. Vid. čl. 87 st. 1 – 2 PZ RS.

⁴⁹ Vid. čl. 9 st. 1 Konvencije.

⁵⁰ Čl. 87 st. 2 PZ RS.

⁵¹ Ova norma zadržana je iz PZ SRBiH. Upor. čl. 87 st. 2 PZ RS i čl. 90 st. 2 PZ SRBiH.

Dakle, razlozi zbog kojih se dijete može odvojiti od roditelja ili roditeljâ propisani su zakonom, što je nužno zbog pravne sigurnosti, kako sa aspekta zaštite prava i interesa djeteta, u smislu otklanjanja negativnih posljedica u podizanju i razvoju djeteta, tako i sa stanovišta pravne zaštite prava roditelja, budući da je riječ o najstrožijoj roditeljskopravnoj sankciji poslije oduzimanja roditeljskog prava. Kada se ustanovljava nadležnost suda da odlučuje o ovom pitanju, onda se kao razlog i kriterijum predviđa interes djeteta.⁵² Međutim, kada, u vršenju nadzora nad vršenjem roditeljskog prava, o povjeravanju djeteta drugom licu ili ustanovi odlučuje organ starateljstva, zakonodavac zauzima drugačiji pristup. Riječ je o zlostavljanju djeteta, zanemarivanju brige o djetetu, zanemarivanju vaspitanja djeteta ili poremećaja u vaspitanju djeteta, kao razlozima zbog kojih organ starateljstva može postupiti na prethodno opisani način.⁵³ Naglasak je, dakle, na zanemarivanju djeteta⁵⁴, odnosno na propustima u vaspitanju djeteta, koji su najčešće subjektivne prirode, ali mogu biti uzrokovani i objektivnim (neskrivljenim) okolnostima na strani roditelja. Međutim, primjećujemo da zakonodavac u razloge za odvajanje djeteta od roditelja ili roditeljâ ubraja i "zlostavljanje djeteta", a zlostavljanje djeteta je istim zakonom utvrđeni razlog za oduzimanje roditeljskog prava.⁵⁵ S druge strane, sadržaj pojma "zlostavljanje djeteta" drugačiji je od sadržaja ostalih razloga za odvajanje djeteta od roditelja ili roditeljâ, jer utvrđivanje ovakve posljedice podrazumijeva krivicu roditelja.⁵⁶ Imajući u vidu prethodno, evidentno je da razlozi zbog kojih se može ograničiti pravo djeteta da živi sa svojim roditeljima nisu sasvim usaglašeni sa mehanizmom zaštite najboljeg interesa djeteta, jer se ne odnose uvijek na zaštitu prava i interesa djeteta, već i na opravdane interese roditelja, a neefikasnosti komentarisanih rješenja svakako doprinosi i upliv organa starateljstva u smislu njegovih nadležnosti u ograničenju vršenja roditeljskog prava.⁵⁷

U propisivanju razloga za oduzimanje roditelju prava da živi sa djetetom u porodičnim pravima FBiH i BD zakonodavac je pristupio na drugačiji način, ne praveći greške koje smo prethodno evidentirali u porodičnom zakonodavstvu RS. Zakonodavac na prvo mjesto postavlja interes djeteta⁵⁸ i u većoj mjeri

⁵² Ista odredba vrijedi i za organ starateljstva kada kao nadležni organ uređuje vršenje roditeljskog prava (čl. 90st. 2 PZ RS).

⁵³ Čl. 97 st. 1 PZ RS.

⁵⁴ Zanemarivanje djeteta u ovom slučaju zahtijeva pažljivu pravnu kvalifikaciju. Naime, da bi zanemarivanje djeteta bilo razlog za oduzimanje djeteta od roditelja, ono se mora kretati u rasponu od običnog zanemarivanja do grubog zanemarivanja. U prvom slučaju ima mjesta primjeni mjera nadzora (stalnog ili pojačanog), dok se u drugom slučaju radi o oduzimanju roditeljskog prava. Upor. odredbe čl. 96 i 99 sa odredbama čl. 106 st. 1 i 3 PZ RS.

⁵⁵ Čl. 106 st. 1 PZ RS.

⁵⁶ Potvrdu potrebe razlikovanja zanemarivanja (zapuštanja) od zlostavljanja djeteta nalazimo u odredbama čl. 207 Krivičnog zakona (Službeni glasnik RS, br. 49/03, 70/06 i 73/10).

⁵⁷ Vid. čl. 81 st. 3, čl. 87 st. 2, čl. 90 st. 2 i čl. 97 st. 1 PZ RS.

⁵⁸ Interes djeteta je u prvom planu i kada se predviđa da organ starateljstva može na zahtjev jednog ili oba roditelja ili po službenoj dužnosti odlučiti o smještaju djeteta i povjeravanju njegovog čuvanja i vaspitanja drugom licu ili ustanovi. Ovakvu odluku organ starateljstva može donijeti i bez saglasnosti roditelja, ako su ovi odsutni, spriječeni ili nesposobni starati se o djetetu, a nisu

zanemarivanje u podizanju, vaspitanju i obrazovanju djeteta. Na ovaj način, ne samo da je promovisana uloga i značaj najboljeg interesa djeteta, nego je široko postavljena zaštita prava i interesa djeteta. Ovo iz razloga što se pod prednju situaciju mogu podvesti različiti oblici ponašanja roditelja i istovremeno efikasno zaštititi prava djeteta. Pored toga, neophodno je da se radi o zanemarivanju "u većoj mjeri" kako bi bila opravdana primjena ovako stroge pravne sankcije, što istovremeno upućuje na zaključak da se u blažim oblicima zanemarivanja, u slučajevima zanemarivanja u manjoj mjeri, primjenjuju mjere nadzora. U razloge za oduzimanje roditelju prava na život sa djetetom uvrštavaju se nespriječavanje drugog roditelja ili člana porodice da se ponaša na prethodno opisani način prema djetetu, odnosno situacija kada je kod djeteta došlo do većeg poremećaja u vaspitanju. Dakle, roditelj sasvim izvjesno snosi roditeljskopravne posljedice ne samo u slučaju odgovornosti za vlastito ponašanje, već i u slučaju pasivnog držanja kada drugi roditelj ili član porodice ugrožavaju interese i prava djeteta.⁵⁹

Razmatrajući pitanje nadležnosti organa (suda i organa starateljstva), smatramo da za razliku od organa starateljstva koji je po svojoj prirodi upravni organ i koji u osnovi postupajući primjenjujući pravila upravnog postupka i metode stručnog socijalnog rada, sud ima veće kompetencije u situacijama kada se ograničava pravo djeteta da živi sa svojim roditeljima, odnosno kada se roditelju oduzima pravo da živi sa svojim djetetom. S druge strane, sudski postupak pruža bolje garancije za odlučivanje u navedenim situacijama, jer ipak se radi o oduzimanju ili ograničenju prava, a ne o mjerama koje se odnose na upravljanje pravom - način njegovog vršenja. Na kraju, ne i najmanje važno, Konvencijom je propisano da dijete može biti odvojeno od njegovih roditelja, razumije se – ako je to u najboljem interesu djeteta, "kada tako nadležni organi na osnovu sudskog uvida odluče".⁶⁰ Dake, ipak se zahtijeva postupanje suda. To je osnovni razlog zbog kojeg je Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija, prilikom deponovanja ratifikacionog instrumenta, a u smislu čl. 51 st. 1 Konvencije stavila rezervu, ističući da "nadležni organi (organi starateljstva) u smislu čl. 9 st. 1 Konvencije mogu donositi odluku o oduzimanju prava roditelja na čuvanje i vaspitanje djeteta bez prethodnog sudskog uvida, u skladu sa unutrašnjim zakonodavstvom SFRJ".

povjerali čuvanje i vaspitanje djeteta drugom licu koje ispunjava uslove za staraoca (čl. 147 st. 1-2 PZ FBiH, čl. 130 st. 1-2 PZ BD).

⁵⁹Vid. čl. 153 st. 1 PZ FBiH, čl. 135 st. 1 PZ BD.

⁶⁰Čl. 9 st. 1 Konvencije. Takav koncept dosljedno je proveden u porodičnom zakonodavstvu Srbije (čl. 60 st. 2 PZS).

6. Održavanje ličnih odnosa djeteta sa roditeljem sa kojim ne živi u porodičnoj zajednici

Kada roditelji maloljetnog djeteta žive odvojeno, odnosno kada je brak između njih razveden ili poništen, roditeljsko pravo vrši onaj roditelj sa kojim dijete živi, odnosno roditelj kojem je dijete povjereno na zaštitu i vaspitanje.⁶¹ Međutim, to ne znači da je drugi roditelj, kojem dijete nije povjereno na zaštitu i vaspitanje, lišen svih prava i dužnosti prema djetetu. Potonji roditelj ima pravo da u slučaju neslaganja sa postupkom ili mjerom roditelja koji vrši roditeljsko pravo o tome obavijesti organ starateljstva, koji o tome odlučuje, odnosno da zahtijeva izmjenu odluke o povjeravanju djeteta na zaštitu i vaspitanje.⁶² Posebnu pažnju posvećujemo pravu i dužnosti roditelja, koji ne vrši roditeljsko pravo, da održava lične odnose sa djetetom.⁶³ U PZ RS ističe se da je riječ o pravu i istovremeno dužnosti roditelja.⁶⁴ Međutim, dužnost roditelja u roditeljskopravnom odnosu korelativna je pravu djeteta.⁶⁵ Dakle, iako nije eksplicitno propisano, van svake je sumnje da dijete ima pravo na održavanje ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi.⁶⁶ Ovo pravo može se ograničiti, odnosno održavanje ličnih odnosa sa djetetom može se ograničiti ili zabraniti, samo ako to zahtijevaju zaštita ličnosti djeteta i drugi interesi djece.⁶⁷ Ovo iz

⁶¹ Čl. 86 st. 2 – 3 PZ RS. Isto rješenje prihvaćeno je u FBiH i BD (čl. 142 st. 1 i čl. 304 st. 1 PZ FBiH, odnosno čl. 125 st. 1 i čl. 275 st. 1 PZ BD).

⁶² Čl. 86 st. 4 PZ RS. U ostalim porodičnim zakonodavstvima u BiH izričito je utvrđeno pravo roditelja sa kojim dijete ne živi da bude informisan o važnim pitanjima koja se tiču djeteta, a potom da se u slučaju neslaganja sa postupkom ili mjerom drugog roditelja obrati sudu (u FBiH), odnosno organu starateljstva (u BD). Vid. čl. 142 st. 2 PZ FBiH, odnosno čl. 125 st. 2 PZ BD.

⁶³ Čl. 81 st. 4 PZ RS.

⁶⁴ U porodičnim zakonodavstvima FBiH i BD riječ je samo o dužnosti, ne i pravu roditelja (čl. 140 st. 2 PZ FBiH i čl. 123 st. 2 PZ BD). Smatramo da je prihvatljivije rješenje iz čl. 81 st. 4 PZ RS, jer ako roditelj ima pravo da bude informisan o važnim pitanjima koja se tiču djeteta i ako može ulagati prigovore na postupke i mjere drugog roditelja, ispravno je rezonovati da je i održavanje ličnih odnosa sa djetetom u stvari pravo roditelja. S druge strane, ako jedan roditelj ima obavezu da poštuje održavanje ličnih odnosa djeteta sa drugim roditeljem, onda to trpljenje može biti samo rezultat konzumiranja prava potonjeg roditelja (vid. čl. 140 st. 2 i čl. 142 st. 4 PZ FBiH, odnosno čl. 123 st. 2 i čl. 125 st. 2 PZ BD). Da zakonodavac ozbiljno insistira na dužnosti jednog i poštovanju pravu drugog roditelja u pogledu održavanja ličnih odnosa sa djetetom, i obrnuto, uočljivo je i iz zapriječene sankcije za povredu navedene dužnosti, odnosno prava. Roditelj koji ne izvršava ovu dužnost ili u tome sprečava drugog roditelja, odnosno onemogućuje održavanje ličnih odnosa sa djetetom može se suočiti sa najtežom roditeljskopravnom sankcijom – oduzimanjem roditeljskog staranja (čl. 154 st. 5 PZ FBiH, čl. 136 st. 5 PZ BD).

⁶⁵ Prema Konvenciji, pravo je djeteta da održava lične odnose i neposredne kontakte sa roditeljima na stalnoj osnovi, osim ako je to u suprotnosti sa najboljim interesima djeteta (čl. 9 st. 3 Konvencije).

⁶⁶ Potvrdu ovog zaključka nalazimo u odredbama PZ RS u kojima se govori o razlozima za oduzimanje roditeljskog prava. Naime, roditelju se može oduzeti roditeljsko pravo, između ostalog, i zbog grubog zanemarivanja roditeljskih dužnosti, kao što je situacija kada roditelj ne brine duže od mjesec dana o djetetu sa kojim ne živi (čl. 106 st. 3 tačka 2 PZ RS).

⁶⁷ Čl. 93 st. 3 PZ RS. Interes djeteta je kriterijum zbog kojeg se može ograničiti ili zabraniti održavanje ličnih odnosa sa djetetom i u FBiH, odnosno u BD. Međutim, za razliku od RS, u ovim pravima otišlo se korak dalje, pa se roditelju koji ne živi sa djetetom može zabraniti da se

razloga što održavanje ličnih odnosa sa roditeljem kojem nije povjereno vršenje roditeljskog prava ima veliki značaj, prvenstveno za maloljetno dijete. Na ovaj način amortizuju se posljedice odvojenog života roditelja, stvaraju se pretpostavke za normalan razvoj djeteta i uopšte uslovi da se odnos između roditelja i djeteta razvija sa svim onim sadržajima koji podrazumijevaju ostvarivanje roditeljske uloge i podizanje djeteta. Zakonodavac je u potonjem slučaju široko postavio zaštitu ličnih prava, ličnosti i interesa djeteta, i time omogućio organu starateljstva, da cijeneći konkretne okolnosti, adekvatno i efikasno zaštititi interese djeteta. Čini se, da je sa stanovišta zaštite interesa djeteta, zakonodavac bolji pristup pokazao u odnosu na ovo pitanje, nego kada je riječ o oduzimanju djeteta od roditelja.

U smislu načina održavanja i uređenja ličnih odnosa između djeteta i roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo, prednost se daje sporazumu roditelja o ovom važnom pitanju.⁶⁸ Ukoliko roditelji ne postignu sporazum, odlučiće organ starateljstva.⁶⁹ Jednom uređeni način održavanja ličnih odnosa nije nepromjenjiv. Zbog promijenjenih prilika, a na zahtjev roditelja, organ starateljstva može ponovo urediti način održavanja ličnih odnosa.⁷⁰ Za kraj, bilježimo i jednu razliku između posmatranih porodičnih zakonodavstava, a koja se tiče subjektivnog elementa ličnih odnosa. Naime, odredbama PZ FBiH i PZ BD domašaj prava djeteta na održavanje ličnih odnosa proširen je na djeda i baku, drugu djecu koja ne žive sa istim roditeljem, kao i na druga lica ako je to u interesu djeteta.⁷¹

7. Zaključak

Analiza pozitivnopravnih propisa u RS kojima se uređuju odnosi između roditelja i njihove maloljetne djece, odnosno njihovo upoređivanje sa istovrsnim propisima u ostalim porodičnim zakonodavstvima u BiH i regionu, kao i sa Konvencijom, otkriva nedostatke u zakonskoj regulativi i ukazuje na izvjesne

neovlašćeno približava djetetu i uznemirava ga, a odluku o tome sud dostavlja organu starateljstva i policiji (čl. 145 st. 3 i 5 PZ FBiH, odnosno čl. 128 st. 3 i 5 PZ BD).

Iako u citiranoj normi nije označeno koji je organ nadležan da donese odluku kojom se ograničavaju ili zabranjuju lični kontakti, iz odredaba čl. 93 st. 1 i 2 PZ RS proizlazi da je to organ starateljstva.

⁶⁸ Sporazum roditelja o načinu održavanja ličnih odnosa sa djetetom ne podvrgava se kontroli suda ili organa starateljstva, u smislu ocjene njegove usaglašenosti sa najboljim interesom djeteta (čl. 93 st. 1 PZ RS).

⁶⁹ Čl. 93 st. 1 PZ RS, čl. 128 st. 1 – 2 PZ BD. U porodičnom pravu FBiH sud će uvažiti sporazum roditelja o načinu održavanja ličnih odnosa, ako je on u najboljem interesu djeteta (vid. čl. 145 st. 1 – 2 PZ FBiH). Nadležnost za uređenje ličnih odnosa i ograničavanje prava na održavanje ličnih odnosa u pravu Srbije pripada sudu, s tim da odluku o održavanju ličnih odnosa sa roditeljem može donijeti i dijete koje je navršilo 15 godina i koje ima sposobnost za rasuđivanje (čl. 61 st. 2 – 4 PZS).

⁷⁰ Čl. 93 st. 2 PZ RS.

⁷¹ Čl. 148 st. 1 - 3 PZ FBiH, odnosno 131 st. 1 – 3 PZ BD. U PZS, ovo pravo prošireno je u odnosu na srodnike i druga lica sa kojima dijete vezuje posebna bliskost (čl. 61 st. 5 PZS). U čl. 7 Nacrta preuzeto je citirano rješenje iz PZS.

mogućnosti unapređenja nekih rješenja u smislu postizanja efikasnije i kvalitetnije zaštite prava i interesa djeteta.

Propisujući razloge zbog kojih se može ograničiti pravo djeteta da živi sa svojim roditeljima, odnosno kriterijume usljed kojih dijete može odvojeno živjeti od roditelja, zakonodavac zaštitu najboljeg interesa djeteta relativizuje kroz legitimisanje interesa roditelja kao osnova za odluku o odvojenom životu roditelja i djeteta, što svakako predstavlja kontinuitet konzervativnog pristupa, za koji se ne može reći da je u saglasnosti sa Konvencijom i vrijednostima koje ona promovira.

Jedan od problema koji je identifikovan u ovom istraživanju tiče se uređenja vršenja roditeljskog prava u slučaju odvojenog života roditelja maloljetnog djeteta. Imajući u vidu važnost ovog pitanja, naročito sa stanovišta zaštite najboljeg interesa djeteta, smatramo da je opravdano da u ovakvim situacijama isključivu nadležnost ima sud, ne i organ starateljstva. Budući da se radi o odlučivanju o pravu roditelja na život sa djetetom i o zaštiti interesa djeteta, isto bi se moglo konstatovati i u pogledu donošenja odluke o odvajanju djeteta od roditelja i povjeravanja drugom licu ili ustanovi, jer, prema pozitivnom pravu RS, pored suda (koji postupa u bračnom sporu), nadležnost pripada i organu starateljstva.

Pored toga, sporazum roditelja o tome sa kojim će od njih živjeti njihovo maloljetno dijete, odnosno na koji način će se održavati lični odnosi, neophodno je povjeriti sudu radi procjene opravdanosti ovog sporazuma i njegove usaglašenosti sa interesima djeteta. Sporazum roditelja se prema pozitivnom pravu podvrgava procjeni nadležnog organa samo u slučaju kada se odnosi na povjeravanje djeteta drugom licu ili ustanovi. Međutim, i u ovom slučaju nadležnost nema sud, već organ starateljstva, koji u navedenom slučaju daje prethodnu saglasnost, što ne pruža najbolje garancije za zaštitu prava i interesa djeteta.

Konačno, u smislu zakonskog uređenja održavanja ličnih odnosa djeteta i roditelja sa kojim dijete ne živi u porodičnoj zajednici, smatramo da pojam ličnih odnosa treba proširiti sa aspekta subjekata kojih ih ostvaruju. Najbolji interes djeteta zahtijeva da se djetetu omoguće i pravno zaštite lični odnosi ne samo sa roditeljima, već i sa drugim krvnim srođnicima (prvenstveno sa braćom i sestrama sa kojima dijete ne živi u istoj u porodičnoj zajednici, odnosno sa djedom i bakom) i drugim licima za koja je dijete blisko vezano.

Prethodno izloženo upućuje na zaključak da zakonodavac u RS, kada je riječ o uređenju odnosa između djece i roditelja, nije na najbolji način iskoristio reformu porodičnog prava iz 2002. godine i da pozitivne propise treba posmatrati kao tranzicionu fazu ka uspostavljanju modernijih rješenja koja će biti potpuno usaglašena sa Konvencijom.

Dr. sc. Darko Radic, Assistant professor
Law Faculty of University in Banja Luka.

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN RELATIONSHIP TO HIS/HER PARENTS

Summary: In regulating relationship between parents and children, the best interest of the child which has established by Convention on the rights of the child is a matter of particular importance in modern legislative, with purpose to be provided efficient legal protection of child rights. In this paper author examines relation between the best interest of the child and child right to live with his/her parents, considering legislative of Republic of Srpska, and comparing it to relevant legal rules in Federation of Bosnia and Herzegovina and Brcko District of Bosnia and Herzegovina at the same time.

Author considers whether family law in RS meets standards in Convention on the rights of the child in regulating the best interest of the child and what are possible solutions for improving present rules in order to make protection of child rights and interests more efficient. Author especially examines problem of prescribing reasons for limitation of child right to live with his/her parents and problem of distribution of jurisdiction between different authorities - decision makers. In that sense, author presents arguments which support attitude that relevant legal rules in RS are not in accordance to Convention on the rights of the child.

Key words: the best interest of the child, child right to live with his/her parents, court, guardianship authority.

PRAVO NA SAZNANJE PODRIJETLA I NAJBOLJI INTERES DJETETA

U radu se analizira korelacija prava na saznanje vlastitoga podrijetla i pravnog standarda najboljeg interesa djeteta. Autor iznosi antropološku podlogu vrednovanja prava na saznanje podrijetla kao izvornog ljudskog prava i njegovu vezanost za utvrđivanje majčinstva i očinstva. Kritički analizira važeća normativna rješenja međunarodnih i domaćih akata, navodeći poteškoće i dvojbe u ostvarivanju tog prava unutar različitih segmenata obiteljskopравnih odnosa. Ističe svrhovitost načelne i suštinske podudarnosti prava na saznanje podrijetla i najboljeg interesa djeteta, ali i navodi specifične životne okolnosti kao moguće iznimke. Autor je posebnu pozornost usmjerio na davanje mogućih primjedbi i prijedloga *pro futuro*.

Ključne riječi: pravo na saznanje podrijetla, majčinstvo, očinstvo, najbolji interes djeteta.

1. Uvod

Kao izvorišne okosnice i smjerkaze u razmatranju važnosti i suodnosa prava na saznanje (biološkog) podrijetla i pravnog standarda najboljeg interesa djeteta mogli bismo uzeti prirodno ljudsko pravo na život i prirodnu vrijednost - dostojanstvo svakog ljudskog bića.

Pojmovno određenje ljudskog dostojanstva (engl. *human dignity*; njem. *Menschenwürde*; franc. *Dignité humaine*), upućuje da je ono osobno dobro koje kao najviša vrijednost pripada svakom ljudskom biću i daje mu pravo biti tretiran kao čovjek, a ne stvar, bez obzira na fizičke, psihičke, moralne i druge kvalitete.¹ Ono je zajamčeno najvišim pravnim aktima i nitko ga se ne može odreći.

Ljudsko dostojanstvo proizlazi iz čovjekove biti, ono je temelj i pretpostavka ljudskih prava. Stoga je i "pravno poimanje ljudskog dostojanstva nužno povezano s poštovanjem čovjeka, njegove egzistencije upravo kao osobe koja čini obitelj".²

Društveni i obiteljski odnosi svojstveni su ljudskom biću, u kojima ono potvrđuje i realizira svoj osobni identitet. Dio tog osobnog identiteta svakako je i njegov biološki (genetski) identitet koji ga verificira kao jedinstvenu i neponovljivu jedinku. I upravo ta obilježja jedinstvenog postojanja u sebi

¹ Usp. *Pravni leksikon* (gl. ur. Pezo V.), Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 686.

² Hrabar D., *Deontološka prosudba ljudskog dostojanstva u obiteljskom pravu*, Bogoslovska smotra, Zagreb, 77 (2007.), br. 1, str. 35.

ponovno podrazumijevaju ljudsko dostojanstvo, koje je bitna poveznica sveukupnih, a time i obiteljskopравnih odnosa.³

Pravo na saznanje vlastitoga podrijetla možemo promatrati u dva jednako važna vida ili segmenta ljudskog života: kao specifično pravo djeteta kojem je svrha njegova zaštita u vrijeme odrastanja i razvitka, te kao prirodno pravo čovjeka (i nakon punoljetnosti) u sklopu prava na identitet i pripadnost određenoj srodničkoj i društvenoj skupini. U oba spomenuta aspekta nazire se načelna podudarnost ostvarenja navedenog prava s postojanjem najboljeg interesa za subjekta tog prava.

U većini životnih okolnosti stvarna pretpostavka mogućnosti saznanja vlastitog podrijetla je u postojanju utvrđenog i pravno priznatog roditeljstva. Međutim, mogu postojati i situacije u kojima nema utvrđenog roditeljskopравnog odnosa, ali se time ne može zanemariti djetetovo pravo na saznanje podrijetla.

U suvremenim pravnim poređcima roditeljskopравni odnos u pravilu se može zasnovati na tri različita načina: biološkim, prirodnim roditeljstvom – kada je biološka veza priznata pravom; primjenom nekih metoda medicinske oplodnje – kada se nepostojanje biološke veze pravno verificira kao roditeljstvo; i izborom, odnosno pravnim putem – zasnivanjem posvojenja. Stajališta o roditeljstvu u sve većoj mjeri počivaju na roditeljskoj funkciji a ne samo na biološkoj povezanosti.

Pravno utvrđenje podrijetla djeteta, tj. majčinstva i očinstva - vodi uspostavi obiteljskog statusa djeteta i ostvarivanju roditeljske skrbi, što u pravilu stvara pretpostavke za ostvarenje najboljeg interesa djeteta. Hoće li se biološko i pravno roditeljstvo podudarati ovisi o životnim okolnostima i stajalištu, opredjeljenju osoba od kojih to ovisi.

Prava djeteta su podvrsta ljudskih prava i mogu se različito klasificirati. U sklopu izvornih i osobnih prava je i djetetovo pravo na saznanje vlastitoga podrijetla, kojem je smisao zaštita za vrijeme odrastanja i sazrijevanja, ali i drugi razlozi: medicinski - radi vlastitog zasnivanja obitelji i mogućeg roditeljstva; psihološki - ljudskom biću je svojstveno pripadati užoj ljudskoj zajednici, tj. znati vlastite pretke odnosno srodnike; i materijalni⁴- međusobna prava i dužnosti prema srodnicima, uzdržavanje, imovinski odnosi, itd.

³ Usp. *ibid.*, str. 40.

⁴ Usp. O'Donovan K., *A Right to Know One's Parentage?*, International Journal of Law and the Family 2, 1988, str. 30; Kovaček-Stanić G, *Uporedno porodično pravo*, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Odbor za pronatalitetnu populacionu politiku grada Novog Sada, Novi Sad, 2002. , str. 288 i 289.

2. Normativni okvir i pravna praksa – aktualnosti i prijedlozi *pro futuro*

Ustav Bosne i Hercegovine⁵ (dalje: BiH) iz 1995. godine, u preambuli se poziva i na ljudsko dostojanstvo kao prirodnu i moralnu vrijednost.⁶ Čl. II. Ustava BiH koji nosi naslov Ljudska prava i temeljne slobode u svome st. 1. Ljudska prava propisuje da će "Bosna i Hercegovina i oba entiteta osigurati najviši stupanj međunarodno priznatih ljudskih prava i temeljnih sloboda". St. 2. Međunarodni standardi propisuje da se "u Bosni i Hercegovini izravno primjenjuju prava i slobode garantirane Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kao i njezinim protokolima. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima".⁷ Među nabrojenim međunarodnim aktima u Aneksu I - Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u BiH, pod rednim brojem 12. navedena je Konvencija o pravima djeteta (1989) koja se striktno odnosi na prava djece.⁸

Ustav Federacije BiH⁹ (dalje: FBiH) u svojoj Glavi II. – Ljudska prava i temeljne slobode, u čl. 1. propisuje da "se načela, prava i slobode utvrđeni u čl. II. Ustava BiH primjenjuju na cijeloj teritoriji BiH".¹⁰ U čl. II.A.2. Ustava FBiH propisano je da "će Federacija BiH osigurati primjenu najviše razine međunarodno priznatih prava i sloboda utvrđenih u dokumentima navedenim u Aneksu ovog Ustava".

Na razini manjen entiteta Ustav Republike Srpske¹¹ u Glavi II. - Ljudska prava i slobode, u čl. 10. do 49. uređuje pitanja ljudskih prava i temeljnih sloboda. Primjerice, taj ustav u čl. 11. ističe da je "život čovjeka neprikosnoven", a "ljudsko dostojanstvo, tjelesni i duhovni integritet, čovjekova privatnost, lični porodični život su nepovredivi" (čl. 13.).

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda je najznačajniji dokument za zaštitu ljudskih prava u Europi. Pravo znati vlastito biološko podrijetlo, odnosno svoje krvne srodnike - poglavito i ponajprije roditelje, utkano je i u sadržaj odredbi njezina čl. 8. kojim se jamči poštovanje privatnog i obiteljskog života.¹² Postojanje pravom priznatog majčinstva i očinstva¹³ za

⁵ Vidi: *Dejtonski mirovni sporazum*, JP "NIO Službeni list R BiH", Sarajevo, 1996., *Ustavi*, Federalno ministarstvo pravde, (Zbirka ustava), Sarajevo, 1997.

⁶ O dvojabama ima li preambula normativni karakter v. kod: Miljko Z., *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2006, str. 71.

⁷ Vidi članak II. st. 2. Ustava BiH.

⁸ Vidi Aneks 4. Daytonskog sporazuma.

⁹ Usp. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine s Amandmanima I - CVII, Parlament Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2007.

¹⁰ Vidi čl. II. 1. Ustava FBiH.

¹¹ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 2/1992, a u nekoliko navrata doneseni su i Amandmani I.–LXV. Pročišćen tekst Ustava Republike Srpske (dalje: RS) objavljen je u Službenom glasniku RS, br. 3/1992, 6/1992, 8/1992, 15/1992. i 17/1992).

¹² Iako ne postoji izričita definicija privatnog života i privatnosti, nesporno je da bi ona obuhvaćala različita područja od kojih je i područje zaštite i čuvanja identiteta, a u sklopu kojeg je i pristup informacijama o vlastitom identitetu. Vidi detaljnije u: Jakovac-Lozić D., *Prosudbe Europskog suda za ljudska prava temeljene na dovezima suvremenih dokaznih sredstava u paternitetskim postupcima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 4 (2011), str. 1134 i 1135.

svako ljudsko biće, temeljem bliskosti i međusobnih prava i obveza koja uređuje pravni poredak, ta osoba načelno ima preduvjete za opstanak, razvitak i jednakopravno uključivanje u cijelo društvo. Bitno drukčija situacija je kada dijete ne poznaje roditelje, odnosno ako nije uspostavljen roditeljskopравни odnos.¹⁴

Konvencija o pravima djeteta uvela je pravni standard najbolji interes djeteta kao kriterij za odnose, postupanje i donošenje odluka vezanih za djecu. Pri tumačenju i primjeni ovog standarda moraju se poštovati njegove karakteristike od kojih su najvažnije relativnost, subjektivnost i evolutivnost.¹⁵ Kriteriji za određivanje najboljeg interesa djeteta mogu se crpiti iz odredaba Konvencije o pravima djeteta, domaćih zakona i drugih kriterija koji uvažavaju ostvarivanje dugoročnog interesa djeteta.¹⁶

Među najvažnijim normativnim uporištima za ostvarivanje djetetova¹⁷ prava na saznanje vlastitog podrijetla su i odredbe čl. 7. Konvencije o pravima djeteta.¹⁸ Međutim, u odredbama ove konvencije preferira se pravni roditeljski odnos koji je djelomično apstrahirao pravo djeteta na saznanje vlastitoga podrijetla. Naime, to djetetovo pravo ipak je ovisno o volji njegovih roditelja, jer se "službeni" roditeljski odnos "pretpostavlja" pravu djeteta - ("...nakon rođenja ...mu se mora jamčiti ...koliko je to moguće, pravo da zna za svoje roditelje i da uživa njihovu skrb).¹⁹

Iako BiH (još) nije članica Europske unije (dalje: EU), u kontekstu usklađivanja nacionalnih zakonodavstava u području obiteljskih odnosa

¹³ S pravnog stajališta majčinstvo, odnosno očinstvo možemo definirati kao pravni odnos koji nastaje između djeteta i žene, odnosno djeteta i muškarca, koji su upisani kao majka odnosno kao otac u matičnu knjigu rođenih.

¹⁴ O stajalištima nekih autora da dva prava: na saznanje vlastitog podrijetla i pravo na anonimno roditeljstvo ne treba promatrati u apsolutnom smislu i međusobno suprotnom odnosu, nego kroz mogućnost postizanja ravnoteže između njih, vidjeti kod: Kovaček-Stanić G., *Pravo deteta da zna svoje poreklo*, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 1997, str. 121-128.

¹⁵ Izvor: Bubić S, *Prilog raspravi o sadržaju standarda "najbolji interes djeteta" u oblasti porodičnog prava*, Zbornik radova Jedanaestog međunarodnog savjetovanja: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Neum, 21., 22. i 23. lipnja 2013., str. 118 i 119.

¹⁶ *Ibid.*, str. 121-124.

¹⁷ Termin "dijete" u ovom kontekstu ne odnosi se samo na osobu određene dobi, već i na obiteljski odnosno srodnički odnos, tj. i na punoljetne osobe. Usp. Kovaček-Stanić, *op. cit.*, fn. 14., str. 13 i 14.

¹⁸ Čl. 7. Konvencije o pravima djeteta glasi:

" 1. Odmah nakon rođenja dijete mora biti upisano u matične knjige te mu se mora jamčiti pravo na ime, pravo na državljanstvo i, koliko je to moguće, pravo da zna za svoje roditelje i da uživa njihovu skrb.

2. Države članice osigurat će primjenu ovih prava u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom i obvezama koje proizlaze iz odgovarajućih međunarodnih instrumenata u ovom području, osobito ako bi dijete inače ostalo bez državljanstva."

¹⁹ Čl. 7. st. 1. Konvencije. Vidi slično o tome u: Alinčić M.; Hrabar D.; Jakovac-Lozić D.; Aleksandra K., *Obiteljsko pravo*, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, 2006., str. 211.

značajno je navesti i Povelju o temeljnim pravima EU²⁰ (dalje u tekstu: Povelja EU). Ovaj dokument osnažuje i jamči i neka specifična prava u sklopu kojih se izravno ili posredno može uključivati i razmatrati pravo na saznanje vlastitoga podrijetla. Ta prava su poglavito: ljudsko dostojanstvo²¹; pravo na cjelovitost osobe²²; poštovanje privatnog i obiteljskog života²³, a u sklopu prava djece – pravo na zaštitu i brigu koja je potrebna za njihovu dobrobit; potom da svakom djelovanju tijela vlasti i privatnih ustanova koja se odnose na djecu primarni cilj mora biti zaštita interesa djeteta; te pravo djeteta na održavanje osobnih odnosa i susrete s oba roditelja, osim ako je to u suprotnosti s njegovim interesima.²⁴

Pravo na ljudsko dostojanstvo je neotuđivo pravo. Njega se definira kao pojam koji znači da svako ljudsko biće ima pravo na društvenu vrijednost i poštovanje, te da i "život u razvoju" (primjerice embrij) kao i čovjek nakon smrti je obuhvaćen zaštitom prava na dostojanstvo, jer je potrebno štititi ljudsko dostojanstvo gdje god je život, te nije bitno je li nositelj života svjestan tog dostojanstva te kako ga može sačuvati.²⁵

Važnost prava djeteta na saznanje podrijetla na međunarodnoj razini naglašava i Rezolucija Europskog parlamenta o strategiji EU u vezi s pravima djece iz 2008, u kojoj se ističe da nepostojanje identifikacije djeteta često ugrožava njegova temeljna prava. Takva djeca predmet su ilegalnih posvojenja, novačenja za ratne sukobe, trgovinu ljudskim organima i sl.²⁶

Problematiku ovog rada u nastavku ćemo promatrati kroz pojedine segmente obiteljskopравnih odnosa – braka, izvanbračne zajednice, posvojenja te u sklopu problematike medicinski pomognute oplodnje.

2. 1. Brak i izvanbračna zajednica

Roditeljskopравni odnos u suvremenim zakonodavstvima ostvaruje se primjenom prava na slobodno roditeljstvo²⁷ i on načelno može nastati na tri

²⁰ Charter of Fundamental rights of the European Union 2000/c 364/01 proglašena nakon potpisivanja Ugovora iz Nice, 2000, nakon Lisabonskog ugovora (2007.) postala je obvezujući dokument za većinu država članica EU.

²¹ Vidi čl. 1. Povelje UN.

²² Pravo na cjelovitost (integritet) osobe uređena je u čl. 3.

²³ Usp. čl. 7.

²⁴ Čl. 24. st. 1., 2. i 3.

²⁵ U tom smislu je i pravorijek njemačkog Ustavnog suda u Odluci od 20. listopada 1992., BverfGE 87, str. 29. Preneseno iz : Korać Graovac A., *II. Povelja o temeljnim pravima Europske unije i obiteljsko pravo*, str. 31, fn. 19., a u: Bodiroga-Vukobrat N.; Hlača N.; Hrabar D.; Jakovac-Lozić D.; Korać Graovac A.; Lapaš D.; Majstorović I.; Medić Musa I.; Novak B.; Sikirić H.; Smokvina V.; Winkler S.; Žnidaršić Skubic, V.; Župan M.: *Europsko obiteljsko pravo*, Narodne novine d. d., Zagreb, 2013.

²⁶ Značajan dokument koji od europskih institucija i država članica traži bolju zaštitu i promicanje prava djece je Agenda EU o pravima djece iz 2011. Podrobnije vidjeti *ibid.*, str. 66 - 68.

²⁷ Prema nekim stajalištima, u sklopu prava na slobodno roditeljstvo je i pravo na neradanje, koje se ostvaruje pravom na kontracepciju, pravom na pobačaj i pravom na sterilizaciju.

načina: biološkim roditeljstvom²⁸ – kada je biološka veza priznata pravom; rođenjem djeteta medicinskom oplodnjom, kada se uspostavlja roditeljskopравни odnos iako ne postoji biološka veza; i izborom, tj. pravnim putem – zasnivanjem posvojenja. Uspostava roditeljskopavnog odnosa znači i istodobno djetetovo stjecanje obiteljskog statusa. Stoga je, radi ostvarivanja djetetove dobrobiti, saznanje vlastitih roditelja kao jedno od temeljnih djetetovih prava, uređeno Konvencijom o pravima djeteta i Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a predmet je i prakse Europskog suda za ljudska prava.

Važnost utvrđivanja roditeljskopavnog odnosa za konkretne osobe ali i ostale njihove srodnike, potvrđuje činjenica da se i u domaćem zakonodavstvu očinstvo djeteta može priznati i prije rođenja djeteta,²⁹ te da se roditeljstvo djeteta može utvrđivati i ako je neka od osoba iz tog odnosa umrla - dijete, moguća majka, ili mogući otac. Priznanje majčinstva i očinstva može se dati i nakon djetetove smrti, ako je dijete ostavilo potomstvo.³⁰ Postupak za utvrđenje majčinstva ili očinstva može se pokrenuti i poslije smrti osobe za koju se pretpostavlja da je roditelj,³¹ a tužba se podnosi protiv nasljednika umrle osobe s tužbenim zahtjevom da je određena osoba majka ili otac djeteta.³² Uređena je i mogućnost da osobe koje imaju pravni interes mogu nakon smrti osobe koja je podnijela tužbu nastaviti postupak za osporavanje majčinstva ili očinstva.³³

Efikasnije sudsko utvrđivanje roditeljstva u suvremenim pravnim poredcima u znatnoj mjeri je posljedica razvitka biomedicinskih znanosti koja omogućuju korištenje dokaznog sredstva analizom DNA.³⁴ Smjernice i načela za provedbu i uređivanje takvih istraživanja na europskoj razini sadrže dva važna dokumenta: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini i Bijela knjiga o načelima roditeljstva i njegove pravne posljedice.³⁵ Pored toga, u prosudbama Europskog suda za ljudska prava sve više se izražavaju stajališta koja osnažuju pravo na saznanje vlastitoga podrijetla, naglašavanjem nužnosti okončanja

²⁸ Roditeljstvo biološkim putem ostvaruje se rođenjem, koje može biti posljedica i medicinske oplodnje. U sklopu prava na roditeljstvo biološkim putem može se postaviti pitanje prava nerođenog djeteta.

²⁹ Uz uvjet da se dijete rodi živo i da je bilo začeto u vrijeme davanja izjave o priznanju. Priznanje dato u oporuci, pravovaljano je ako je u vrijeme sastavljanja oporuke dijete bilo začeto. Usp. čl. 56. i 61. Obiteljskog zakona FBiH (Službene novine FBiH, br. 35/2004 i 41/2005) - dalje: ObZ FBiH.

³⁰ Čl. 58. ObZ FBiH.

³¹ Vidi čl. 77. ObZ FBiH.

³² Tako prema grčkom pravu u slučaju smrti oca priznanje očinstva mogu dati njegovi roditelji, tj. djetetovi baka i djed. Izvor: Kovaček-Stanić G., *Posthumno utvrđivanje i osporavanje porodičnog statusa deteta*, Pravni život, Beograd, br. 2/2002, str. 720.

³³ Usp. čl. 86. ObZ FBiH.

³⁴ Dva su tipa nukleinskih kiselina u stanicama živoga svijeta: ribonukleinska kiselina (RNA) i deoksiribonukleinska kiselina (DNA). Sveukupna DNA neke stanice naziva se genom, a dio DNA koji određuje strukturu neke bjelančevine ili RNA zove se gen.

³⁵ Konvencija iz 1997. uređuje dobivanje pristanka za sve medicinske intervencije, a spomenuta Bijela knjiga (Malta, 1997.) sadrži načela za utvrđivanje podrijetla i smjernice državama članicama VE za izradu propisa iz te materije. Izvor: Jakovac-Lozić, *op. cit.*, fn. 32., str. 1133.

postupaka i sporova u razumnom roku.³⁶ U tom smislu je unutar obiteljskog zakonodavstva u BiH učinjen značajan iskorak, jer je u svrhu učinkovitog utvrđivanja roditeljskog odnosa, izrijeком u dva zakona - ObZ FBiH i Obiteljskom zakonu Brčko Distrikta BiH³⁷ (dalje: ObZ BD) propisana mogućnost prisilnog dovođenja stranke³⁸ radi obavljanja vještačenja analizom DNA, a koja se odnose na utvrđivanje ili osporavanje majčinstva ili očinstva.

Usto, važeći obiteljski zakoni na prostoru BiH uređuju djetetovo pravo osporavanja majčinstva i očinstva do navršene 25. godine života.³⁹ Prema odredbama PoZ RS (čl. 123. st. 1. i čl. 126.) i ObZ BD (čl. 60. st. 1.) do te dobi uređeno je i djetetovo pravo utvrđivanja majčinstva i očinstva, dok u federalnom zakonu nema takvog ograničenja. S obzirom da pravo na saznanje podrijetla ne egzistira u ograničenom životnom razdoblju, smatramo da samo u najmanjoj mjeri treba propisivati zapreke i ograničenja ostvarenja tog prava, pa tako i kod određivanja dobi podnositelja tužbe i rokova pokretanja postupaka utvrđivanja ili osporavanja majčinstva ili očinstva.⁴⁰

Nekada specifične životne okolnosti rođenja djeteta mogu opravdano relativizirati njegovo pravo na saznanje podrijetla. Ovo pitanje posebice je bilo aktualno u Francuskoj,⁴¹ gdje je, pored Češke, Italije i Luksemburga dozvoljen anonimni porod - tzv. "*l'accouchement sous X* – porod pod X". Svrha postojanja takvog prava je u posljedičnom izbjegavanju pobačaja, čedomorstva i napuštanja novorođenčeta od strane majke koja ne žele vlastito dijete. U Francuskoj se na odmjeren način pristupilo balansiraju spomenutih prava majke i djeteta – na način da se djetetov pristup podacima o podrijetlu favorizira ako to nije u suprotnosti s pravima majke.⁴² Iako se načelno ne može opravdati postupak majke, možemo reći da je ipak postignuto najbitnije – očuvanje života djeteta,

³⁶ Primjerice u slučajevima Mikulić v. Croatia (Appl. no. 53176/99; Judgment of 7 February 2002) i *Jevremović v. Serbia* (Appl. no. 3150/05; Judgment of 17 May 2007).

³⁷ V. čl. 302. st. 5. ObZ FBiH. Sadržajno iste odredbe ima i čl. 273. st. 5. ObZ BD (Službeni glasnik BD BiH, br. 23/2007), a takvih odredaba o obveznom medicinskom vještačenju nema Porodični zakon (Službeni glasnik RS, br. 54/2002 i 41/2008) – dalje: PoZ RS.

³⁸ Ako bismo usporedili važnost i vrijednost saznanje biološkog podrijetla za dijete s intenzitetom i prirodom "povrede prava" na drugoj strani, možemo ustvrditi da je ovakvo zakonodavno rješenje opravdano.

³⁹ V. čl. 79. st. 2. ObZ FBiH, čl. 131. i 134. PoZ RS i čl. 66. st. 2. ObZ BD.

⁴⁰ Primjerice, prema odredbama čl. 249. do 252. srbijanskog Porodičnog zakona (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2005), dijete može podnositi tužbu za utvrđivanje ili osporavanje majčinstva ili očinstva bez obzira na rok.

⁴¹ Zanimljiv slučaj pred Europskim sudom za ljudska prava je predmet *Odièvre v. France* (Appl. no. 42326/98; Judgment of 13 February 2003), u kontekstu problematike suprotstavljenosti dvaju uređenih prava u pravnom poretku Francuske: prava majke na anonimnost poroda i prava djeteta na saznanje biološkog podrijetla. Sud je u odluci konstatirao da je važnija zaštita interesa majke da ostane anonimna, jer se time sprečava obavljanje pobačaja i čedomorstva. Time je donekle relativizirano formalno roditeljstvo i naglašena vrijednost stvarnog i željenog roditeljstva. O reguliranju ovog prava majke u francuskom pravnom sustavu v. detaljnije kod: Hlača N., *Pravo majke na anonimnost poroda – »l'accouchement sous x – porod pod x«*, *Gynaecologia et Perinatologia*, Zagreb, Vol.16 No. 3, 2007, str. 157-160.

⁴² Usp. Kovaček-Stanić G., *Autonomija versus materijalna istina u komparativnom pravu o porodičnom statusu deteta*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, godina XLV, br. 3 (2011), tom I, str. 197.

prepuštajući ga društvenoj skrbi i mogućem posvojenju. Kada je majka zbog teške životne situacije možda u dvojbi između života djeteta uz anonimnost majčinstva, i onog najpogubnijeg za dijete - pa izabere anonimn porođ, onda bi bilo prezahtjevno, barem u takvim okolnostima, naglašavati bezuvjetnu nužnost saznanje vlastitoga podrijetla.

Važan doprinos mogućnosti saznanja biološkog roditeljstva učinjen je pred kraj prošlog stoljeća u zakonodavstvu Francuske,⁴³ Luksemburga i Belgije tako što je ukinuta zabrana priznanja roditeljstva za djecu rođenu iz preljuba ili incesta,⁴⁴ te uvedena mogućnost priznanja očinstva od strane biološkog oca na temelju nepostojanja *possession d'etat* u odnosu na pravnog oca.

Neka europska zakonodavstva⁴⁵ u svrhu ostvarenja podudarnosti biološkog i pravnog roditeljstva, u situacijama kada razvod uslijedi nakon rođenja djeteta djelomično relativiziraju presumpciju *pater est quem nuptiae demonstrant*,⁴⁶ tj. da je (bivši) muž djetetov otac.⁴⁷

U sklopu ove materije zanimljivo je navesti i neke prosudbe Europskog suda za ljudska prava. Primjerice, ističe se nužnost okončanja maternitetskih i paternitetskih sporova u razumnom roku (Mikulić v. Croatia,⁴⁸ Jevremović v. Serbia), naglašava se da medicinska ekspertiza iz tkiva umrle osobe radi utvrđenja očinstva ne narušava "privatni život" umrle osobe (slučaj Jäggi v. Switzerland),⁴⁹ te da i kod postojanja zakonitog (bračnog) očinstva ne može se odbaciti mogućnost utvrđivanja izvanbračnog (biološkog) očinstva ako je to u najboljem interesu djeteta (Schneider v. Germany).⁵⁰

⁴³ Institut *possession d'etat* odnosno stanje slično braku, u francuskom pravu postojalo je između nekih osoba ako su prisutne činjenice: *nomen* – korištenje zajedničkog prezimena; *tractus* – ako se osobe ponašaju kao bračni partneri i *fama* – ako ih javnost tretira kao bračne partnere. Preneseno iz: Mladenović M.; Stjepanović S.; M. Živanović M., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Srpskom Sarajevu, Pale, 2003., str. 146.

Inače u Francuskoj majčinstvo je moglo biti utvrđeno na temelju: akta o rođenju; *possession d'etat* tj. "posjeda stanja" – u skladu s činjenicom da je dijete javno smatrano da potječe od osoba koje žive u izvanbračnoj zajednici; i sudskim putem.

⁴⁴ Smanjena ograničenja u tom pogledu poznaje i današnji *Code Civil des Français*, kao i talijanski *Codice Civile*.

⁴⁵ Primjerice u švedskom zakonodavstvu. Usporedno s navedenim i rok za osporavanje bračnog očinstva produžava se, a krug osoba ovlaštenih za osporavanje proširiva.

⁴⁶ Relativizacija presumpcije bračnog očinstva a posebice heterologna oplodnja relativiziraju važnost biološke komponente krvnog srodstva, a time i ulogu obiteljskog imena – prezimena. Prezime svjedoči o povezanosti s precima, osigurava upis u redosljed naraštaja, ono nadživljava osobu, "...dok ime umire ili se ponovno rađa sa svakom osobom koja ga nosi". Stoga je reforma oko prezimena relativiziranje konkretne pripadnosti obitelji i srodničkoj zajednici. Schneider M., *Zbrka među spolovima*, Zagreb, 2008, str. 74.

⁴⁷ Usp. Kovaček-Stanić, *op. cit.*, fn. 4., str. 290.

⁴⁸ Podrobnije o aktivnostima na provedbi te presude u Republici Hrvatskoj, vidjeti kod: Batistić Kos V., *Pozitivne obveze prema Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine d. d., Zagreb, 2012., str. 247 i 248.

⁴⁹ Jäggi v. Switzerland, no. 58757/00 (Sect. 3), ECHR 2006-X – (13.7.06)

⁵⁰ U tom slučaju Sud je odlučio "...i da kad postoji mogućnost da zakonski otac djeteta koji s njim živi nije i njegov biološki otac, sudovi ne mogu na temelju zakonske presumpcije odbaciti utvrđivanje biološkog očinstva, već moraju razmotriti posebne okolnosti slučaja i utvrditi je li u najboljem interesu djeteta utvrđivanje biološkog očinstva, te prava na viđanje i informiranje o djetetu od strane biološkog oca". Preneseno iz: Batistić Kos, *op. cit.*, fn. 47., str. 228.

Zanimljiva je situacija utvrđivanja očinstva djeteta primjenom presumpcije bračnog očinstva prema domaćim zakonima, u okolnostima kada nakon prestanka braka, u razdoblju do 300 dana (odnosno 270 dana)⁵¹ žena sklopi kasniji brak i rodi dijete. Dvojba je u primjeni presumpcije *pater is est* Stajalište da je djetetov otac majčin muž iz ranijeg braka imalo bi argumentaciju u doslovnoj primjeni presumpcije; a argumenti za stajalište da je djetetov otac muž iz kasnijeg braka su u tome što suvremeni zahtjevi i trendovi upućuju na to da u zakonodavna rješenja i prosudbe pravne prakse veću važnost treba dati budućem statusu i potrebama članova obitelji, te da se ponajprije vrednuje i uvažava najbolji interes i obiteljskopравни status djeteta (roditelji su u braku).

Bračni odnosno izvanbračni status djeteta upućuju na moguće razlike glede utvrđenja roditeljstva za to dijete. Sve dok dijete ima bračni status, egzistira i roditeljskopравни odnos s oba roditelja. Dijete izvanbračnog statusa može biti u jednoj od tri situacije: može imati pravom poznata, priznata ili utvrđena oba roditelja; imati samo jednog od njih; ili imati nepoznate roditelje. Roditeljskopравни odnos odnosno očinstvo iz braka i biološka stvarnost u pravilu se podudaraju, ali tu postoji i jedan paradoks: prirodni očinski odnos kao i onaj koji se takvim smatra može se osporavati i utvrditi njegovo nepostojanje, a roditeljskopравни odnos iz posvojenja "smatra" se nespornim iako se zna da biološki ne postoji.

Za zasnivanje i postojanje bračnog ili izvanbračnog roditeljstva, pored biološke sastavnice presudnu ulogu ima ljudska volja. Važnost očitovanja volje prema vlastitom roditeljstvu u braku se ogleda kao: mogućnost nijekanja – anonimni porod, te osporavanja vlastitog roditeljstva. Kod postojanja izvanbračne zajednice, kao i u okolnostima kada ona ne postoji, volja se očituje u mogućnosti anonimnog poroda, (ne)priznavanja roditeljstva, te njegovo osporavanje. Time suvremeni pristupi roditeljstvu u znatnoj mjeri vrednuju roditeljsku funkciju, a ne samo biološku povezanost.

Posebne životne okolnosti rođenja djeteta mogu opravdano relativizirati njegovo pravo na saznanje podrijetla. U takvim situacijama egzistiralo bi pravo majke na anonimnost rođenja djeteta kao i očevo pravo na anonimnost.

2. 2. Posvojenje

Analizu mogućnosti i opravdanosti ostvarenja prava na saznanje podrijetla kod posvojenja zanimljivo je razmatrati u sklopu dva pitanja: 1. važnosti pristanka bioloških roditelja na posvojenje njihova djeteta i 2. dvojbe o davanju prednosti tajnosti posvojenja ili djetetovom pravu na saznanje da je posvojeno.

Iako Europska konvencija o posvojenju djece iz 1967. za zasnivanje posvojenja traži samo pristanak djetetovog oca ako je ono rođeno u braku, najnovija praksa Europskog suda za ljudska prava takav pristanak traži i od

⁵¹ Vidjeti čl. 54. st. 1. Obz FBiH, a isto uređuje čl. 50. Obz BD i čl. 109. st. 2. PoZ RS.

Zanimljivo je navesti i neke prosudbe Europskog suda za ljudska prava. U predmetu *Keegan v. Ireland*, kojim je naglašena važnost postojanja biološkog roditeljstva izvanbračnog oca, odnosno statusa koji se može uspostaviti takvim roditeljstvom - skrbištvo nad djetetom, čime se štiti postojeći obiteljski status djeteta i ne dopušta posvojenje bez pristanka oca. U slučaju *Görgülü v. Germany*,⁶⁰ Sud je, sukladno čl. 8. Europske konvencije o ljudskim pravima, procijenio da prednost zasnivanja roditeljske skrbi i posvojenja ima izvanbračni otac jer se time ostvaruje pravo na poštovanje obiteljskog života i dobrobit djeteta.

ObZ FBiH i ObZ BD normiraju djetetovo pravo na saznanje vlastitoga posvojenja.⁶¹ S obzirom na komplementarnost djetetovih prava na saznanje podrijetla i posvojenja, držimo da bi *pro futuro* i PoZ RS trebao unijeti takve odredbe.

Na prostoru BiH prije osamostaljenja tada važeći zakoni su uređivali tajnost posvojenja, odnosno nije postojala obveza upoznavanja djeteta s činjenicom posvojenja. Takvo rješenje zadržao je i važeći PoZ RS,⁶² dok druga dva važeća obiteljska zakona unose novinu uređujući pravo djeteta na saznanje vlastitog posvojenja.

Teorijski argumenti stajališta koji zagovaraju tajnost posvojenja su sljedeći: tajnost posvojenja jamči njegov uspjeh jer se time jačaju odnosi iz posvojenja kao vjerodostojni i jedini, što omogućuje potpuno uključivanje posvojenčeta u obitelj; dijete ne će biti u situaciji razočaranja zbog saznanja da su ga napustili biološki roditelji; nema mogućnosti remećenja adoptivne veze od strane bioloških roditelja; a spomenuto stanje može odgovarati i biloškim roditeljima radi prikrivanja njihova identiteta i postupaka.

Zakonodavci FBiH i BD⁶³ smatraju važnijim djetetovo pravo na saznanje vlastitoga posvojenja, a federalni zakon uređuju i obvezu posvojitelja da upozna posvoječe s činjenicom posvojenja, sukladno pravu djeteta da zna tko su mu (biološki) roditelji, najkasnije do njegove sedme godine života, odnosno odmah nakon zasnivanja posvojenja ako je posvojeno starije dijete.

hr/media/19492/casopis%20dijete%20i%20drustvo%20god9_br2_2009_mobms_screen.pdf ; 6. 4. 2013.

⁶⁰ *Görgülü v. Germany* (Appl. no. 74969/01; Judgment of 26 February 2004), izvor: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/Lists+of+judgments/>; 20. 9. 2013.

⁶¹ Dok ObZ BD dosta oskudno uređuje to pravo ("Dijete ima pravo znati da je posvojeno" – čl. 77.), federalni zakon uređuje i obvezu posvojitelja da upoznaju posvoječe s činjenicom posvojenja najkasnije do njegove sedme godine života, odnosno odmah nakon zasnivanja posvojenja ako je posvojeno starije dijete (čl. 92. st. 1. i 2.). Zakonska formulacija "do njegove sedme godine života" je nejasna, jer se ne zna misli li se na početak ili završetak sedme godine.

⁶² Obvezu upoznavanja djeteta s činjenicom posvojenja ne propisuje ni srbijanski Porodični zakon.

⁶³ Primjerice i Obiteljski zakon Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 116/2003, 17/2004, 136/2004, 107/2007 i 61/2011) u čl. 124. uređuje obvezu centra za socijalnu skrb da upozna posvojitelje s pravom djeteta doznati (od posvojitelja) da je posvojeno. I dok je ovo pravo prijeko potrebno za dijete - i to što ranije od samih posvojitelja, za osobe koje nemaju pravnog interesa uputnije je da činjenica posvojenja ostane nepoznata, pa ona i ima status službene tajne. Vidi pobliže kod: Alinčić M.; Bakarić Abramović A.; Belajec V.; Hrabar D.; Korać A., *Komentar Obiteljskog zakona*, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 2002., str. 61.

Iako prije navedeni teorijski argumenti za tajnost posvojenja izgledaju na prvi pogled utemeljeni, oni su ipak samo prividni i necjeloviti. Jer nema potpuno opravdanih razloga prikrivati životnu stvarnost nekog ljudskog bića prikazivanjem samo drugog, iako korisnog srodničkog odnosa.

Posvojenje unosi promjene u djetetov obiteljskopравни status i dotadašnje srodničke odnose. Stoga pravo na saznanje posvojenja istodobno otvara mogućnosti za cjelovito saznanje o postojanju i prirodi srodničkih veza tog djeteta.

U svakom slučaju, oba djetetova prava - na saznanje biološkog podrijetla i na saznanje odnosa posvojenja, iznimno su važna za djetovu dobrobit i cjelokupan zdrav razvoj, i treba ih promatrati ravnopravno i kao jednu cjelinu. Ovdje je, kao i u ostalim životnim situacijama, istina istodobno važna i korisna.

2. 3. Medicinski pomognuta oplodnja

Rađanje ljudskog bića u okolnostima nemogućnosti poznavanja njegovih vlastitih korijena je negacija temeljnih ljudskog prava na saznanje vlastitog podrijetla, prava na vlastiti identitet i prava na obiteljski i društveni život. Nepostojanje tih prava za ljudsko biće znači očito onemogućavanje potrebnog razvitka i života u uzajamnosti s drugim ljudima. Osvrnut ćemo se na neke situacije i okolnosti u sklopu uređivanja i provedbe metoda medicinske oplodnje, posebice stoga što je u takvim okolnostima pravo na saznanje podrijetla onemogućeno ili otežano.

Najprije ćemo se osvrnuti na neke odredbe federalnog Nacrta zakona o liječenju neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom (dalje u tekstu: Nacrt ZMPO).⁶⁴ Nacrt ZMPO uređuje uvjete, način i postupak liječenja neplodnosti kod parova koji žive u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici, tehnikama biomedicinski pomognute oplodnje, prava na oplodnju, primjenu postupaka medicinske oplodnje, darivanje spolnih stanica, uvjete pod kojima se postupci medicinske oplodnje obavljaju u zdravstvenim ustanovama, nadzor nad provedbom zakona, te druga pitanja važna za primjenu zakona.

Vlada Federacije BiH utvrdila je Nacrt ZMPO na 28. sjednici održanoj 8. svibnja 2012. godine, te ga uputila u redoviti parlamentarni postupak donošenja. Sredinom 2013. godine, usvojen je tekst na oba doma Parlamenta Federacije BiH, a suglasno Zaključcima oba doma Parlamenta FBiH, provodi se javna rasprava o predmetnom zakonu.

Na liječenje neplodnosti primjenom postupaka medicinske oplodnje imaju pravo muškarac i žena koji u vrijeme primjene tih postupaka žive u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici,⁶⁵ i to korištenjem vlastitih spolnih stanica (homologa oplodnja), ili korištenjem darovane jajne ili sjemene splne stanice

⁶⁴ Može se uputiti primjedba na sam naziv zakona, jer on očito ne uređuje liječenje neplodnosti već nadomjestak, odnosno ostvarivanje začeca medicinskim tehnikama i metodama kada to nije moguće prirodnim načinom.

⁶⁵ Vidjeti čl. 16. st. 1. Nacrta ZMPO.

(heterologna oplodnja).⁶⁶ Nacrt ZMPO izričito uređuje da darivatelj odnosno darivateljica spolnih stanica nemaju obveza ni prava prema djetetu koje je začeto od njihovih spolnih stanica u postupcima medicinske oplodnje. Time se relativizira roditeljstvo i kida iskonska biološka veza između ljudskih bića.⁶⁷

S obzirom da heterologna oplodnja unaprijed podrazumijava nepodudarnost biološkog i pravnog roditeljstva i negira mogućnost ostvarenja prava djeteta na saznanje biološkog podrijetla,⁶⁸ ovakvim zakonskim pristupom istaknut je prioritet namjeravanog, voljnog roditeljstva nad genetskim, supremacija prava i društvene sastavnice nad biološkom sastavnicom. Pravo djeteta na saznanje vlastitoga podrijetla je u svojevrsnoj koliziji s pravom njegovog biološkog ali "nepoznatih" i pravnog a "priznatog" roditelja. Biološki roditelj kao darivatelj reproduksijskog materijala, ima pravo na privatnost odnosno tajnost, a pravom priznati roditelji i obitelj u cjelini imaju pravo na priznati integritet i stabilnost.⁶⁹

Prema odredbama ObZ FBiH nije dozvoljeno u sudskom postupku utvrđivati ili osporavati majčinstvo i očinstvo djeteta začetog u postupku medicinske oplodnje.⁷⁰ Zakon predviđa i iznimke⁷¹ od ovoga pravila: (1) Žena koja je rodila dijete začeto iz jajne stanice druge žene može osporavati svoje majčinstvo ako je u postupku medicinske oplodnje dijete začeto bez njezine pisane suglasnosti.⁷² Time je mogućnost osporavanja majčinstva ostavljena gestacijskoj, ali ne i genetskoj majci. Osim toga, (2. iznimka) i muž majke može osporavati očinstvo djeteta rođenog u braku ili u razdoblju 300 dana od prestanka braka, ako je u postupku medicinske oplodnje dijete začeto sjemenom drugog muškarca bez pisane suglasnosti muža.⁷³

Možemo pojednostavljeno kazati da se u europskim zakonodavstvima, kao i u praksi Europskog suda za ljudska prava, majčinstvo načelno utvrđuje primjenom pravila *mater semper certa est*; a u slučajevima medicinske oplodnje darovanim sjemenom, ocem djeteta smatra se muž odnosno izvanbračni partner majke koji je dao pristanak na takvu oplodnju.⁷⁴ Time je kod utvrđivanja majčinstva preferiran gestacijski u odnosu na genetski element, čimbenik; dok je

⁶⁶ Čl. 19. Nacrta ZMPO.

⁶⁷ Vidjeti čl. 12. st. 3. tog zakona. Relativiziranjem biološke veze na taj način, kao i propisanim mogućnošću tajnosti roditeljstva od strane darivatelja spolnih stanica, na svojevrsan način se imitira životinjski svijet, gdje se kod mnogih vrsta očinska uloga svedena samo na davanje reproduksijskoga materijala.

⁶⁸ Čl. 20. st. 2. Nacrta ZMPO glasi: "Darivatelj/ica spolnih stanica nema prava ni obveza prema djetetu koje je začeto u postupku MPO-e."

⁶⁹ Usp. Kovaček-Stanić G., *Legislativa o ljudskoj reprodukciji uz biomedicinsku pomoć*, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2008., str. 20.

⁷⁰ Čl. 89. tog zakona i čl. 74. ObZ BD.

⁷¹ Za razliku od dva navedena zakona, PoZ RS uređuje zabranu utvrđivanja očinstva (ne i majčinstva !) djece začete umjetnim putem, kao i mogućnost osporavanja očinstva od strane muža, ako je do začeća došlo umjetnim putem sjemenom drugog muškarca bez muževe suglasnosti. V. čl. 135. i 136. PoZ RS.

⁷² Čl. 90. st. 1. ObZ FBiH i čl. 75. st. 1. ObZ BD.

⁷³ Čl. 90. st. 2. ObZ FBiH i čl. 75. st. 2. ObZ BD.

⁷⁴ Usp. Jakovac-Lozić, *op. cit.*, fn. 12., str. 1146.

kod spomenute predmnjeve očinstva voljni element ispred genetskog. Međutim, ako bismo kroz suvremena europska zakonodavstva promatrali genuzu stajališta o anonimnosti darivatelja reprodukcijiskog materijala kod medicinske oplodnje, možemo kazati da postoje i izvjesna napuštanja takve mogućnosti, čime se postupno osnažuje pravo djeteta na saznanje vlastitog biološkog podrijetla.⁷⁵

3. Umjesto zaključka

Ljudsko dostojanstvo je osobno dobro koje kao najviša vrijednost pripada svakom ljudskom biću. Ono je uporište ljudskih prava i ključna poveznica obiteljskopравnih odnosa. Možda ni jedna etičko-filozofska i pravna pitanja nisu tako međusobno uvjetovana i povezana kao što su "ljudski život", "ljudsko dostojanstvo" i "ljudska prava". Zbog toga se, kroz prizmu ova tri pojma gotovo uvijek mogu naći odgovori na suvremena prijeporna pitanja vezana za vrednovanje i status pojedinca i obitelji u suvremenim pravnim poredcima. I život u razvoju (primjerice embrij) obuhvaćen je zaštitom prava na dostojanstvo, a čovjek ga zadržava i nakon smrti, ono se ne može izgubiti i ne može biti oduzeto.

U sklopu mogućnosti i važnosti zasnivanja roditeljskopравnog odnosa evidentno je da međunarodni normativni pristupi u sve većoj mjeri uvažavaju i osnažuju djetetovu volju za saznanjem vlastitoga biološkog podrijetla. Pravo djeteta na saznanje podrijetla poglavito se temelji se na odredbama čl. 7. Konvencije o pravima djeteta, čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, čl. 30. Haške konvencije o međunarodnom posvojenju, te čl. 5. Europske konvencije o posvojenju djece (revidirane).

Za suvremena zakonodavstva i pravnu praksu posebno je delikatno pitanje kojem pravu dati primat u situacijama kada roditelji žele ostati anonimni i kada je to pravo u opreci s pravom djeteta na saznanje vlastitoga podrijetla. Želja za (ne)roditeljstvom u dosta slučajeva presudnija od istine o podrijetlu, odnosno roditeljstvo je često stvar volje a ne biološkog odnosa. To je poglavito izraženo kod prava na anonimn porod, utvrđivanja i osporavanja (izvan)bračnog očinstva, različitih oblika medicinske oplodnje, nekih situacija kod posvojenja.

Smatramo da bi pravo na saznanje vlastitoga podrijetla trebalo izričito unijeti u međunarodne dokumente kao izvorno i neotuđivo ljudsko pravo, a da ostvarivanje tog prava treba ovisiti o djetetovoj volji, ali i zaštititi postojećeg roditeljskopравnog odnosa odnosno interesa drugih osoba.

Isto tako, trebalo bi otklanjati mogućnosti i sprečavati postupke i slučajeve zlouporabe prava na stjecanje roditeljstva, posebice ako je to na štetu utvrđivanja biološkog roditeljstva. Nije potrebno posebno naglašavati da je to u svrhu ostvarivanja najboljeg interesa djeteta. Ne možemo zaobići i stajališta da

⁷⁵ Početak takvog odnosa možemo pratiti nakon unošenja zakonskih odredaba o mogućnosti saznanja podataka o darivatelju za dijete u švedskom zakonodavstvu 1984, vrednovanjem tog prava kao ustavne kategorije u Njemačkoj 1989. i Švicarskoj 1992, itd. Detaljnije vidjeti u: Kovaček-Stanić, *op. cit.*, fn. 14., str. 157-162.

roditeljska odgovornost prema novom životu nastaje i prije rođenja djeteta, jer dajući novi život – roditelji su za njega odgovorni od trenutka njegova početka, tj. začeća.

Roditeljskopравни odnos između biološkog roditelja i djeteta može se zasnovati primjenom predmnjeve o majčinstvu odnosno očinstvu majčina muža; priznanjem; utvrđivanjem u sudskom postupku. S obzirom na važnost i široke pravne učinke roditeljskopavnog odnosa na više osoba, i domaći zakonodavac je propisao mogućnost priznanja očinstva i prije rođenja djeteta, kao i utvrđivanja roditeljskog odnosa i onda kada je neka osoba iz tog odnosa (majka, otac ili dijete) umrla.

Razvitak medicinskih znanosti i metoda utvrđivanja biološkog podrijetla, posebice postupka analize DNA dodatno su ojačali i učinili ostvarivim pravo na saznanje vlastitog biološkog podrijetla.

U sva tri obiteljska zakona u BiH, trebalo bi u dijelu koji uređuje prava i dužnosti roditelja i djece unijeti izričitu odredbu o djetetovu pravu, bez obzira na dob, da zna tko su mu roditelji, te da se to pravo može ograničiti samo tim zakonom.

U većini životnih situacija ostvareno pravo na saznanje podrijetla podrazumijava i egzistiranje roditeljskopavnog odnosa. Međutim, postoje i takve životne okolnosti – kada djetetovo pravo na saznanje podrijetla može biti opravdano i realizirano, iako se neće zasnovati roditeljskopравни odnos (primjerice kod anonimnog poroda, nekih situacija kod posvojenja, kod medicinski pomognute oplodnje kada pravna "istina" ne odgovara biološkoj i sl.).

Svakako je poželjno da u praksi bude što manje situacija i okolnosti u kojima se ostvarenje prava na saznanje podrijetla i i najbolji interes djeteta međusobno isključuju. Najpovoljnija životna kombinacija je u njihovom obostranom ispunjenju, tj. da je saznanjem biološkog podrijetla ostvaren i najbolji interes djeteta.

Neupitno je da pravo na saznanje podrijetla treba postojati za vrijeme cijeloga života svakog čovjeka, a ne samo do njegove punoljetnosti. Stoga smatramo da se samo u najmanjoj mjeri i u opravdanim slučajevima mogu propisivati zapreke i ograničenja ostvarenja tog prava, posebno kod određivanja dobi podnositelja tužbe i rokova pokretanja postupaka utvrđivanja ili osporavanja majčinstva ili očinstva.

Na kraju možemo zaključiti: ostvarivanje prava na saznanje vlastitog podrijetla trebalo bi uvijek omogućiti ako nije u suprotnosti s najboljim interesom djeteta i zaštitom postojećih obiteljskopavnih odnosa.

Dr. sc. Željko Galić, Assistant professor,
Law Faculty, University of Mostar

RIGHT TO KNOW ORIGIN AND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

Summary: This paper analyzes the correlation of the right to know one's origins and the legal standard of the best interest of the child. The author presents the anthropological basis of evaluation of the right to know one's origins as the original human right and its attachment to the determination of a motherhood and a fatherhood. He gives a critical analysis of valid normative solutions of international and local acts, stating the difficulties and doubts in the realization of that right within the different segments of family relationships. He also emphasizes the relevance of principal and fundamental compatibility between the right to know one's origins and the best interests of the child, as well as the specific circumstances of life as possible exceptions. The author's attention is specifically focused on giving potential objections and suggestions *pro futuro*.

Key words: right to know the origin, maternity, paternity, the best interests of the child.

ODREĐIVANJE VISINE IZDRŽAVANJA U PRAKSI CENTRA ZA SOCIJALNI RAD TUZLA

U ovom radu analizirani su predmeti iz 2011. godine u kojima je Centar za socijalni rad Tuzla, a nakon pokretanja postupka za razvod braka, imao obavezu učestvovanja u postupku i dostavljanja mišljenja sudu o visini doprinosa za izdržavanje djeteta. Od ukupno analizirana 73 predmeta, u njih 56 je u trenutku provođenja ovog istraživanja postignut sporazum roditelja o visini doprinosa za izdržavanje djeteta, o kojem je Centar za socijalni rad dao pozitivno mišljenje, odnosno utvrdio da je zaštićen najbolji interes djeteta. U radu se krenulo od hipoteze da visina doprinosa za izdržavanje zavisi od starosti djeteta, njegovih potreba i finansijskih mogućnosti dužnika izdržavanja, kao zakonom određenih okolnosti koje utiču na visinu doprinosa za izdržavanje djeteta.

Ključne riječi: visina doprinosa za izdržavanje, najbolji interes djeteta, potrebe djeteta, mogućnosti davaoca izdržavanja.

1. Uvod

Pravo djeteta na izdržavanje, kao jedno od njegovih osnovnih prava, zagarantovano je Konvencijom o pravima djeteta¹ (u daljem tekstu: Konvencija) i izvodi se iz njegovog prava na odgovarajući životni standard. Članom 27. Konvencije o pravima djeteta normirano je da "države-potpisnice priznaju pravo svakog djeteta na životni standard koji odgovara djetetovom fizičkom, mentalnom, duhovnom, moralnom i društvenom razvoju". Intencija autora Konvencije je da države potpisnice obezbijede i poštuju pravo djeteta na životni standard potreban za njegov razvoj. Kako bi država obezbijedila poštivanje ovog prava u stavu 2. člana 27. normirano je "da roditelj(i) ili drugi odgovorni za dijete imaju prvenstvenu odgovornost da obezbijede, u okviru svojih sposobnosti i finansijskih mogućnosti, uslove života potrebne za djetetov razvoj". Termin "prvenstvena odgovornost" jasno ukazuje da su, roditelj(i) djeteta ili druge osobe odgovorne za dijete, dužne djetetu obezbijediti životni standard potreban za njegov razvoj, a tek onda, ukoliko oni to nisu u mogućnosti, ova obaveza prelazi na državu. Roditelj(i) ili druge osobe ovu obavezu izvršavaju u skladu sa svojim

¹ Konvencija o pravima djeteta usvojena je na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija, 20. novembra 1989. godine. Aneksom I Ustava Bosne i Hercegovine navedeni su dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini, među kojima je i Konvencija o pravima djeteta. Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine takođe su određeni instrumenti za zaštitu ljudskih prava koji imaju snagu ustavnih odredaba, a među kojima je navedena Konvencija o pravima djeteta.

sposobnostima i finansijskim mogućnostima. Odgovornost države je, pored obezbjeđenja životnog standarda (kao sekundarne odgovornosti), da obezbijedi pravne mehanizme kako bi se obaveza roditelja ili drugih osoba odgovornih za dijete u potpunosti izvršila.

2. Određivanje visine izdržavanja prema PZ FBiH

Prilikom donošenja Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine² (u daljem tekstu: PZ FBiH) zakonodavac je prihvatio i implementirao rješenja sadržana u Konvenciji. Porodičnim zakonom FBiH normirano je da su roditelji dužni izdržavati maloljetno dijete i u izvršavanju ove obaveze moraju iskoristiti sve svoje mogućnosti i sposobnosti.³ Primarna obaveza izdržavanja djeteta je, kao i u Konvenciji, na roditeljima i to bez obzira na činjenicu da li oni žive zajedno ili ne.

Prilikom određivanja visine izdržavanja sud primjenjuje odredbe koje važe za sve oblike zakonskog izdržavanja, tj. koje se odnose i na bračne/vanbračne partnere, srodnike i djecu nad kojom roditelji ostvaruju roditeljsko staranje. Porodičnim zakonom je normirano da prilikom utvrđivanja mogućnosti osobe koja je dužna davati izdržavanje, sud uzima u obzir sva njena primarnai stvarne mogućnosti da stiče povećanu zaradu, kao i njene vlastite potrebe i zakonske obaveze izdržavanja.⁴ Ovim rješenjem išlo se u pravcu eliminisanja postojeće prakse zaštite interesa roditelja, kao dužnika izdržavanja, odnosno dosuđenja niskih iznosa izdržavanja u slučajevima kada mogućnosti davaoca izdržavanja opravdavaju veći iznos.⁵

Uslovi života određeni za djetetov razvoj u PZ FBiH su određeni kao potrebe osobe koja zahtijeva izdržavanje. Sud je dužan uzeti u obzir imovinsko stanje, sposobnost za rad, mogućnost zaposlenja, zdravstveno stanje i druge okolnosti od kojih zavisi ocjena potreba djeteta.⁶ Pored navedenih okolnosti, prilikom određivanja visine izdržavanja za dijete, sud ima obavezu uzeti u obzir i uzrast djeteta, kao i potrebe za njegovo školovanje.⁷

Interes djeteta dodatno je zaštićen i normiranjem obaveze Federalnog ministra rada i socijalne politike da jednom godišnje objavi, najkasnije do 1. marta tekuće godine, podatke o prosječnim potrebama osobe koja zahtijeva izdržavanje, s obzirom na troškove života, koje će sud uzeti u obzir u postupku za izdržavanje.⁸ Prosječne potrebe osobe koja zahtijeva izdržavanje s obzirom na troškove života, prema saopštenju iz 2006. godine, iznose 30% od prosječne plaće Federacije

² Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH, br. 35/05 i 41/05)

³ Član 215. PZ FBiH.

⁴ Član 235. st. 3. PZ FBiH.

⁵ Bubić, S; Traljić, N, *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007. str. 160.

⁶ Član 235. st.2 PZ FBiH. Potrebno je napomenuti da se u ovoj odredbi potrebe odnose na sva lica koja imaju pravo zahtijevati izdržavanje a ne samo na djecu.

⁷ Član 236. st. 1. PZ FBiH.

⁸ Član 235. st. 4. PZFBiH.

Bosne i Hercegovine iz prethodne godine.⁹ Prosječna plaća u 2010. godini iznosila je 804,37 BAM, pa je iznos za prosječne potrebe osobe koja zahtijeva izdržavanje iznosio 241.311 BAM.¹⁰ Saopćenje Federalnog ministra rada i socijalne politike treba da posluži kao orijentir o prosječnom društvenom standardu i stvarnim potrebama osobe koja zahtijeva izdržavanje (u ovom slučaju djeteta). Ovakvo tumačenje dao je i Kantonalni sud u Sarajevu, u presudi br. 009-0-Gž-07-001002 od 14. oktobra 2009. godine, u kojoj je navedeno da visina prosječnih potreba izdržavanih osoba s obzirom na troškove života objavljena od strane federalnog ministra rada i socijalne politike "može biti mjerilo troškova života, a ne generalno mjerilo visine doprinosa za izdržavanje". Ukoliko roditelji nisu u mogućnosti da podmire životne potrebe djeteta Porodični zakon FBiH navodi i druge osobe obavezne na izdržavanje djeteta. Na ovaj način zakonodavac je odredio značenje termina "ili druge osobe odgovorne za dijete" sadržanog u Konvenciji o pravima djeteta. Tako, prema Porodičnom zakonu FBiH obavezu na izdržavanje djeteta, ukoliko roditelji to nisu u mogućnosti, imaju: očuh ili maćeha¹¹, djed i nena/baka i njegova/njena braća ili sestre¹². Ako sud utvrdi da ni roditelji, a ni druge osobe koje su obavezne davati izdržavanje, nisu u mogućnosti podmirivati životne potrebe djeteta, obavijestit će o tome organ starateljstva koji je dužan osigurati sredstva za izdržavanje djeteta iz budžetskih sredstava Federacije.¹³ Bitno je naglasiti da u Federaciji BiH do današnjeg dana nije osnovan fond za privremeno izdržavanje djeteta.

U okviru zakonom utvrđenih nadležnosti centri za socijalni rad u Federaciji BiH imaju veliku odgovornost i ovlaštenja da sami vode postupke i donose odluke, kao i da u postupku pred sudom daju svoje mišljenje. Radi zaštite interesa djeteta PZ FBiH normirano je da organ starateljstva, radi zaštite najboljeg interesa djeteta, učestvuje u postupcima u kojima se odlučuje o izdržavanju maloljetnog djeteta ili punoljetnog djeteta.¹⁴

Sud je po službenoj dužnosti obavezan odlučiti o izdržavanju maloljetnog ili punoljetnog djeteta u postupcima u kojima se utvrđuje da brak ne postoji, ili se poništava, ili razvodi, kao i u postupcima utvrđivanja materinstva ili očinstva.¹⁵ Organ starateljstva je dužan na zahtjev suda pribaviti sve podatke od značaja za donošenje odluke o izdržavanju.¹⁶ Osnovni cilj Organa starateljstva, vodeći računa o dobrobiti djeteta, je da pored pitanja koja se odnose na roditeljsko staranje, nastoji postići sporazum roditelja o visini doprinosa za izdržavanje djeteta. Iako sud nije vezan mišljenjem Organa starateljstva i postignutim sporazumom roditelja o visini doprinosa za

⁹ Saopćenje o prosječnim potrebama osobe koja zahtijeva izdržavanje s obzirom na troškove života, broj: 05-02/8-323/06 od 21.04.2006. godine.

¹⁰ Statistički godišnjak/ljetopis Federacije Bosne i Hercegovine 2011, Sarajevo, 2011., str. 119.

¹¹ Očuh ili maćeha imaju obavezu izdržavanja samo prema maloljetnim pastorcima. Član 220. st. 1. PZ FBiH.

¹² Braća i sestre imaju obavezu izdržavanja samo prema maloljetnoj djeci. Član 222. st. 3. PZ FBiH.

¹³ Član. 237. PZ FBiH.

¹⁴ Član 240. PZFBiH.

¹⁵ Član 308. PZFBiH.

¹⁶ Član 241. PZFBiH.

izdržavanje, ovo mišljenje bi trebalo olakšati sudu da ima bolji uvid u sve okolnosti koje se tiču davaoca i primaoca izdržavanja. Potrebno je napomenuti da se ovdje ne radi o postupcima u sporovima o izdržavanju, odnosno o postupcima kada je zahtjev za izdržavanje pokrenut na zahtjev osobe kojoj je priznato pravo na izdržavanje.

3. Analiza istraživanja

Analizom 73 predmeta u kojima je Centar za socijalni rad Tuzla, a nakon pokretanja postupka za razvod braka, imao obavezu učestvovanja u postupku i dostavljanja mišljenja sudu o visini doprinosa za izdržavanje djeteta utvrđeno je da se visina doprinosa za izdržavanje kretala od 0 BAM pa sve do 2000 BAM, pri čemu je prosječna visina doprinosa za izdržavanje iznosila 207.86 BAM. U predmetu u kojem je visina doprinosa za izdržavanje iznosila 2000 BAM, radilo se o poduzetniku, i u ovom slučaju je sklopljen sporazum o visini doprinosa za izdržavanje pred notarom.¹⁷ Kako se radilo o pojedinačnom slučaju ovaj iznos u daljnjoj analizi nije uzet u razmatranje. Tako je prosječna visina doprinosa za izdržavanje djeteta, nakon isključenja iznosa od 2000 BAM, iznosila 175,27 BAM, odnosno 22% prosječne plaće u Federaciji BiH iz 2010. godine, što je za 8% manje u odnosu na procenat određen u saopštenju federalnog ministra rada i socijalne politike. Predmeti u kojima je visina doprinosa za izdržavanje iznosila 0 BAM odnosili su se na slučajeve u kojima su bračni partneri imali dvoje djece, tako da je u ovim predmetima prijedlog centra za socijalni rad, a u skladu sa sporazumom roditelja, bio da roditeljsko staranje o jednom djetetu vrši jedan roditelj a o drugom djetetu drugi roditelj. Sporazum da roditeljsko staranje vrši jedan roditelj ne oslobađa obaveze drugog roditelja, koji vrši roditeljsko staranje nad drugim djetetom, da doprinosi za izdržavanje.

U 73 analizirana predmeta bilo je 58% zaposlenih bračnih partnera, 38% nezaposlenih, 3% su bili penzioneri, a 1% invalidi (grafikon 1.). Od ukupnog broja analiziranih predmeta u njih 26 oba bračna partnera su bila zaposlena, u 16 predmeta su oba bračna partnera bila nezaposlena, dok je u 31 predmetu jedan od bračnih partnera bio zaposlen a drugi bračni partner nezaposlen.

¹⁷Zakonodavac je ostavio mogućnost roditeljima da pred organom starateljstva ili notarom, naravno ukoliko postoji saglasnost između njih, sačine sporazum o visini doprinosa za izdržavanje djeteta koji ima snagu izvršne isprave. Član 238. PZFBiH.

Analizirajući predmete u kojima je Centar za socijalni rad dao svoje mišljenje u pogledu visine doprinosa za izdržavanje, uzete su u obzir okolnosti koje su se odnosile na visinu primanja davaoca izdržavanja, potrebe djeteta s obzirom na njegovu starost i visina doprinosa za izdržavanje.

Analizom je utvrđeno da je prosječna visina doprinosa za izdržavanje za 66 BAM manja u odnosu na visinu izdržavanja određenu u saopćenju Federalnog ministra za rad i socijalnu politiku. Tumačenjem odredbi PZ FBiH, odnosno članova 235. i 236., može se zaključiti da iznos od 241 BAM treba poslužiti kao mjerilo troškova života, a ne generalno mjerilo visine doprinosa za izdržavanje. Kako se saopštenje federalnog ministra odnosi i na punoljetna i na maloljetna lica pogrešno bi bilo shvaćanje da su potrebe punoljetne i maloljetne osobe istovjetne. Tumačenjem člana 236. PZ FBiH proizlazi da pored okolnosti utvrđenih u članu 235., kada se odlučuje o visini doprinosa za izdržavanje djeteta, treba uzeti u obzir uzrast djeteta kao i potrebe za njegovo školovanje. Visina doprinosa za izdržavanje može biti istovjetna za mlađu i stariju djecu, pošto su i njihove potrebe različite, pa shodno tome i iznos visine doprinosa za izdržavanje bi kod mlađe djece trebao biti manji.

Dovodeći u vezu visinu primanja davaoca izdržavanja, visinu doprinosa za izdržavanje djeteta i potrebe djeteta s obzirom na njegovu starost, iz grafikona 2. i 3. proizlazi da visina doprinosa izdržavanja nije uslovljena visinom ličnog dohotka davaoca izdržavanja kao ni godinama starosti djeteta, odnosno njegovim potrebama. Veći lični dohodak davaoca izdržavanja i starost djeteta trebali bi uticati na visinu doprinosa za izdržavanje i *vice versa*, što nije potvrđeno ovim istraživanjem. Analiza pokazuje da se u praksi kao osnov za određivanje visine izdržavanja isključivo uzima lični dohodak davaoca izdržavanja, čime se zanemaruju stvarne potrebe djeteta. Iz navedenog se može zaključiti da Centar za socijalni rad Tuzla prilikom utvrđivanja visine doprinosa za izdržavanje, a prilikom utvrđivanja najboljeg interesa djeteta u vidu zadovoljenja životnog standarda djeteta, nije uzimao u obzir zakonom propisane okolnosti kojima se utvrđuju mogućnosti davaoca izdržavanja i potreba djeteta. Intencija zakonodavca da eliminiše dosuđenje niskih iznosa izdržavanja u slučajevima kada mogućnosti davaoca izdržavanja opravdavaju veći iznos, u praksi se ne ostvaruje. Jedini cilj prilikom utvrđivanja visine doprinosa za izdržavanje Centra za socijalni rad Tuzla je postizanje sporazuma između roditelja, bez obzira na stvarne potrebe djeteta i mogućnosti dužnika izdržavanja. Ovakav zaključak potkrepljuje činjenica da u pojedinim predmetima visina doprinosa za izdržavanje djeteta nije bila veća ukoliko je davalac izdržavanja imao veći lični dohodak, niti je postojala razlika u visini doprinosa za izdržavanje između mlađe i starije djece (grafikon 2. i 3.). Istraživanje je pokazalo da u 24 predmeta dužnik izdržavanja nema ličnog dohotka, kao i da više od polovine davaoca izdržavanja imaju manja primanja od prosječne plaće u Federaciji Bosne i Hercegovine. Opravdano se onda može postaviti pitanje na osnovu kojih okolnosti je Centar za socijalni rad predložio različitu visinu doprinosa za izdržavanje kod djece iste starosne dobi (primjer kod djece starosti 6 godina, grafikon 2.) ili zašto je predložena ista visina doprinosa za izdržavanje

kod djece različite starosne dobi (primjer kod djece starosne dobi od trinaest i jedne godine, grafikon 2. i 3.).

4. Prijedlozi de lege ferenda

Država Bosna i Hercegovina je preuzela obaveze iz Konvencije o pravima djeteta i njena je primarna obaveza da stvori pravni okvir kako bi se svakom djetetu obezbijedio životni standard koji odgovara njegovom fizičkom, mentalnom, duhovnom, moralnom i društvenom razvoju. Sekundarna obaveza države je da, ukoliko roditelji nisu u mogućnosti da daju doprinos za izdržavanje, obezbijedi životni standard potreban za razvoj djeteta.

Da bi se u praksi zadovoljio najbolji interes djeteta neophodno je osnivanje Fonda za privremeno izdržavanje djeteta na nivou Federacije BiH (u daljem tekstu: Fond). Većina evropskih zemalja preuzima na sebe obavezu plaćanja standardnih iznosa za izdržavanje, kad roditelj s kojim dijete ne živi nije u mogućnosti ili ne ispunjava obavezu plaćanja.¹⁸ Osnivanjem Fonda omogućilo bi se da sva djeca, bez obzira na lične prihode njihovih roditelja, imaju pravo na minimalni iznos doprinosa za izdržavanje. Međutim to ne znači da Fond u potpunosti na sebe preuzima obavezu plaćanja doprinosa za izdržavanje. Njemu ostaje mogućnost naknade troškova od dužnika izdržavanja.¹⁹ Naime, osnivanjem Fonda teret dokazivanja i pravo regresa sada bi bio na Fondu, umjesto na drugom roditelju, kojem je svakako u interesu da naplati svoja potraživanja.

Minimalni ili okvirni iznos doprinosa za izdržavanje u uporednom pravu je različito uređen. U nekim državama on se izračunava na osnovu prosječne plaće dok u drugim državama njegova visina zavisi od ukupnih primanja davaoca izdržavanja. U Republici Hrvatskoj određen je minimalni novčani iznos za mjesečno izdržavanje djeteta i to za dijete:

- do 6 godina 17% prosječne plaće,
- od 7 do 12 godina 20% prosječne plaće, i
- od 13 do 18 godina 22% prosječne plaće.²⁰

Visina doprinosa za izdržavanje u Republici Srbiji određuje se na osnovu visine redovnih mjesečnih primanja dužnika izdržavanja (zarada, naknada zarade, penzija, autorski honorar itd.), s tim da visina izdržavanja, po pravilu, ne može biti manja od 15% niti veća od 50% redovnih mjesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja umanjениh za poreze i doprinose za obavezno socijalnoosiguranje.²¹ Ako je povjerilac izdržavanja dijete, visina

¹⁸O predujmu u evropskim državama vidi: Rešetar, B., *Državni predujam za uzdržavanje djece*, *Revija za socijalnu politiku*, god. 12, br. 2, str. 157-173, Zagreb 2005.

¹⁹Fizičko ili pravno lice koje je imalo troškove zbog izdržavanja neke osobe, može tužbom tražiti naknadu tih troškova od osobe koja ju je, prema zakonu, dužna izdržavati, ako su učinjeni troškovi bili opravdani. Član 246 PZ FBiH.

²⁰ Minimalni novčani iznosi potrebni za mjesečno uzdržavanje djeteta („Narodne novine“, broj: 38/13).

²¹ Porodični zakon Republike Srbije („Službeni glasnik Republike Srbije“, br.18/2005 i 72/2011). Član 162. st. 2.

izdržavanja treba da omogući najmanje takav nivo životnog standarda za dijete kakav uživa roditelj dužnik izdržavanja.²²

U Njemačkoj se iznos visine doprinosa za izdržavanje određuje pomoću tzv. "Dizeldorfske tabelle" (*DüsseldorferTabelle*²³). U ovoj tabeli određen je okvir za visinu doprinosa za izdržavanje, koji zavisi od starosti djeteta i visine ličnih primanja dužnika izdržavanja. Dužnik izdržavanja koji ima lična primanja od 0 do 1500 eura trebao bi izdvajati 317 eura za djecu starosti od 0 – 5 godina. Ovaj iznos se povećava proporcionalno povećanju ličnih primanja, pa tako ukoliko dužnik izdržavanja ima lična primanja između 1500 i 1900 eura, dužan je plaćati izdržavanje u visini od 333 eura. Ukoliko se ovaj iznos izrazi procentualno u odnosu na lična primanja davaoca izdržavanja može se vidjeti da iznos visine izdržavanja iznosi od 21% (za iznos od 1500 eura) do 16,5% (za iznos od 1900 eura) ličnih primanja davaoca izdržavanja. S obzirom na starost djeteta ovaj iznos se povećava za 4,5 % ličnih primanja davaoca izdržavanja u ovisnosti od starosti djeteta. Takođe je vidljivo da iznos za djecu iznad 18 godina iznosi u prosjeku oko 30% ličnih primanja davaoca izdržavanja.

	Lična primanja	0 - 5	6 - 11	12 - 17	od 18
1.	do 1.500	317	364	426	488
2.	1.501 - 1.900	333	383	448	513
3.	1.901 - 2.300	349	401	469	537
4.	2.301 - 2.700	365	419	490	562
5.	2.701 - 3.100	381	437	512	586
6.	3.101 - 3.500	406	466	546	625
7.	3.501 - 3.900	432	496	580	664
8.	3.901 - 4.300	457	525	614	703
9.	4.301 - 4.700	482	554	648	742
10.	4.701 - 5.100	508	583	682	781
Od 5.101 u zavisnosti od slučaja					

Tabela 1. - DüsseldorfTabelle

U FBiH okvirni iznos doprinosa za izdržavanje se određuje na osnovu prosječne plaće i iznosi 30% prosječne plaće ostvarene u FBiH u prethodnoj godini. Ovako određeni standardni iznos doprinosa za izdržavanje je neprihvatljiv iz dva razloga. Prvo što se odnosi na potrebe lica koja imaju pravo

²² Član 162. St. 3. Porodičnog zakona Republike Srbije.

²³ Dizeldorfska tabela preuzeta sa web stranice:

<http://www.treffpunktaltern.de/familienrecht/Unterhaltstabellen/duesseldorfer-tabelle.php>, dana 15.11.2013. godine.

U Njemačkoj u pojedinim oblastima se primjenjuju različite tabelle. Tako postoji Berlinska tabela u kojoj su iznosi određeni u manjem iznosu. Tako se za dijete starosti od 0 do 5 godina određuje visina izdržavanja u iznosu od 202 eura, ukoliko dužnik izdržavanja ima mjesečna lična primanja u iznosu od 1300 eura. Berlinska tabela preuzeta sa web stranice: http://www.treffpunktaltern.de/familienrecht/Unterhaltstabellen/berliner-tabelle-2007_574.php, dana 15.11.2013. godine

na izdržavanje bez obzira na starost i bez obzira na činjenicu da li se radi o maloljetnim ili punoljetnim licima. Drugi razlog je što su u FBiH lična primanja zaposlenika u privatnom sektoru znatno manja nego u državnom sektoru, te prosječna plaća u iznosu od 804,37 za 2010. godinu ne predstavlja stvarnu prosječnu plaću. Ovakvo stanje dovodi, a što je i utvrđeno u istraživanju, do nejednakog određenja visine doprinosa za izdržavanje. Ovo ide u prilog činjenici da je u FBiH prihvatljivije da se okvirni iznos doprinosa za izdržavanje izračunava na osnovu ukupnih primanja davaoca izdržavanja.

U FBiH najprihvatljivijim se čini njemački način utvrđivanja minimalne visine doprinosa za izdržavanje. Kao najmanji osnov ukupnih primanja mogao bih se uzeti iznos od 500 BAM, koji predstavlja približno realni iznos mjesečnih primanja građana u FBiH.²⁴ Prilikom prijedloga određivanja platnih razreda u odnosu na starost djeteta kao kriterij bi se mogao uzeti takode primjer Njemačke. U BiH mogao bi se primijeniti slijedeći način izračunavanja minimalne visine doprinosa za izdržavanje:

	Lična primanja	0 - 5	6 - 11	12 - 18
		Starost djeteta		
1.	do 500	100	125	150
2.	501 - 700	120	150	180
3.	701 - 900	140	175	210
4.	901 - 1100	160	200	240
5.	1101 - 1300	180	225	270
6.	1301 - 1500	200	250	310
7.	1501 - 1700	220	275	340
8.	1701 - 1900	240	300	370
9.	1901 - 2100	260	325	410
10.	2101 - 2300	280	350	440
Od 2.301 u zavisnosti od slučaja				

Tabela 2. - Primjer tabele primjenjive u Bosni i Hercegovini

U tabeli 2. je kao okvirni iznos doprinosa za izdržavanje određeno da davalac izdržavanja plaća 20% od mjesečnih primanja za djecu starosti od 0 do 5 godina, 25% za djecu od 6 do 11 godina i 30% za djecu od 12 do 18 godina. Ovakav način određivanja okvirne visine doprinosa za izdržavanje mogao bi obezbijediti, da umjesto favoriziranja dužnika izdržavanja, u prvi plan bude stavljen najbolji interes djeteta. Ukoliko bi se prihvatio ovakav način izračuna okvirnog iznosa doprinosa za izdržavanje onemogućilo bi se utvrđivanje istog iznosa za djecu različite starosne dobi, kao i utvrđivanje istog iznosa u slučajevima kada davaoci izdržavanja imaju različita lična primanja. Ovi iznosi

²⁴ U Tuzlanskom kantonu, a prema Agenciji za statistiku BiH i Federalnog zavoda za statistiku, prosječna mjesečna plaća se, s obzirom na djelatnosti, kreće od 453 BAM do 1200 BAM za 2012 godinu. Preuzeto sa web stranice: <http://www.kpktz.ba/informator/pk1.pdf>, dana 15.11.2013. godine.

se mogu povećavati s obzirom na fizički, mentalni, duhovni, moralni i društveni razvoj djeteta. Određeni iznosi u tabeli 2. se ipak ne bi trebali smanjivati, jer bi tada dolazilo do ponovnog favorizovanja dužnika izdržavanja i određenja nejednakih iznosa za djecu koja su iste starosne dobi. Razlika do minimalnog iznosa visine doprinosa za izdržavanje mogla bi se obezbijediti iz Fonda.

Država mora biti garant da će u svakom slučaju, ukoliko to nisu u mogućnosti roditelji, a u skladu sa preuzetim obavezama iz Konvencije o pravima djeteta, obezbijediti minimalni iznos za izdržavanje djeteta. Osnivanjem Fonda i usvajanjem predloženih kriterija za izračunavanje okvirnog iznosa visine doprinosa za izdržavanje najbolji interes djeteta bi bio dvostruko zaštićen. Sa jedne strane više bi se uvažavale potrebe djeteta uzimajući u obzir njegovu starost, a sa druge strane postojala bi obaveza nadležnih organa da utvrde stvarna mjesečna primanja dužnika izdržavanja.

5. Zaključak

Radi zaštite najboljeg interesa djeteta u pogledu određivanja najmanje visine doprinosa za izdržavanje neophodno je osnivanje Fonda za privremeno izdržavanje na nivou Federacije BiH. Iz Fonda bi se svakom djetetu osiguralo, da u slučaju neplaćanja doprinosa za izdržavanje ili objektivne nemogućnosti od strane dužnika izdržavanja (roditelja) da plaća doprinos za izdržavanje, minimalni iznos doprinosa za izdržavanje, čime bi se sva djeca stavila u isti položaj. Osnivanje Fonda i primjena navedenih kriterija prilikom određivanja minimalnog iznosa za visinu doprinosa za izdržavanje djeteta u praksi bi podrazumijevalo aktivno učešće svih državnih organa, a naročito organa starateljstva. Na ovaj način najbolji interes djeteta bio bi dvostruko zaštićen.

Dr.sc. Boris Krešić, Assistant professor
Law Faculty of University Tuzla

DETERMINATION OF THE AMOUNT OF CHILD SUPPORT IN THE PRACTICE OF SOCIAL WORK CENTER TUZLA

Summary: This paper brings the analysis of the cases in which the Social Work Center Tuzla, after the divorce proceedings were initiated, was obliged to participate and to deliver to the court its formal decision on the amount of child support. There were 73 cases analyzed in the Welfare Center Tuzla. In 56 of them, in the period when the research was conducted, parents came to a mutual agreement on the amount of child support and the Welfare Center gave a positive comment claiming that such decision is in the best interest of a child. The main hypothesis in the paper is that the amount of money paid as child support depends on child's needs and financial conditions of the payer, as the legally determined circumstances that determine the amount of child support.

Key words: amount of child support, child's best interest, child's needs, abilities of the payer.

**NAJBOLJI INTERES DJETETA U DRUGIM OBLASTIMA PORODIČNOG
PRAVA, ODNOSNO PRAVA**

ISTRAŽNO NAČELO U PORODIČNIM SPOROVIMA KAO IZRAZ NAJBOLJEG INTERESA DJETETA

Utvrđivanje najboljeg interesa deteta bez obzira na primenu istražnog, inkvizitorskog načela u građanskim sudskim postupcima u kojima se rešavaju porodičnopravni sporovi, složen je problem. Za uvrđivanje faktora najboljeg interesa kao pravnog standarda i činjenica kojima se nastoji na otkrivanju istine o ovim faktorima, prednosti istražne maksime su nesporne, ali ni ovakav pristup ne daje dovoljno garantija. Organičenja su (da li i nemogućnost?) brojna, značajna i teško otklonjiva. Zaključak opstaje čak i ako se najbolji interes shvati kao pravo deteta da se utvrdi njegov najbolji interes, kome bi, onda, odgovarala "dužnost" nadležnih tela da ga utvrde, što procesnopravno nosi različite posledice (npr., mogućnosti zaštite u posebnom postupku).

Ključne reči: istražno načelo, najbolji interes deteta, faktori, dokazivanje, psihološka ekspertiza

1. Inicijativa za prikupljanje činjeničnog i dokaznog procesnog materijala

Primenom jednog od dva funkcionalna procesna načela - istražnog ili raspravnog (ili njihovim kombinovanjem) u građanskim sudskom postupcima,¹ odnosno procesnog instrumentarija koji je adekvatan jednom od njih, daje se odgovor na važno pitanje čiji je procesni teret² prikupljanje i iznošenje činjenica (činjeničnih tvrdnji, navoda o činjenicama³) i dokaznih sredstava. Dosledna primena istražnog upućuje na inicijativu, odnosno dužnost suda - sud utvrđuje činjenice nezavisno od navoda stranaka,⁴ dok konzistentna primena raspravnog ovaj teret prebacuje na stranke, ali uz ograničenje na korpus činjenica i dokaznih sredstava na kojima one zasnivaju svoje zahteve. Sama "obaveza" stranaka mora se pratiti u kontekstu nastojanja stranke da ostvari uspeh u sporu pa se i primena raspravnog načela u nauci procesnog prava, a u kontekstu težnje za istinom, opravdava time da se i na ovaj način iznosi sva relevantna činjenična građa i dokazna sredstva - svaka stranka iznosi sve što joj ide u prilog, a parnica podrazumeva antagonizam interesa stranaka.⁵ Pomenimo, takođe, da se u nauci građanskog procesnog prava primena raspravnog načela povezuje uz dominaciju

¹ Dominantna pažnja u ovom radu biće posvećena parničnoj i vanparničnoj proceduri, kao spornim, mada se najbolji interes mora poštovati i, npr., u izvršnom postupku.

² Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010, str. 122, koriste ovaj termin.

³ Termin koriste, Triva, S; Dika, M, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, v. npr., str. 174.

⁴ Jakšić, A., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2012, str. 148.

⁵ Triva; Dika, *op. cit.*, str. 161.

dispozitivne maksime, dok je primeni istražnog načela imanentna oficijelnost. Ovaj, svojevrsni dualizam, posledica je pravno-političkog stava o stepenu u kome je država ovlašćena da interveniše u građanskopravne odnose.⁶ Uticaj je, međutim, u svim nacionalnim pravnim sistemima više ili manje ograničen, čak i u onim gde je nivo tolerancije prema osnovnim ljudskim slobodama i pravima izuzetno nizak. Prirodi građanskopravnih odnosa svakako odgovara dispozitivno načelo, pa je favorizovanje istražnog suprotnost njegovom osnovnom, opredeljujućem svojstvu.⁷ Sa druge strane, ima stavova i da isključiva primena raspravnog načela "isključuje mogućnost pravilnog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja",⁸ Ili je, barem, problematična stoga što sudovima nisu na raspolaganju neophodni procesni mehanizmi u traženju istine, uz posebno potenciranje problema u odnosu na nedozvoljena raspolaganja stranaka.⁹ Svrshodna kombinacija ovih načela, njihova koegzistencija, pokazuje se kao najpovoljnija u postupcima zaštite građanskih prava,¹⁰ odnosno, ukazuje se na neophodnost ustupaka, otklona od primene jednog od njih, između ostalog i u zavisnosti od vrste prava o kojima se odlučuje.¹¹ Posebno opravdani izuzetak predstavljaju postupci u sporovima iz porodičnopravnih odnosa.¹² Lični karakter ovih odnosa nosi pretnju skrivanja istine, pa se primenom istražnog principa nastoji realizovati u najvećoj meri načelo težnje za istinom.¹³ I sprečavanje nedozvoljenih stranačkih dispozicija u statusnim sporovima takođe upućuje na inkvizitorska ovlašćenja suda. Kada su u sporove iz porodičnopravnih odnosa involvirana deca ovakva ovlašćenja suda dobijaju dodatnu dimenziju preko

⁶ *Ibidem*, str. 174, 175.

⁷ Videti, npr. Poznić; Rakić-Vodinelić, *op. cit.*, str. 118.

⁸ Triva; Dika, *op. cit.*, str. 174, 175.

⁹ *Ibidem*,

¹⁰ Palačković, D, *Građansko parnično procesno pravo*, Kragujevac, 2004, str. 30.

¹¹ *Ibidem*,

¹² Tako, odredbom čl. 205, Porodični zakon Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 18/2005, (u daljem tekstu "PZ RS") za sve sporove iz porodičnopravnih odnosa: bračne; o materinstvu i očinstvu; zaštiti prava deteta; lišenju i vraćanju roditeljskog prava; poništaju usvojenja; sporove o izdržavanju i o zaštiti od nasilja u porodici, predviđa da sud može utvrđivati činjenice i kada nisu sporne među strankama, a može i samostalno istraživati činjenice koje nijedna stranka nije iznela; Porodični zakon RCG, Sl. list RCG, br. 12007, , odredbom čl. 318, za parnice u vezi porodičnih odnosa predviđa da sud može utvrđivati činjenice koje nisu sporne među strankama i da samostalno može istraživati činjenice koje nijedna stranka nije iznela; Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, dostupno na: <http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/zakoni/2005/zakoni/25bos.pdf> , 20.11.2013, odredbom čl. 274(4), za bračni spor i sporove iz odnosa roditelja i dece predviđa da sud može utvrđivati i činjenice koje stranke nisu iznele, a može i dokazivati činjenice koje su stranke u postupku priznale, osim ako se ne radi o sporazumnoj razvodu braka. Dakle, odredbe inkvizitorsku ulogu suda, ipak, predviđaju različito.

¹³ O odlikama videti, Palačković, D, *Procesna prava deteta prema Evropskoj konvenciji o ostvarivanju dečijih prava*, PŽ, 2000, br. 12, str. 537., kao i Scott, Elizabeth S. and Emery, Robert E., "Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best Interests Standard" (2011), Columbia Public Law&Legal Theory Working Papers. Paper 9200, str. 1., dostupno u prevodu na hrvatski jezik na: <http://www.udruga-dijete-razvid.hr/wp-content/uploads/Emery-Robert-Scott-Elizabeth-Politika-prema-spolovima-i-skrbnistvo-nad-djecom-neobjasnjiva-opstojnost-standarda-najboljeg-interesa-djeteta-2011-web.pdf>, 07.09.2013. gde je značajan razlog nemogućnosti provere najboljeg interesa deteta upravo to da je veliki deo informacija o porodici sakriven.

"obaveze" suda da utvrđuje najbolji interes deteta, odnosno donosi odluke u skladu sa ovim interesom.

2. Najbolji interes deteta

Najbolji interes deteta promoviše Konvencija o pravima deteta,¹⁴ odredbom čl. 3/1.¹⁵ Poznata formulacija ukazuje da je reč o načelu, principu ponašanja odgovornih, od roditelja, preko nadležnih lica ili tela, ali ne i posebno pravo - pravo da se utvrdi najbolji interes.¹⁶ Ovakav konvencijski pristup ima za posledicu da najbolji interes ne može biti i neposredni predmet zaštite u sudskom postupku kada nije utvrđen ili nije na adekvatan način utvrđen.¹⁷ Ima, međutim, sporadičnih pokušaja njegovog formulisanja kao posebnog pravo deteta.¹⁸ Čak i u RS nailazimo na ovakav stav, u jednom mišljenju Zaštitnika građana.¹⁹ No, ono nije i ustavno načelo u RS,²⁰ ali i uporednopravno.²¹ Ali, kroz ukupno zakonodavstvo RS koje se odnosi na decu i njihova prava ono je provedeno, u značenju "rukovodnog principa". Takođe, u literaturi se ne navodi izričito kao načela porodičnog prava, mada je, po pravilu, sadržano u opštim, načelnim odredbama, pa i u PZ RS. I kada se to čini, čini se posredno, podvođenjem pod okrilje načela posebne zaštite dece.²²

Literatura prepoznaje probleme utvrđivanja najboljeg interesa kao brojne, složene i teško otklonjive, počev od određivanja njegove pravne prirode, preko njegove sadržine, odnosno faktora koje treba ispitivati da bi se utvrdio,

¹⁴ Konvencija o pravima deteta, usvojena rezolucijom Generalne skupštine UN 34/180, od 18. 12. 1989, Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori, br. 15/1990. (u daljem tekstu "Konvencija")

¹⁵ " U svim aktivnostima koje se tiču dece, bez obzira da li ih preduzimaju javne ili privatne institucije socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tela, najbolji interes deteta biće od prvenstvenog značaja".

¹⁶ Videti, npr., odredbe čl. 6, 7, 8. Konvencije

¹⁷ Posredna zaštita ostvaruje se kroz sistem pravnih lekova protiv odluka donesenih u postupcima u kojima najbolji interes nije ili nije adekvatno utvrđen. Interesantno je, međutim, da je u RS predviđena posebna zaštita prava na izražavanje mišljenja deteta u sudskom postupku,, u posebnom postupku u sporu za zaštitu prava deteta (odredbe čl. 261-273. PZ RS), a mišljenje je samo jedan od faktora utvrđivanja najboljeg interesa deteta.

¹⁸ Tako, npr., Ustav Južnoafričke republike, iz 1996, u Sekciji 28(2), videti Davel,T, *In the best interests of the child / Conceptualisation and guidelines in the context of education*, dostupno na: <http://www.cedol.org/wp-content/uploads/2012/02/222-226-2007.pdf>, 08.11.2013. Videti, za Poljsku, napomenu br. 30. u ovom radu.

¹⁹ Videti mišljenje Zaštitnika građana u predmetu br. 14-1546710, OD 12.08.2011, kojim se konstatuje da je "povređeno pravo deteta na održavanje ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi i "pravo na poštovanje njegovih najboljih interesa", dostupno na: http://pravadeteta.com/attachments/167_14_1546-10%20od%2012.08.12.doc, 15.11.2013.

²⁰ Videti odredbu čl. 64. Ustava RS, Sl. glasnik RS, br. 98/2006.

²¹ Videti napomenu br. 16. u ovom radu.

²² Tako, Ponjavić, Z., *Porodično pravo*, Kragujevac, 2011, str. 15., dok kod Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, 2009, str. 31, 179, 180, iz konteksta, može da se tumači da je ono obuhvaćeno načelom posebne zaštite porodice i poštovanja porodičnog života i posebna načela pravnog uređenja odnosa roditelja i dece.

sve do načina na koji se to čini u procesu dokazivanja.²³ Stoga je, pre svega, neophodno učiniti pokušaj da se odrede faktori relevantni za utvrđivanje i način kako se to čini. Njegovo utvrđivanje se, pri tome, mora razumeti kao "dužnost", a ne "rukovodni princip", ne samo kao "izjava težnje".²⁴ Takva odrednica u zakonima potencirala bi aktivnu ulogu suda,²⁵ što upućuje na njegova inkvizitorska ovlašćenja. Ili, inicijativa da se on utvrdi ne mora poticati od stranaka (ili dece?),²⁶ o tome ne mora postojati spor među strankama (osporavanje aktivnosti, ponašanje ili mera, sa aspekta najboljeg interesa deteta), nije pretpostavka da bi se utvrđivao ponašanje stranaka ili učesnika kontra ovakvom interesu. Na ovaj način treba tumačiti i opštu odredbu čl. 6/1. PZ RS. Čak i priznate činjenice²⁷ bi se morale dokazivati. Treba, ipak, reći, da ima situacija u PZ RS kada je predviđeno upravo kao "obaveza" suda: u oceni da li je sporazum supružnika o vršenju roditeljskog prava u najboljem interesu deteta kada se brak razvodi po sporazumu (čl. 225/1 PZ RS); zatim, da li sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava kada roditelji ne vode zajednički život ispunjava ovaj uslov (čl. 75/2 PZ RS); da li je ograničenje prava deteta da živi sa roditeljima u njegovom najboljem interesu (čl. 60/2 PZ RS), kao i da li je ograničenje prava deteta na održavanje ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi u njegovom najboljem interesu (čl. 61/2 PZ RS).²⁸

No, ostaje konstatacija literature da je najbolji interes i dalje na nivou proklamacije, da nije "utkan" u prava i obaveze roditelja ni drugih koji postupaju, da mu nije određena sadržina, lista faktora prema kojima se

²³ Videti, npr., Rozzi, E, *The evaluation of the best interests of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation: a reflection based on the Convention on the Rights of the Child*, str. 2-4., dostupno na: http://www.childmigration.net/files/Best_Interests-Child.pdf, 14.11.2013, kao i Skivenes, M, *Judging the Child's Best Interests - Rational Reasoning or Subjective Presumptions?*, Acta Sociologica, 52(4), dostupno na: <http://asi.sagepub.com/content/53/4/339.full.pdf+html>

²⁴ Nije, dakle, reč, ni o pravnom načelu za donošenje odluka o staranju o deci, Mnookin, R., *Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy* - Parnice za skrbništvo nad djecom: Funkcije suda suočene s neodređenošću, 39 L & CONTEMP.PROBS.226 (ljetno 1975), navedeno prema: Scott, Elizabeth S. and Emery, Robert E., op.cit., str. 3.

²⁵ Ali i svih drugih, pa o tome, npr., videti Mere za otklanjanje nepravilnosti u vršenju poslova smeštaja dece i omladine u ustanove socijalne zaštite, koje je odredio ministar rada, zapošljavanja i socijalne politike RS, od 03.11.2006, str. 6, gde se kao egzaktni pokazatelji najboljeg interesa pominju: naučno utvrđene činjenice o dugoročnim ireverzibilnim posledicama smeštaja u ustanovu na razvoj deteta, posebno kod dece niskog kalendarskog uzrasta, da se prethodno razmotri primenljivost drugih mera podrške roditeljima i detetu, npr, hraniteljstva kao altentativnog oblika smeštaja, da se detetu, u skladu sa godinama i zrelošću, obezbedi učešće u ovom postupku, str. 9, dostupno na: <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/mere/Mere%20za%20otklanjanje%20nepravilnost.doc>, 03.09.2013.

²⁶ Ovo je pitanje procesnog položaja deteta i načina na koji ga ono realizuje, ali je to sasvim poseban problem o kome ovom prilikom neće biti reči zbog ograničene teme i obima rada.

²⁷ Vidi napomenu br. 12. u ovom radu

²⁸ Ili, identična je obaveza nadležnih organa i u nizu drugih situacija, vezanih uz usvojenje, usvojenje od stranog državljanina pre roka predviđenog zakonom, zasnivanja i raskidanja hraniteljstva, postavljanja više lica za staratelja više štićenika, videti o ovome odredbe čl. 89, 103/3, 111. i 122/3, kao i 129. PZ RS

utvrđuje.²⁹ Stoga on "...ostaje apstraktna konstrukcija koja, kao takva, nema dovoljno obavezujuću snagu, a posledice su neujednačena praksa i nemogućnost ocene postupanja državnih organa i roditelja u svetlu ovog načela".³⁰ Međutim, i kada postoji lista faktora za procenu, teškoće su broje. Pre svega, svi faktori su istog ranga (važnosti), a, onda, "stranke u postupku često ne mogu dokazivati kvalitativne čimbenike koje je zakonodavstvo odobrilo kao oznake najboljeg interesa", oni su međusobno neuporedivi, otežana je, često nemoguća njihova proverljivost.³¹

Čak i u uslovima primene inkvizitorskog načela ovi problemi su teško otklonjivi, pa se opravdano postavlja pitanje da li je i istražno načelo u odabiru faktora, otkrivanju činjenica relevantnih za svaki faktor pojedinačno i njihovom potvrđivanju dokazivanjem, dovoljno, s obzirom na složenost, osetljivost i raznovrsnost porodičnih odnosa. Ipak, moraju se iskoristi njegove prednosti.

3. Faktori za utvrđivanje najboljeg interesa deteta

PZ RS ne predviđa posebne kriterijume, odnosno faktore posredstvom kojih bi se najbolji interes utvrđivao,³² ali je u RS u fazi donošenja poseban Zakon o pravima deteta.³³ Odredba čl. 18. Nacrta ovog propisa predviđa jedan

²⁹ U SAD, npr, jedan broj država predviđa zakonsku listu faktora koje sudovi treba da razmatraju, dok druge ne nude u tom cilju nikakve smernice, već samo politiku "dobrobiti i najboljeg interesa deteta", Scott, Elizabeth S. and Emery, Robert E., *op.cit.*, str. 7. (napomena br. 27.u navedenom radu), kao i *Determining the Best Interests of the Child, Child Welfare Information Gateway*, Novembar, 2012, str. 3., dostupno na: http://childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/best_interests.pdf, 20.11.2013.

³⁰ Primena Konvencije o pravima deteta u Srbiji, Koalicija nevladinih organizacija iz Srbije, Centar za prava deteta, Beograd, 2008, str. 18, dostupno na:<http://www.astra.rs/sr/pdf/AlternativniSrpski.pdf>, 05.09.2013.

³¹ Da li je, npr., psihološka veza između roditelja i deteta više ili manje važna od mentalnog i fizičkog zdravlja roditelja, Scott and Emery, *op. cit.*, str.7., za proverljivost videti str. 1.

³² Videti npr., *Determining the Best Interests of the Child, Child Welfare Information Gateway, op. cit.*, str. 3., jedan broj faktora koji su uopšteno prihvaćeni u američkim saveznom državama koje su opredeljene za pokušaj njihovog nabiranja: emotivna veza i odnos deteta i roditelja, srodnika, članova porodice i drugih koji se brinu o njima, mogućnosti roditelja da obezbede sigurnost i adekvatne uslove života - hrana, odeća, medicinska zaštita; obezbeđivanje mentalnog i psihičkog razvoja (stabilnosti) deteta, ali i roditelja, kao i postojanje nasilja u domu. Videti, npr., za Australiju, kriterijume koje koristi Family Law Court, dostupno na:

<http://www.familylawcourts.gov.au/wps/wcm/connect/FLC/Home/Family+Law+Principles/Parenting+casses+%E2%80%93+the+best+interests+of+the+child>, 20.11.2013., a koji podrazumevaju: mišljenje deteta; faktore koji ga formiraju; odnose deteta sa roditeljima i drugim licima; kontinuitet odnosa sa roditeljem; verovatne efekte odvajanja deteta od lica sa kojim je živelo; praktične teškoće i troškove koji nastaju u vezi boravka i komunikacije sa roditeljem; sposobnosti roditelja ili drugih da osiguraju zadovoljenje potreba deteta; porodično nasilje - nad detetom ili drugim licima i niz drugih. O različitim, potencijalnim faktorima videti i Collins, Tara; Pearson Landon, *What does the "best interests of the child" mean?*, dostupno na: http://03559de.netsolohost.com/htmlfiles/hill/17_hm_files/Committee-e/Tara-ABestInterests.pdf, 20-11-2013, str. 5.

³³ Tekst Prednacrta Zakona o pravima deteta dostupan je na:<http://www.ombudsman/rs/attachments/>

broj faktora: pol, uzrast, druga lična svojstva, prethodno iskustvo i životne okolnosti deteta; potrebe fizičkog, sazajnog, emocionalnog i socijalnog razvoja i zaštite života i zdravlja deteta; potrebe osiguranja bezbednosti deteta,³⁴ značaj obezbeđenja stabilnosti, kontinuiteta odnosa sa roditeljima, porodicom i sredinom iz koje potiče ili u kojoj boravi, sredine i načina života deteta; kvalitet odnosa koje je dete uspostavilo sa roditeljem ili drugom osobom i neposredni i dugoročni efekti održavanja tog odnosa,³⁵ potreba očuvanja porodičnih odnosa, posebno odnosa sa braćom i sestrama; detetove kulturne, rasne, etičke, jezičke i religijske pripadnosti ili nasleđe; mišljenje i želja deteta; uvažavanje detetovog doživljavanja vremena i posledica koje odlaganje donošenja odluke može imati na dete i sve druge okolnosti, lična svojstva i stanja koja mogu da utiču na dobrobit deteta.

Već i površan pogled na ovu listu ukazuje na moguće teškoće u utvrđivanju većine nabrojanih, ali i svih drugih - nabrojanje, naime, nije, i ne sme biti taksativno. Uzrok je njihova nedovoljna egzaktnost (npr, emocionalni, sazajni i socijalni razvoj, iskustvene okolnosti deteta, kvalitet odnosa sa roditeljima i drugim osobama, efekti uspostavljenih odnosa ili doživljaj vremena). Odnosno većinski su, na različite načine, problematični za utvrđivanje. I sam odabir ključnih faktora in concreto upitan je i može uslovljiti neujednačenu praksu sudova, zatim ograničenja u prikupljanju relevantnih činjenica za svaki od njih, kao i dokaznih sredstava, ali i ocena izvedenih dokaza.

Utvrđivanje najboljeg interesa komplikuje i to da se deca, po pravilu, već nalaze u posebnom emotivnom stanju, najčešće stresu, uslovljenom uzrocima koji dovode do određenog sudskog postupka. Primer je, svakako, postupak razvoda braka roditelja koji uslovljava ozbiljne emotivne reakcije, i

Nacr%2009.11.11.doc, 05.09.2013. Prema izveštaju koji je Biblioteka Narodne skupštine RS sačinila za potrebe poslanika na temu: Zakon o zaštiti prava deteta, niz država ima posebne propise koji se odnose na dečija prava, odnosno njihovu zaštitu, npr., Bugarska (2000), Island (2002), Letonija (1999), Litvanija (1996), dok Poljska u Ustavu postavlja osnovne principe za regulisanje prava dece, zatim Porodičnim i starateljskim zakonom, Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici, zakonom o ombudsmanu za decu i dr., Ujedinjeno kraljevstvo ima veoma obimno i kompleksno zakonodavstvo u oblasti prava dece, pri čemu je osnovni propis Zakon o deci iz 1989, a Republika Hrvatska je 2003 donela Zakon o pravobranitelju za djecu. Izveštaj je dostupan na: <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/dov/istrazivanje/Zakon%20o%20zastiti%20p-rava%20deteta%20lat.doc>, 09.09.2013., sa navedenim sajtovima preko kojih se pomenuti propisi mogu preuzeti.

³⁴ Može se zaključiti da se ovim otvara, pored benignijih, koji se mogu svrstati u neispunjavanje roditeljskih dužnosti, i problem uticaja nasilja u porodici na odluku o poveravanju dece.

³⁵ Ovo je, zapravo, terminološki modifikovana formulacija tzv. standarda aproksimacije, kao preciznijeg načela za donošenje odluke o staranju o deci, a koju je definisao American Law Institut , Principles of the Law Family Dissolution ("ALI"), dostupno na: https://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=97, 06. 11. 2013, prema kome briga o detetu u prošlosti predstavlja ključni faktor budućeg staranja, odnosno toga kome će dete biti povereno. O tome videti više i kod Scott, Elizabeth S. and Emery, Robert E., op. cit., str. 6, 8. i dr, kao i o prevashodnom značaju zajedničkog staranja na temelju načela aproksimacije koje dodeljuje staranje prema modelu staranja roditelja dok je porodica bila na okupu.

inače, ali i u zavisnosti od uzrasta dece.³⁶ Problem je već i tumačenje pojma "najbolji interes deteta" od strane stručnih tela uključenih, uporednopravno, u postupke odlučivanja o deci. Takođe, njihovo tumačenje odredaba o potrebi (ili obavezi) utvrđivanja mišljenja deteta i značaju koje mu treba dati, a složen je i sam način njegovog utvrđivanja.³⁷ Problemi su potencirani u situacijama kada deca moraju biti smeštena u ustanovu socijalne zaštite,³⁸ kao i u izvršenju sudskih odluka.³⁹ Načelo hitnosti postupanja konfrontira se, često, težnji utvrđivanja relevantnih faktora na pravi način. Posebni faktori pojavljuju se i pri donošenju odluke o održavanju odnosa sa roditeljem sa kojim dete ne živi.⁴⁰ Ili, svaki sudski postupak, svaka aktivnost, svaka porodica, roditelj, dete, posebni su, zahtevaju individualan pristup, da "... se prepozna određena djetetova potreba i da se na najbolji mogući način zadovolji".⁴¹

³⁶ Videti rezultate istraživanja kod Laklija, M., Pećnik, N., Sarić, R., *Zaštita najboljeg interesa djeteta u postupku razvoda braka roditelja*, str. 6., dostupno na:

³⁷ Ibidem, str. 9.

³⁸ Videti, npr., Mere za otklanjanje nepravilnosti u vršenju poslova smeštaja dece i omladine u ustanove socijalne zaštite, koje je donelo Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike 03.11.2006, br. 560-03-619/2006-14, dostupno na: <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/mere/Mere%20za%20otklanjanje%20nepravilnosti.doc>, 30.10.2013.

³⁹ Za izvršenje videti probleme prepoznate za postupak izvršenja u pogledu uloge organa starateljstva u ovim postupcima, Vulević, D., *Uloga starateljstva u postupcima izvršenja odluka iz oblasti porodičnog prava - predaja i oduzimanje maloletnog deteta*, dostupno na: http://www.bgcentar.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=335:uloga-organa-starateljstva-u-postupcima-izvršenja-odluka-iz-oblasti-porodicnog-prava-predaja-i-oduzimanje-maloletnog-deteta-pravnik-dragan-vulevic&catid=83, 01.11.2013., gde se ukazuje na to da sudovi i organi starateljstva pokazuju nerazumevanje svrhe postupka izvršenja sa aspekta najboljeg interesa deteta, da postupku pristupaju formalizovano (postupak radi postupka), da nemaju jasno definisane uloge i granice postupanja, da ne ostvaruju neophodnu saradnju za nesmetano i svrsishodno izvršenje odluka o predaji dece, da ne postupaju blagovremeno, odnosno da postupaju neplanirano i situaciono.

⁴⁰ Videti odluku Gž2 189/12, Apelacionog suda u Beogradu, od 01.03.2012, koji nabroja uzrast deteta, školske obaveze, radne obaveze roditelja, nepostojanje adekvatne komunikacije između roditelja i saradnje, potrebu utvrđivanja dinamike viđanja koja treba da se poštuje od oba roditelja, kvalitete odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi, učešće roditelja u rastu i razvoju deteta u cilju uspostavljanja bolje emotivne relacije i stvaranje uslova za duži samostalan boravak za vreme raspusta i dr., dostupno na: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/porodicno-pravo/gz2-189-12.html>, 20.11.2013.

⁴¹ Alinčić i sur, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2001, Narodne novine, sit. prema Pećnik, Sarić, *Zaštita najboljeg interesa deteta u postupku razvoda braka roditelja*, s. 2, dostupno na:

Konačno, u ova razmatranja moraju se uključiti konvencijska prava dece, posebno pravo deteta na participaciju, uz prethodno pravo na informisanje, što, takođe, dodatno komplikuje poziciju suda u primeni istražnog načela. Naime, sudovi imaju, s obzirom na pravo participacije, dvostruku, ako ne i višestruku ulogu. Oni su u situaciji, kada je reč o deci do određenog, nacionalnim pravom utvrđenog uzrasta,⁴² da procenjuju i da li je dete sposobno da izrazi svoje mišljenje, ali i da samo mišljenje, ako je dete sposobno da ga izrazi, procenjuju sa aspekta onoga što jeste najbolji interes deteta. U situacijama kada je reč o deci preko određenog uzrasta, koja imaju pravo da izraze svoje mišljenje, ostaje im ovaj drugi zadatak. Drugi zadatak znači i dovođenje stava deteta u interakciju sa svim drugim faktorima utvrđivanja najboljeg interesa, upoređenje svih sa aspekta važnosti i međusobnih uticaja, a sve to podrazumeva otkrivanje relevantnih činjenica (za svaki faktor pojedinačno) i, naravno, najčešće i dokazivanje takvih činjenica.

Skoro da se može zaključiti da je misija sudova ako ne nemoguća, onda svakako teško ostvariva.

4. Problemi utvrđenja najboljeg interesa i primenom istražnog načela

Mada je niz problema već pomenut, spisak nije i konačan. Nešto konkretnije gledano, može se prepoznati i:

a) (Ne)sposobnost suda da prepozna faktore od kojih zavisi odluka o tome šta je najbolji interes in concreto - Bez obzira da li postoji ili ne lista faktora, ona nikada, prvo, nije i konačna, i drugo, relevancija faktora varira od slučaja do slučaja. To sudu stavlja u zadatak složen problem odabira što, opet, podrazumeva prethodna znanja suda o porodičnim prilikama, odnosima, emocionalnim vezama i drugim relevantnim činjenicama, a on ih, uglavnom, nema, ili nema dovoljno. Pred njim je tužba za razvod braka, poništaj braka, sporazum o vršenju roditeljskog prava, koji ne daju dovoljno informacija. Stoga se sud najčešće kreće "u zatvorenom krugu" iz koga izlazi poveravajući stručnim telima ocenu praktično svih faktora, odnosno tražeći od njega mišljenje kom roditelju dete treba da se poveri, dakle odluku, i bezrezervno usvajajući takvo mišljenje. Pri tome se, čini se, mešaju uloga suda i stručnog tela od koga se zahteva mišljenje - nije stručno telo to koje ima obavezu da odredi relevanciju faktora.

b) Prevelika diskreciona prava suda u odabiru faktora relevantnih in concreto, bez obzira na postojanje liste. Da bi utvrđivao relevantne činjenice sud mora prethodno da odredi faktore najboljeg interesa relevantne u toj pravnoj

[⁴² Videti za RS, PZ RS, čl. 65., odnosno postavljena je granica sa 10 navršениh godina života.](http://www.google.rs/search?hl=sr&source=hp&q=utvrđivanje+najboljeg+interesa+deteta+u+sudskim+postupcima&gbv=2&oq=utvrđivanje+najboljeg+interesa+deteta+u+sudskim+postupcima&gs_l=heirloom-hp.3...16016.36610.0.37766.61.10.0.51.8.0.297.1252.0;3;3.6.0...0...1ac.1.24.heirloom-hp..48.13.1236.c4Xn6sbsGDg, 02.09.2013.</p></div><div data-bbox=)

stvari, krajnje individualnim pristupom.⁴³ Faktori su brojni, i nenabrojivi, uz to nisu zakonski rangirani uporednopravno. Da li sudovi imaju dovoljno stručnih znanja za prepoznavanje, selekciju, da li su "posebna znanja iz oblasti prava deteta"⁴⁴ dovoljna?

v) Različitosť faktora za utvrđivanje najboljeg interesa uslovljava i različitosť metoda kojima se dolazi do saznanja o činjenicama relevantnim za svaki pojedinačno. Za pretežan broj, već je konstatovano, sudovi nemaju neophodna stručna znanja da bi mogli sami i neposredno da ih utvrđuju. Uloga sudova, u okviru istražne maksime obuhvata pored odabira relevantnih faktora i angažovanje, po službenoj dužnosti, stručnih organa, u okviru zakonskih mogućnosti. Oni, pak, treba da utvrde sve relevantne činjenice za svaki od faktora, odnosno, da izvrše procenu stanja primenom naučnih saznanja i iskustava. U literaturi se, međutim, u vezi stručnih ekspertiza ukazuje na problem, čak "iluziju"⁴⁵ o vrednosti stručnih, posebno psiholoških ekspertiza u sporovima o staranju o deci. Prednosti angažovanja stručnih timova su, naravno, nesporne,⁴⁶ a sud nema ni alternativu. No, dešava se da "stručna" lica nemaju dovoljno znanja potrebnih za proveru verodostojnosti svojih zaključaka (oni samo utvrđuju činjenice primenom odabranih naučnih metoda, koje, takođe, ne moraju biti i jedine i najbolje), niti za povezivanje rezultata odabranih naučnih metoda koje su koristili sa kvalitativnim pokazateljima najboljeg interesa, za ocenu važnosti svakog od pokazatelja, a posebno za međusobno upoređenje različitih faktora najboljeg interesa. Stoga su njihove preporuke o podobnosti jednog od roditelja (najboljem interesu), kojima, kako je već rečeno sudovi poklanjaju veru i na osnovu toga odlučuju (pominje se proces "delegiranja funkcije suda stručnjacima za mentalno zdravlje"),⁴⁷ često problematične.⁴⁸

Dodatni problem, u uslovima ekonomski nerazvijenih država u tranziciji, svakako je i kadrovski potencijal centara za socijalno staranje, organa starateljstva i dr. kojima se ove ekspertize poveravaju, edukovanost, koja zavisi od kvaliteta obrazovnog sistema, kao i permanentne edukacije i niz sličnih faktora.

⁴³ Videti više o ovome i UNHCR Guidelines on Formal Determination of the Best Interests of the Child, May 2006, dostupno na: [⁴⁴ Videti čl. 35/4. Zakona o parničnom postupku RS, Sl. glasnik RS, br. 72/2011.](http://www.google.rs/search?hl=sr&source=hp&q=unhcr+guidelines+on+formal+determination+of+the+best+interests+of+the+child+may+2006&gbv=2&oq=UNHCR+guidelines+on+formal+&gs_l=heirloom-hp.1.1.0i22i30i2.2219.38579.0.42594.88.38.0.7.7.2.453.5689.2-10j6j2.18.0...0...1ac.1.24.heirloom-hp..67.21.4673._AqoWaQz0Fw, 20.11.2013, str. 30. o izboru najprimenljivije solucije i pravog vremena za to.</p></div><div data-bbox=)

⁴⁵ Scott; Emery, *op. cit.*, str. 35. i dalje.

⁴⁶ Govori se o prednostima u edukacionom smislu, prilici koju imaju stručni timovi za interakciju sa porodicama u okruženju koje je pogodnije za pribavljanje informacija i stručnosti za dijagnostifikovanje mentalnih oboljenja na osnovu uočenog ponašanja, Scott, Elizabeth S. and Emery, Robert E., *op. cit.*, str. 38.

⁴⁷ *Ibidem*, str., 35, 36.

⁴⁸ *Ibidem*,

Takođe, nejasna je i procesna pozicije stručnih organa ili tela kojima se sud obraća.⁴⁹ U pogledu pravne kvalifikacije ove uloge u sudskim postupcima u literaturi izdvajamo stav da je reč o "pomoćnim (istražnim) telima suda", čiji je položaj najbliži "specifičnom veštaku"⁵⁰ koji na osnovu posebnih stručnih znanja daje mišljenje o tome sa kojim roditeljem dete treba da živi, odnosno o roditeljskom staranju.⁵¹ Ali, govori se i o "učesnicima sui generis" u interesu deteta.⁵² Pitanje je da li je njegovo mišljenje obavezno za sud!?! Regulativa odgovara da nije, time što izričito ne usvaja stav da jeste, ali je dopuna i to da sud ne sme u celini prepustiti zadatak stručnim telima, već i sam, po istražnom načelu, treba da sazna činjene o relevantnim faktorima i da ih dokazuje. Inače se postupci o deci svode na rad stručnih organa, a ne sudski postupak.⁵³ Nalaz je nešto što sud mora prihvatiti jer sam nema stručnih znanja da do njega dođe. Ali ako je stručno telo učesnik sui generis u interesu deteta, sud mora verovati i njegovom nalazu i mišljenju jer je poseban zadatak ovih tela da se u najvećoj meri brinu o deci. No, ni ovakva obaveza suda ne proističe iz regulative. Ako ovaj nalaz i stručno mišljenje, pak, moraju sadržati sve elemente procene najboljeg interesa,⁵⁴ kako prihvata praksa, onda su zamenjene uloga suda i stručnog tela, pa pri ovakvom stanju regulative ne čudi da je na delu ovakva zamena i da se odluke praktično zasnivaju isključivo na proceni stručnih timova.

Pomenuta nejasna procesna pozicija vodi nedefinisanim stavu zakonodavstva o tome kakva je posledica povrede zakonskog pravila o njihovom angažovanju sa aspekta sudske procedure i odluke koja je donesena. Ako sud ima "dužnost" angažovanja, a to, npr., sledi iz odredbe čl. 270. PZ RS,⁵⁵ za jedan broj posebnih parničnih postupaka, dakle mora pribaviti njihov nalaz i mišljenje, onda propustom sud vrši povredu procesne norme,⁵⁶ ali se prepoznaje i problem nepotpunog utvrđenja činjeničnog stanja.

⁴⁹ Tako se, npr., Opštim protokolom za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja, koji je donela Vlada RS 2005, str. 2., dostupno na: <http://www.minrzs.gov.rs/doc/porodica/zlostavljanje/Opsti%20protokol%20zlostavljanje%20i%20zanemarivanje%20deca.pdf>, 20.11.2013., kao glavne prepreke za efikasniju zaštitu dece prepoznaju nedovoljno jasni koraci u procesu zaštite deteta kao i nejasne uloge među učesnicima u tom procesu.

⁵⁰ U ovom smislu izjašnjava se i Delibašić, Z., *Prava deteta u sporu za zaštitu prava deteta i u sporu za vršenje odnosno lišenje roditeljskog prava*, str. 6., dostupno na: http://www.google.rs/search?hl=sr&source=hp&q=sudske+odluke+o+najboljem+interesu+deteta+u+sr+biji&gbv=2&oq=sudske+odluke+o+najboljem+interesu+deteta+u+sr+biji&gs_l=heirloomhp.12...2391.15891.0.17937.52.15.0.31.1.1.672.2627.23j1j2j1.7.0....0...1ac.1.24.heirloomhp.46.6.1706.1d4g4_U1fwE, 20.11.2013.

⁵¹ Scott; Emery, *op. cit.*, 35, 36.

⁵² Poznić; Rakić-Vodinić, *op. cit.*, str. 105.

⁵³ U PZ RS nailazimo, tako, u odredbama o sporu za zaštitu od nasilja u porodici (čl. 284.), da organ starateljstva i pokreće postupak, a njegovi timovi, ili pojedinci treba sudu da daju i nalaz i mišljenje o faktorima najboljeg interesa, što procesnoppravno može biti problematično.

⁵⁴ Videti Delibašić, *op. cit.*, str. 6.

⁵⁵ Prema odredbi čl. 270. PZ RS, sud je "dužan da zatraži nalaz i stručno mišljenje od organa starateljstva, porodičnog savetovališta ili druge ustanove specijalizovane za posredovanje u porodičnim odnosima.

⁵⁶ Triva; Dika, *op. cit.*, str. 248., međutim, nedvosmisleno govore o apsolutnoj povredi odredaba parničnog postupka samo u slučaju kada sud nije omogućio raspravljanje ovim organima, a u

g) Problem suda u prikupljanju dokaza po službenoj dužnosti - "Dokazi o najboljem interesu prikriveni (su) u privatnosti obiteljskog života te se sudovi suočavaju sa značajnim (često nepremostivim) poteškoćama u dobivanju točne informacije o funkcionisanju obitelji";⁵⁷

d) Isti problem, međutim, imaju i specijalizovani timovi, službe ili stručnjaci, ali se on jednim delom svakako prevazilazi različitim tipovima psiholoških ekspertiza koje im stoje na raspolaganju kao naučni instrumentarij, uz činjenicu da im se ostavlja neophodno (da li dovoljno?) vreme da u okruženju koje je pogodnije od sudnice prikupljaju informacije;⁵⁸

đ) Heterogenost faktora procene najboljeg interesa uslovljava teškoće, često nemogućnost, upoređivanja, određivanja težine, značaja ili vrednosti svakog od njih u odnosu jednih prema drugima;⁵⁹

e) Problem proverljivosti dokaza koje iznose stranke,⁶⁰ pre svih roditelji, a to je obaveza suda. Svaki roditelj, na osnovu prethodnog zajedničkog života, zna kakvog je kvaliteta odnos deteta i drugog roditelja - koliko pažnje mu poklanja ili kakav je njihov emocionalni odnos, npr., ali, većina, ili svaki, tvrdi suprotno stvarnom stanju. Uz to "i najiskrenija uvjerenja o interakcijama i odnosima mogu se radikalno razlikovati", iskazi se svode na "rekla-kazala", a postoji i problem "uvjerljivosti predočavanja tih informacija sudu".⁶¹ Ni angažovanje stručnjaka ovde nije od pomoći s obzirom na kratko vreme u kome bi oni morali obaviti posmatranje, istraživanje, a pomenute relacije i odnosi nastaju, razvijaju se, neguju u dugom periodu vremena. Tek kada postoji "ekstremna nezainteresovanost", egzaktnost utvrđenja je obezbeđena. Tako, npr., upozorenja organa starateljstva na nedostatke u vršenju roditeljskog prava⁶² mogu uputiti na nezainteresovanost, ali i druge faktore koji vode nepodobnosti jednog, ili oba roditelja.

U ovom kontekstu otvara se i rigidniji problem - problem nasilja u porodici i njegovog uticaja na odluku o poveravanju, a u kontekstu najboljeg interesa deteta. Pitanje je, naravno, da li svako nasilje jednog roditelja prema detetu, drugom roditelju ili drugom članu porodice istovremeno znači i njegovu diskvalifikaciju kao lica kome se dete poverava na staranje? Nacrt Zakona o pravima deteta RS pominje kao jedan od faktora i "potrebu osiguranja bezbednosti deteta", što svakako podrazumeva relevanciju porodičnog nasilja. Kategorička, prima facie, diskreditacija nasilnika nije redak slučaj u

procesnoj su ulozi "stranke po dužnosti", umešača sui generis ili zakonskog zastupnika sui generis, a ne i kod pomoćnog (istražnog) organa, specifičnog veštaka.

⁵⁷ Scott; Emery, *op. cit.*, str. 4.

⁵⁸ Takvi su, svakako, "klinički" intervjui roditelja i dece, posmatranje interakcija roditelj-dete, psihološka testiranja oba roditelja i dece, pregled medicinske i psihološke dokumentacije, kontakti sa učiteljima i drugim stručnjacima povezanim sa porodicom, Scott; Emery, *op. cit.*, str. 38.

⁵⁹ *Ibidem*, str. 11.

⁶⁰ Mada time izlazimo iz zadate teme primene istražnog načela, stranke su svakako te koje i imaju pravo, bolje je reći procesni teret, iznošenja činjenica i predlaganja dokaza i u porodičnopravnim sporovima, pa i u odnosu na zahtev za staranje o deci.

⁶¹ Scott; Emery, *op. cit.*, str. 11.

⁶² Videti odredbu čl. 80/2. t.1. PZ RS

zakonodavstvima.⁶³ U teoriji se ovo razume kao "stvaranje načela unutar šireg standarda najboljeg interesa".⁶⁴ No, teškoća nastaje u situacijama kada nasilje nije prijavljivano, odnosno kada nisu izricane mere zaštite,⁶⁵ pa nasilje treba dokazati, a akti po pravilu nisu javni, posebno seksualno ili psihičko.⁶⁶ Tada istražna ovlašćenja predstavljaju nesumnjivu pomoć sudu. Specifične su, opet, situacije nasilja kao izolovane pojave, npr., usled stresa uslovljenog razvodom, kao i obostrana fizička agresija ili psihička agresija. Pomenuta pretpostavka ovde nije od pomoći, a ovakvo nasilje mora se ceniti u sklopu svih drugih faktora.

Ipak, uključivanje porodičnog nasilja neophodno je, i to kao visoko rangirani faktor, ako ne i preovlađujući kada o tome postoje nesumnjivi dokazi - odluka, izrečena mera ili drugi, do kojih sud dolazi primenom svojih inkvizitorskih ovlašćenja. No, osima ekstremnih situacija koje zahtevaju medicinsku ili pomoć psihijataru, ili dečjih i drugih psihologa, ili izrečenih mera, nema egzaktnih, pouzdanih načina dokazivanja, pa se sve svodi na izjave aktera ovakvih porodičnih situacija, a one su nepouzdana i teško proverljive. Sud se ipak preko svojih istražnih ovlašćenja mora do kraja angažovati koristeći dostupna dokazna sredstva (svedoke?), ali i zahtevati pomoć timova stručnjaka koji bi, npr., nastojali da otkriju moguće psihičke traume jednog roditelja, ili i njega i deteta koje upućuju na postojanje zlostavljanja. Ovo je jedna od situacija u kojima se u RS, npr., organ starateljstva angažuje od strane suda preko davanja stručnog mišljenja.⁶⁷

5. Zaključak

Prihvatanje inkvizitorskih ovlašćenja suda u postupcima iz porodičnopravnih odnosa nije nesporna garantija utvrđivanja najboljeg interesa deteta. Naime, kao što se i generalno gledano, "utvrđivanje" istine u građanskim sudskim postupcima svodi na "težnju za istinom", odnosno formuliše kao "načelo traženja istine",⁶⁸ tako se jedino može govoriti i o težnji da se utvrdi najbolji interes deteta u sudskim postupcima.

Brojna su, veoma značajna i teško otklonjiva ograničenja njegovom utvrđenju sa visokom merom izvesnosti. Ona, pre svega, potiču od brojnosti (ad infinitum) i kvalitativne heterogenosti primenljivih faktora, što, opet, uslovljava da su teško međusobno uporedivi i merljivi. Nedostatak bilo kog kriterijuma po kome bi se vršio odabir faktora, nedostatak bilo kakvih "predznanja" suda o

⁶³ Više od polovine američkih saveznih država trenutno poznaje osporivu zakonsku pretpostavku kojom se roditelj koji je izvršio porodično nasilje stavlja u nepovoljniji položaj, diskredituje, videti Analizu "*Child Custody and Domestic Violence By State*", American Bar Association, 2/2008, dostupno na: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/domviol/docs/Custody_authcheckdam.pdf. Prema stavu teorije i prakse, ova pretpostavka "uspešno nadilazi druga razmatranja o najboljem interesu", ⁶³ Scott; Emery, *op. cit.*, str. 23, 24.

⁶⁴ Scott; Emery, *op. cit.*, str. 25, posebno literatura u napomeni br. 114.

⁶⁵ Videti čl. 198. PZ RS

⁶⁶ Scott; Emery, *op. cit.*, str. 26.

⁶⁷ Videti odredbu čl. 270. PZ RS

⁶⁸ Triva; Dika, *op. cit.*, str. 158-173.

porodičnim prilikama generalno, zatim, činjenica da sudovi nemaju neophodna stručna znanja niti adekvatne mehanizme saznanja relevantnih faktora, ali i činjenica za svaki pojedinačno, uslovljava da sud procenu najboljeg interesa poverava stecijalizovanim telima. Odluku donosi na osnovu njihovog nalaza i mišljenja i time se zadatak suda, primenom istražne maksime, svodi samo na angažovanje nadležnih tela, po službenoj dužnosti. To vodi potpunoj, neopravdanoj, zameni uloga.

**INVESTIGATION PRINCIPLE IN FAMILY DISPUTES AS AN
EXPRESSION OF THE BEST INTERESTS OF CHILD
(THE BEST INTERESTS OF THE CHILD - STRIVING FOR
TRUTH OR DUTY)**

Summary: The acceptance of number of the inquisitorial authority of the court in the proceedings in domain of family law is not a certain guarantee that the court will decide in the best interest of the child. Namely, as generally considered, since determining the truth in civil law cases turns to "striving for truth", that is, as it has been formulated, to "the principle of seeking truth", in this way we can only speak about "striving" for what is in the best interest of the child in court proceedings.

There are restrictions in determining this principle with certainty, which are significant and rather difficult to eliminate. They are, before all, the result of numerous and quality heterogeneous factors which are, therefore mutually difficult to compare and measure. Thus, the absence of any criterion for choosing these factors, the lack of any knowledge by court related to family circumstances in general, as well as the fact that the courts have no professional expertise or adequate mechanisms to obtain the information on relevant factors and the facts for each particular case, makes the court delegate the assessment of the best interest of the child to specialized bodies. Then, it passes a decision on the bases of their opinion and findings, which simply turns the court, according to this maxima, to a body whose only task is to engage these specialized bodies as its official duty. This leads to a complete and unjustifiable change of roles.

Key words: inquisitorial authority; the best interests of the child; facts; argumentation; psychiatric analysis

PRIMJENA STANDARDA "NAJBOLJI INTERES DJETETA" U STARATELJSKOJ ZAŠTITI DJECE BEZ RODITELJSKOG STARANJA (PRAVNI OKVIR I PRAKSA)

Starateljska zaštita djece bez roditeljskog staranja se aktualizira u slučajevima taksativno navedenim u odredbama porodičnog zakonodavstva i zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite u Bosni i Hercegovini. Pravnom analizom tih odredaba očigledno je da se starateljstvo nad maloljetnicima primjenjuje kao jedan od oblika zaštite djece bez roditeljskog staranja, te da je primjena standarda "najbolji interes djeteta" u kontekstu zaštite djece bez roditeljskog staranja samo djelimično zastupljena. U radu se ukazuje na nedostatna zakonodavna rješenja u pogledu primjene pomenutog standarda, na praksu izostajanja adekvatnih oblika zaštite djece bez roditeljskog staranja te potrebu poštivanja pojedinih prava djeteta shodno UN Konvenciji o pravima djeteta i drugim relevantnim dokumentima u zaštiti djece bez roditeljskog staranja.

Ključne riječi: dijete bez roditeljskog staranja, starateljska zaštita i drugi oblici zaštite, standard najbolji interes djeteta

1. Uvod

Primjena standarda "najbolji interes djeteta" u starateljskoj zaštiti djece bez roditeljskog staranja očigledna je iz odredaba porodičnog zakonodavstva kao i zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite u Bosni i Hercegovini. Odredbama pomenutih propisa djeci bez roditeljskog staranja osigurana je zamjenska zaštita/alternativna briga, koja se manifestira donošenjem odluka o oblicima zaštite/mjerama brige izvan vlastite porodice. S tim u vezi, jedno od najvažnijih pitanja je odabir odgovarajućeg oblika zaštite, odnosno smještaja djeteta izvan biološke porodice, gdje osobito dolazi do izražaja primjena pomenutog standarda. Redosljed opcija za smještaj djece bez roditeljskog staranja te naglasak da ova djeca imaju pravo na posebnu zaštitu i pomoć države proizlaze iz Konvencije o pravima djeteta (čl.20)¹ upućuju na obavezu poštivanja prava

¹ Konvenciju o pravima djeteta Bosna i Hercegovina je preuzela u svoj pravni poredak u skladu sa Ustavom BiH (Aneks I, Dodatni sporazum o ljudskim pravima). Konvenciju je ratificirala 1993. godine, što je potvrđeno Općim okvirnim sporazumom za mir u BiH, odnosno Aneksom 4, član II, tačka / u kojoj se navodi da će BiH ostati ili postati potpisnica međunarodnih sporazuma navedenih u Aneksu Ustava BiH. Kao takva ona je obavezujući pravni dokument i praktično čini dio pravnog sistema Bosne i Hercegovine.

U tom smislu Konvencija propisuje da dijete kojemu je privremeno ili trajno uskraćena porodična sredina, ili koje zbog svoje dobrobiti u njoj ne smije ostati, ima pravo na posebnu zaštitu i pomoć države.

Države potpisnice će u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom takvom djetetu osigurati zamjensku zaštitu.

djeteta na život u porodici, prava na neposredne kontakte i odnose sa roditeljima, prava na mišljenje djeteta i druga lična prava djeteta na temelju kojih se može cijeniti primjena standarda "najbolji interes djeteta".

Normativno gledano, ona je prepoznatljiva u relevantnim propisima nacionalnog zakonodavstva, ali je u pojedinim segmentima nedovoljno zastupljena. Što se tiče prakse, primjena ovog standarda je vrlo upitna jer djeca sve više stižu status djece bez roditeljskog staranja za života roditelja a ostvarivanje dječjih prava najčešće bude uslovljeno siromaštvom i političkom odnosno administrativnom strukturom države.

2. Najbolji interes djeteta - pravni okvir

U skladu sa odredbama Konvencije o pravima djeteta nacionalnim zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini (porodičnopravno zakonodavstvo i zakonodavstvo u oblasti socijalne zaštite) djeci kojoj je privremeno ili trajno uskraćena porodična sredina osigurana je zamjenska zaštita. Kako se Konvencija temelji na četiri osnovna principa (pravo djece da ne budu diskriminirana, da najbolji interesi djeteta moraju uvijek biti na prvom mjestu, da djeca imaju pravo na život, opstanak i razvoj, te da imaju pravo da se njihovo mišljenje čuje) koji su okvir za tumačenje svih drugih prava djeteta, a posebno djece bez roditeljskog staranja, primjena standarda "najbolji interes djeteta" je očigledna u sljedećem:

2.1. Porodično zakonodavstvo u BiH normira, taksativno navodeći, okolnosti sa čijim nastupanjem nastaje obaveza donošenja odluke o stavljanju pod starateljstvo maloljetne osobe². Svaki, Zakonom navedeni razlog, upućuje na činjenicu, da baš tada, dijete ostaje nezbrinuto, da je bez zaštite koju mu pružaju roditelji i da ta zaštita mora, što prije, biti nadomještena. To je jasno, kako u kontekstu pravnih tako i u kontekstu faktičkih razloga i iz čega se vidi da

Takva zaštita može, *inter alia*, uključivati smještaj kod hranitelja, *kafalu* po islamskom zakonu, usvojenje ili, po potrebi, smještaj u odgovarajuće ustanove za brigu o djeci. Pri donošenju rješenja naročita pažnja mora se posvetiti osiguranju kontinuiteta u djetetovu odgoju, kao i njegovu etničkom, vjerskom kulturnom ili jezičnom porijeklu. (čl.20)

² Ovim putem se, zapravo, djeci bez roditeljskog staranja obezbjeđuje zamjenska zaštita/alternativna briga, koja se realizira donošenjem odluke o obliku zaštite/mjeri brige izvan biološke porodice. Taj oblik zaštite je starateljstvo nad maloljetnim osobama koji je normiran odredbama porodičnog zakonodavstva u BiH (čl. 186. PZ FBiH; čl. 201. PZ RS; čl. 167. PZ Brčko Distrikta BiH) i kojim se osigurava staranje djeci u slučaju da roditelji nad njima ne ostvaruju roditeljsko staranje. Sva tri spomenuta zakona taksativno navode, izričito propisujući, razloge za stavljanje pod starateljstvo maloljetne osobe. Okolnosti sa čijim nastupanjem će uslijediti stavljanje pod starateljstvo maloljetne osobe tiču se određenih razloga na strani roditelja djeteta i mogu biti faktičke ili pravne prirode. Razlozi faktičke prirode su: smrt roditelja, nestali roditelji, nepoznati roditelji, nepoznato boravište roditelja duže od tri mjeseca te okolnost da roditelji koji su odsutni, spriječeni ili nesposobni redovno se starati o svom djetetu, nisu povjerali njegovo čuvanje i odgoj osobi za koju je organ starateljstva utvrdio da ispunjava uslove za staratelja. Razlozi pravne prirode su: oduzeto pravo na vršenje roditeljskog staranja, roditeljima oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost, roditelji još nisu stekli poslovnu sposobnost. U tom smislu Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać, A. *Obiteljsko pravo*, Zagreb: Narodne novine, 2007. str. 405; Traljić, N., Bubić, S., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008. str. 270-272;

je u najboljem interesu djeteta da dijete bude stavljeno pod starateljstvo. Preciziranje ovih okolnosti, posebno je vidljivo, u slučaju djeteta "čiji su roditelji odsutni, spriječeni ili nesposobni redovno se starati o svom djetetu", jer je Zakonom naglašeno da će dijete biti stavljeno pod starateljstvo "tek onda kada roditelji nisu povjerali njegovo čuvanje i odgoj osobi za koje je organ starateljstva utvrdio da ispunjava uslove za staraoca," što upućuje da je ovakvo zakonsko rješenje u najboljem interesu djeteta. Rukovodeći se ovim principom, a kada ne postoje mogućnosti da se roditelji ili samo jedan, staraju o djetetu, zakonodavac je normirao i mogućnost privremenog povjeravanja čuvanja i odgoja djeteta ustanovi ili osobi koja ispunjava uslove za staraoca, gdje se u kontekstu odlučivanja o roditeljskom staranju stvara prilika za stavljanje djeteta pod starateljstvo³.

Činjenica da je riječ o privremenom povjeravanju djeteta, povjeravanju samo jednog segmenta vršenja roditeljskog staranja (čuvanja i odgoja) drugoj osobi ili ustanovi, zatim uvjetovanost ovog povjeravanja osobi koja ispunjava uslove za staraoca, zatim, da je donošenje i provođenje ove odluke uslovljeno pristankom roditelja, da odluka bez ovog pristanka, u slučajevima izričito normiranim Zakonom, važi najduže dva mjeseca, zatim da je donošenje odluke moguće samo na zahtjev jednog ili oba roditelja ili po službenoj dužnosti od strane organa starateljstva i na koncu, da tek po isteku roka na koji je određen smještaj i kada je sasvim jasno da roditelji ne mogu preuzeti brigu o djetetu, dijete može biti stavljeno pod starateljstvo.

Ovakvo zakonodavno rješenje upućuje na dosljedno poštivanje standarda "najbolji interes djeteta" jer se upravo ovdje "otvara" mogućnost starateljske zaštite djeteta čiji su roditelji odsutni, spriječeni ili nesposobni starati se o djetetu, a čuvanje i odgoj nisu povjerali osobi koja ispunjava uslove za staraoca (čl.147.st.2 PZFBiH). Dakle, u kontekstu odlučivanja o roditeljskom staranju, u precizno navedenim okolnostima, starateljska zaštita djeteta je pokazatelj primjene standarda "najbolji interes djeteta".

U ovakvim situacijama, a njih je sve više, starateljska zaštita djece se "otvara" za života njihovih roditelja. Odgovornosti, dužnosti i prava ovakvih roditelja nemaju za cilj zaštitu ličnih i imovinskih prava i interesa djeteta. Ti roditelji svojim ponašanjem ne doprinose zaštiti najboljeg interesa djeteta. Tako djeca stiču status djeteta bez odgovarajućeg roditeljskog staranja i vremenom "prerastaju" u djecu bez roditeljskog staranja, kada im se mora osigurati starateljska zaštita, odnosno odgovarajući oblik zaštite predviđen relevantnim zakonskim odredbama u skladu sa pravom djeteta na pomoć i zaštitu, kako to proizlazi iz Konvencije o pravima djeteta (čl.20).

U kontekstu dužnosti staraoca maloljetnog štíćenika porodično zakonodavstvo u BiH apostrofira da je staraoc dužan kao roditelj starati se o njegovoj ličnosti – posebno o zdravlju, obrazovanju i osposobljavanju za samostalan život, te tako, zapravo, promovira najbolji interes djeteta i sprovodi u djelo obavezu države da uvažava prava djeteta, koje je od strane državnog

³ Radi se o izuzetnim okolnostima kada roditelji djeteta i organ starateljstva mogu odlučiti o povjeravanju čuvanja i odgoja djeteta drugoj osobi ili ustanovi u skladu sa čl. 147 PZ FBiH.

organa zbrinuto radi zaštite i brige o njemu. U ovom smislu, zaštita se obezbjeđuje i davanjem odobrenja centra za socijalni rad za donošenje odluka koje se tiču obrazovanja šticećenika (čl.189 PZ FBiH).

Posebno važan segment zaštite o ličnosti maloljetnog šticećenika odnosi se na obavezu staraoca o staranju o smještaju maloljetnog šticećenika. Naime, odluku o smještaju donosi organ starateljstva. Primjenjujući standard "najbolji interes djeteta", rukovodeći se onim što je za dobrobit djeteta – imajući u vidu načelo individualizacije u zaštiti djeteta bez roditeljskog staranja, organ starateljstva će čuvanje i odgoj djeteta bez roditeljskog staranja povjeriti staraocu, drugoj osobi ili ustanovi (čl. 187 st. 1). Dijete može biti "dvostruko" zaštićeno i nikada ne može ostati bez potrebne zaštite ukoliko bi druga osoba ili ustanova prestala izvršavati dužnost čuvanja šticećenika (čl.187.st. 4). Dakle, primjena standarda "najbolji interes djeteta" u starateljskoj zaštiti djece bez roditeljskog staranja dolazi do posebnog izražaja u odlučivanju o povjeravju šticećenika na odgoj i čuvanje. Nakon što dijete bude stavljeno pod starateljstvo, organ starateljstva će odlučiti o načinu vršenja starateljstva - posredno ili neposredno, a potom donosi odluku o povjeravanju čuvanja i odgoja djeteta – kao jednog segmenta starateljske zaštite djece bez roditeljskog staranja. U svakom konkretnom slučaju odluka će zavistiti od okolnosti usljed kojih je dijete steklo status djeteta bez roditeljskog staranja pa će i oblik zaštite biti primjeren tome.

Postupanje u najboljem interesu djeteta proizlazi i iz staraočeve dužnosti zastupanja šticećenika i činjenice da je u zastupanju samostalnost staraoca ograničena dobijanjem odobrenja od strane organa starateljstva i to u tačno navedenim okolnostima (čl.188).

Pored navedenog, važno je naglasiti da je porodičnim zakonodavstvom istaknuto pravo djeteta na mišljenje, odnosno pravo da bude konsultovano u vezi sa odlukama koje se tiču djeteta i njegove zaštite (čl. 171.), što je također očit pokazatelj primjene ovog standarda.

2. 2. U kontekstu odredaba zakonodavstva u oblasti socijalne zaštite⁴ primjena pomenutog standarda vidljiva je iz pojmovnog određenja djeteta bez roditeljskog staranja. Zakonodavac ovo dijete smatra korisnikom socijalne zaštite i normira da je to "dijete bez oba roditelja, nepoznatih roditelja, napušteno od roditelja, roditelja lišenih roditeljskog prava i roditelja spriječenih da vrše roditeljsku dužnost" (čl.13. st.1), precizno određujući razloge koji dijete mogu dovesti u status djeteta bez roditeljskog staranja, što je svakako dobra praksa. Ovim putem se eliminiira aproksimativna procjena statusa djeteta i oblici zaštite se prilagođavaju razlozima navedenim u postojećem pravnom okviru. Isto tako, zakonodavstvo u ovoj oblasti određuje prava korisnika socijalne zaštite

⁴ Oblast socijalne zaštite u BiH uređena je u Zakonima Federacije BiH, Republike Srpske i Distrikta Brčko BiH, s tim da FBiH ovu oblast uređuje i kantonalnim zakonodavstvom. Vidjeti: Zakon o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom, Službene novine FBiH, br. 36/99, 54/99,39/06, i 14/09; Zakon o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom, Službene novine Kantona Sarajevo, br. 16/02, 8/03, 2/06,21/06 i 17/10

unutar kojih djeca bez roditeljskog staranja mogu ostvariti pravo na smještaj u drugu porodicu (čl.31) i pravo na smještaj u ustanovu socijalne zaštite (čl. 41) pored ostalih prava predviđenih ovim Zakonom. Također, zakonodavac naglašava da se "socijalna zaštita djeteta, u skladu sa odredbama Konvencije o pravima djeteta, ostvaruje u najboljem interesu djeteta" (čl. 11 st. 4.). Analizom ostalih odredaba ovog zakonodavstva nisu očigledni pokazatelji koji upućuju da je regulacija zbrinjavanja djece bez roditeljskog staranja usklađena sa odredbama porodičnog zakonodavstva, sa odredbama Konvencije o pravima djeteta, a još manje sa drugim relevantnim dokumentima u ovoj oblasti – kao što su Smjernice za alternativno zbrinjavanje djece, Preporuka UN Komiteta za prava djeteta i Standardi za brigu o djeci bez roditeljskog staranja (Q4) u Evropi. U tom smislu, očigledna je manjkava primjena standarda "najbolji interes djeteta", jer iz važećeg pravnog okvira nije vidljivo da nadležne institucije, prije svega centri za socijalni rad i druge ustanove socijalne zaštite, prilikom odlučivanja o obliku zaštite djece bez roditeljskog staranja, poštuju ona prava djeteta koja su ključna u procjeni najboljeg interesa djeteta. Tu prije svega mislim na: pravo na poštovanje porodičnog života; pravo ne neposredne kontakte i odnose sa roditeljima; pravo na mišljenje djeteta koje uključuje "bukvalnu" participaciju djeteta u smislu da bude konsultovano u vezi sa odlukama koje se odnose na samo dijete⁵.

Evropski sud za ljudska prava je, uzimajući u obzir društvene i zakonodavne promjene u zemljama potpisnicama Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, pojam porodičnog života proširio van okvira formalnih odnosa, odnosno pojma porodičnog života *de iure*, tako da je pojam porodičnog života, u smislu čl. 8 Evropske konvencije, zapravo, porodični život *de facto*. Stoga, danas, pojam porodičnog života obuhvata ne samo roditeljsko staranje, već i starateljsku zaštitu i usvojenje⁶. Dalje, pravo djeteta na kontakte u starateljskog zaštiti, bilo sa roditeljima, starateljima ili drugim srodnicima, pomenutim zakonima nije uopšte predviđeno ili je nedovoljno naglašeno kada je riječ o djetetu bez roditeljskog staranja. Biološka porodica mora biti uključena u dječji život kad god je to moguće. U zakonima nije predviđena dužnost staraoca da obezbijedi uslove za posjete djeci koja su obuhvaćena npr. institucionalnom zaštitom. Za postavljanje staratelja nije potreban pristanak djeteta, kod smještaja djeteta u drugu porodicu, samo dijete starije od 15 godina života daje pristanak (čl. 36 Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom u FBiH), a mlađa djeca ne. U kontekstu usvojenja, samo

⁵ Komitet za prava djeteta u Zaključnim zapažanjima Kombinovanog drugog, trećeg i četvrtog Periodičnog izvještaja Bosne i Hercegovine, usvojenim na 61. sjednici Komiteta (17. septembra-5. oktobra 2012. godine), naglašava da nema stvarne primjene prava djeteta da izraze svoje stavove u odlukama koje se tiče njih samih, uključujući i postupke pred nadležnim upravnim i sudskim organima; u vezi s tim Komitet preporučuje da se preduzmu mjere za jačanje prava djeteta da bude saslušano u skladu sa čl. 12 Konvencije. Dalje, Komitet preporučuje preduzimanje "mjera radi osiguranja efikasne primjene zakonodavstva kojim se priznaju prava djece da izraze svoje stavove u pravnim postupcima koji se odnose na njih".
<http://www.mhrr.gov.ba/pdf.-preuzeto> 15.12.2013.

⁶ http://ljudskaprava.ba/pravo-na-zastitu-privatnog-zivota-08/#_ftn31, preuzeto 22.12.2013.

djeca starija od 10 godina trebaju dati svoj pristanak da budu nepotpuno usvojena (čl.103 stav 2. Porodičnog zakona FBiH).

3. Najbolji interes djeteta-praksa

Pomenuta prava djeteta, uzimajući u obzir i sva druga prava djeteta koja su normirana odredbama Konvencije⁷ i relevantnim odredbama nacionalnog zakonodavstva, u kontekstu zaštite djece bez roditeljskog staranja, najbolje ilustruju primjenu i poštivanje standarda "najbolji interes djeteta". Analiziramo li ih shodno praksi u starateljskoj zaštiti i brojnim statističkim pokazateljima i izvještajima različitih vladinih i nevladinih institucija,⁸ indikativno je da su najbrojnija djeca bez roditeljskog staranja kojima su roditelji živi (djeca napuštena od roditelja; djeca roditelja spriječenih da obavljaju roditeljsku dužnost; djeca roditelja kojima je oduzeto pravo na vršenje roditeljskog staranja) što upućuje na činjenicu da se nedovoljno primjenjuju preventivne mjere radi zaštite ličnih prava djeteta koje su predviđene odredbama porodičnog zakonodavstva kako djeca ne bi stekla status djece bez roditeljskog staranja.

⁷ Ovdje prije svih se misli na prava djeteta koja su priznata u Konvenciji i prava normirana u Porodičnim zakonima u BiH, kao što su pravo djeteta da živi sa roditeljima /pravo djeteta na odrastanje u vlastitoj porodici, pravo na održavanje ličnih odnosa sa roditeljima, pravo na životni standard koji odgovara fizičkom, mentalnom, duhovnom, moralnom i društvenom razvitku, pravo na sigurnost i odgoj, pravo na poštivanje porodičnog života i druga relevantna prava djeteta.

⁸ Pored Statističkog biltena Federalnog zavoda za statistiku evidencija JU "Kantonalni centar za socijalni rad" u Sarajevu u radu su korišteni različiti dokumenti, studije i analize koje su usvojene od strane nadležnih institucija, kao što su: "Politika zaštite djece bez roditeljskog staranja i porodica pod rizikom od razdvajanja u FBiH 2006-2016" (Vlada FBiH, 2008.), "Situaciona analiza zaštite djece bez roditeljskog staranja u FBiH i implementacija dokumenta Politike zaštite djece bez roditeljskog staranja i porodica pod rizikom od razdvajanja u FBiH 2006-2016", (Vlada FBiH,2010.), "Politika za unapređenje ranog rasta i razvoja djece u FBiH", (Vlada FBiH, 2011.). Također, kako je posljednjih godina, u organizaciji UNICEF-a BiH, te jednog broja stranih i domaćih nevladinih organizacija koje se bave zaštitom djece bez roditeljskog staranja, provedeno više istraživanja i analiza iz ove oblasti i one su bile izvor podataka za ovaj rad .

Tabela br. 1: Djeca bez roditeljskog staranja na području FBiH u odnosu na spol i dob (2012.)

KATEGORIJE DJECE	STAROST					
	UKUPNO			ISPOD 7 GODINA		
	SVEGA	MUŠKI	ŽENSKI	SVEGA	MUŠKI	ŽENSKI
Djeca bez oba roditelja	598	303	295	88	48	40
Djeca nepoznatih roditelja	22	13	9	2	1	1
Djeca napuštena od roditelja	581	303	278	138	66	72
Djeca roditelja spriječenih da obavljaju roditeljsku dužnost	606	367	239	173	116	57
Djeca roditelja lišenih roditeljskih prava	62	31	31	18	8	10
UKUPNO	1869	1017	852	419	239	180

Izvor: Federalni zavod za statistiku (bilten br.183, 2013:18)⁹.

Isto tako, praksa u zbrinjavanju djece bez roditeljskog staranja shodno oblicima zaštite/smještaja djeteta, odnosno mjerama brige izvan vlastite porodice¹⁰ ukazuje da se djeca prečesto i olako izdvajaju iz porodice te da je stalno prisutan trend institucionalnog zbrinjavanja. Očigledno je da se ne poduzimaju dovoljne mjere za afirmaciju onih oblika zaštite kojima bi se osigurala porodična zaštita djeteta izvan vlastite porodice, koja u najvećoj mjeri odgovara njegovim individualnim potrebama. Tako, smještaj u drugu porodicu, starateljstvo i usvojenje nisu najzastupljeniji oblici zaštite, pa se odabir odgovarajućeg oblika zaštite svodi na smještaj u ustanove za brigu o djeci, čime se direktno krši pravo djeteta na život u porodici.

⁹ Podaci prezentirani u tabeli br. 1 su preuzeti iz Federalnog zavoda za statistiku (Statistički bilten br.183:18) iz 2013. godine i nalaze se u nomenklaturi pod kategorijom "ugroženi porodičnom situacijom". Pored ovog broja djece bez roditeljskog staranja, broj djece ugrožene porodičnom situacijom bio je:

- Djeca roditelja koji nemaju dovoljno prihoda za izdržavanje 23. 355;
- Djeca koju roditelji zanemaruju ili zlostavljaju 1.687;
- Djeca čiji je razvoj ometen porodičnim prilikama 4. 865
- Odgojno zanemarena i zapuštena djeca 3. 062.

¹⁰ Osnovni oblici porodičnopravne i socijalne zaštite djece bez roditeljskog staranja su porodična zaštita i instiucionalna zaštita. Institucionalna zaštita djece bez roditeljskog staranje je zbrinjavanje djece u ustanovama socijalne zaštite (domovima), a porodična zaštita obuhvata starateljstvo, usvojenje i smještaj u drugu porodicu, kako to proizlazi iz odredaba relevantnog zakonodavstva u Federaciji BiH.

Tabela br.2: Broj djece bez roditeljskog staranja u Kantonu Sarajevo u odnosu na oblik zaštite i novčane naknade drugoj porodici u 2011. godini

R b r	SLUŽBA SOCIJALNE ZAŠTITE OPĆINE:	DJECA BEZ RODITELJS KOG STARANJA (ukupan broj)	Oblici zaštite				
			Smještaj u drugu porodicu				
			Bez nov.nak nade	Sa nov. naknad om	Ukup no	Smješte na u dom	Starateljs tvo
1.	NOVI GRAD	109	22	13	35	74	72
2.	NOVO SARAJEVO	33	9	7	16	17	30
3.	CENTAR	42	10	4	14	28	37
4.	STARI GRAD	30	/	4	4	26	18
5.	ILIDŽA S ODJELJ. TRNOVO	34	4	8	12	22	28
6.	HADŽIĆI	18	4	6	10	8	18
7.	VOGOŠĆA	21	9	2	11	10	16
8.	ILIJAS	23	6	2	8	15	12
9.	UKUPNO	310	64	46	110	200	231

Izvor: JU Kantonalni centar za socijalni rad Sarajevo

Analiziramo li praksu u dijelu koji se odnosi na vaninstitucionalne/porodične oblike zaštite djeteta izvan vlastite porodice uočićemo da starateljstvo, kao temeljni/primarni oblika zaštite svakog djeteta bez roditeljskog staranja, nije uvijek zastupljeno. Ukupnom broju ove djece, ne odgovara broj djece koja su stavljena pod starateljstvo. Ovakvo postupanje organa starateljstva nije u najboljem interesu djeteta. Porodičnim zakonodavstvom su vrlo precizno određeni razlozi za stavljanje pod starateljstvo i sasvim je jasno da će se pod starateljstvo staviti djeca koje nemaju roditelje ali i djeca čiji su roditelji živi, a iz određenih razloga ne ostvaruju roditeljsko staranje. Očigledno je da se djeca čiji su roditelji odsutni, spriječeni ili nesposobni redovno se starati o svojoj djeci, ne stavljaju pod starateljstvo, uprkos činjenici da njihovi roditelji nisu povjerali čuvanje i odgoj svoje djece osobi za koju je organ starateljstvo utvrdio da ispunjava uslove za staraoca (čl. 186 stav 4.). Nedostajuća zaštita, umjesto da bude nadomještena putem starateljstva kao najvažnijeg i prvog oblika zaštite o djeci bez roditeljskog staranja, u praksi se najčešće nadomješta smještajem djeteta u ustanove. Ovim putem se djetetu, kojem je privremeno, (ali sigurno duže od dva mjeseca)¹¹ ili

¹¹Smještaj djeteta i povjerenje njegovog čuvanja i odgoja drugoj osobi ili ustanovi su postupci u nadležnosti centra za socijalni rad i odnose se na nepostojanje mogućnosti da roditelji izvršavaju sve sadržaje roditeljskog staranja. Riječ je o privremenom povjerenju i samo ako je to u interesu djeteta. Može se donijeti uz pristanak i bez pristanka roditelja a ukoliko je smještaj određen bez pristanka roditelja, ne može trajati duže od dva mjeseca. Ako i nakon isteka roka na koji je

možda trajno uskraćena vlastita porodična sredina, njegovo pravo na posebnu zaštitu i pomoć države, iscrpljuje samo kroz smještaj u odgovarajuću ustanovu za brigu o djeci, a da se pri tom zanemari da je to posljednja opcija u zamjenskoj zaštiti djece bez roditeljskog staranja i da takva zaštita nema nikakvog kontinuiteta u brizi o odgoju djeteta, o čemu je naglašeno u Konvenciji o pravima djeteta (čl. 20).¹² Propuštajući staviti dijete pod starateljstvo onda kada je evidentno da roditelji ne ostvaruju roditeljsko staranje jer su dijete napustili, odsutni su ili spriječeni a nisu samoinicijativno riješili pitanje brige o svojoj djeci u skladu sa Zakonom, organ starateljstva, zapravo, propušta osigurati oblik zaštite koji je neizostavan i "provjereno" u najboljem interesu djeteta. Njime se, kako to iz Zakona proizlazi stvaraju realne pretpostavke za određivanje nekih drugih oblika društvene zaštite djeteta, koji mogu biti određeni kasnije u toku trajanja starateljstva, ako se ocijene adekvatnijim i korisnijim za dijete bez roditeljskog staranja.¹³ Takvi adekvatniji i korisniji oblici zaštite mogu biti smještaj u drugu porodicu, usvojenje i smještaj u odgovarajuću ustanovu za brigu o djeci, kojima djeca bez roditeljskog staranja budu praktično zaštićena, a da prethodno nisu stavljena pod starateljstvo.¹⁴ Ovakvi propusti u praksi zaštite djece bez roditeljskog staranja imaju za posljedicu da dijete nema imenovanog staratelja jer nije stavljeno pod starateljstvo, a ima roditelje koji se *de facto* ne staraju o djetetu. Čuvanje i odgoj djeteta budu povjereni odgovarajućoj ustanovi za brigu o djeci. Tako se zamjenska zaštita ostvaruje uglavnom kroz institucionalnu zaštitu kojom se narušava zaštita svih prava djeteta, a osobito pravo na odrastanje u porodičnom okruženju, pravo djeteta da živi sa roditeljima i pravo roditelja da žive sa djetetom, pravo na održavanje ličnih odnosa i neposrednih kontakata, pravo na mišljenje djeteta, principi politike dječje socijalnog staranja i standardi kvalitete u oblasti brige o djeci bez roditeljskog staranja.

Ostvarivanje prava djeteta bez roditeljskog staranja u kontekstu smještaja djeteta u drugu porodicu, u praksi je uslovljeno političkom, odnosno

odreden smještaj, roditelji ne mogu preuzeti staranje o djetetu, centar će donijeti odluku o stavljanju djeteta pod starateljstvo (čl. 147 PZFBiH).

¹² Hessle, S. (1998): *Family Continuity, Closenes and Affirmation as Principles of Child Welfare Policy – Reflections Based on Internacional Discourse During the 20th Century*, in: Social Work with Children under Post-War Conditions, Experiences from the Federation of Bosnia and Herzegovina, Department of Social Work, Faculty of Political Science, Sarajevo University, Department of Social Work, Stockholm University, str. 21-37.

¹³U tom smislu, Traljić; Bubić, *op.cit.*, str. 269

¹⁴ Zato u statističkim pokazateljima, pokazateljima iz Izvještaja Ministarstva za rad, socijalnu politiku, raseljena lica i izbjeglice o primjeni Zakona o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom u 2011. godini u Kantonu Sarajevo i tabelarnim pregledima poslova određenih Porodičnim zakonom FBiH koji su u nadležnosti opštinskih službi socijalne zaštite (općine: Novi Grad, Novo Sarajevo, Stari Grad, Ilidža, Hadžići, Vogošća i Ilijaš) JU "Kantonalni centar za socijalni rad" u Sarajevu u toku 2011. godine, broju djece bez roditeljskog staranja ne odgovara broj djece stavljene pod starateljstvo. Taj broj je znatno manji od ukupnog broja djece koja su de facto djeca bez roditeljskog staranja i među njima je najviše djece kojima su roditelji živi a djecu su napustili, odsutni su ili spriječeni da vrše roditeljsko staranje a nisu se pobrinuli za svoju djecu.

administrativnom strukturom države.¹⁵ Budući da nema jedinstvenog sistema socijalne zaštite i jedinstvenog zakonodavstva na nivou Bosne i Hercegovine niti na nivou entiteta FBiH, evidentna je diskriminacija ove djece. Tako u pojedinim kantonima ovaj oblik zaštite se minimalno koristi jer se uopšte ne finansira ili se neredovno finansira. Zbog toga, druge porodice ne žele primiti djecu na smještaj i djeca onda budu smještena u odgovarajuće ustanove gdje su troškovi smještaja znatno viši od troškova za finansiranje smještaja u drugu porodicu.¹⁶ Kako nema zakonskih pretpostavki za ostvarivanje jedinstvene finansijske podrške djeci bez roditeljskog staranja na porodičnom smještaju, niti je Zakonom predviđena mogućnost različitih vidova smještaja u drugu porodicu, jasno je da primjena standarda "najbolji interes djeteta" nije u fokusu zaštite djece bez roditeljskog staranja.

Što se tiče usvojenja kao najboljeg oblika zaštite djece bez roditeljskog staranja, najmanje djece bude usvojeno jer roditelji ne daju pristanak na usvojenje djece, a u praksi organa starateljstva nema primjera usvojenja bez pristanka roditelja djeteta, koje normira porodično zakonodavstvo u FBiH.¹⁷

¹⁵ Problemi u implementaciji socijalne zaštite između ostalog se manifestiraju i u podijeljenog nadležnosti između više različitih nivoa vlasti (posebno u FBiH), gdje entitetsko zakonodavstvo propisuje nivo socijalne zaštite a niži nivoi vlasti su obavezni da osiguraju sredstva za njenu realizaciju; velike regionalne i ekonomske razlike uz izostanak primjene principa solidarnosti. Veliki broj kantona i općina nije u mogućnosti osigurati potrebni nivo socijalne zaštite, što dovodi do neravnopravnosti korisnika uzrokanih mjestom življenja i padom kvaliteta usluga u razvijenim sredinama; neostvarivanje Zakonom utvrđenih prava iz socijalne zaštite (npr. u Kantonu Sarajevo – sva prava, u Mostaru ili Goraždu samo dio prava; otežano ostvarivanje socijalne zaštite što je izraženo i u kontekstu prava djeteta na smještaj u drugu porodicu

¹⁶ Vidjeti pokazatelje prezentirane u "Situaciona analiza zaštite djece bez roditeljskog staranja u FBiH i implementacija dokumenta Politike zaštite djece bez roditeljskog staranja i porodica pod rizikom od razdvajanja u FBiH 2006-2016 (Vlada FBiH:2010). Tako na primjer, prema podacima datim u ovom dokumentu u Kantonu Sarajevo, naknada na ime smještaja djeteta u drugu porodicu u 2009. godini iznosila je 476KM, u Unsko Sanskom kantonu 200 KM, Tuzlanskom Kantonu 440, Bosansko Podrinjskom kantonu 269,5 KM, Zeničko Dobojskom 146 KM itd.

¹⁷ Zakonom predviđeni slučajevi kad za usvojenje nije potreban pristanak roditelja: kome je oduzeto roditeljsko staranje; koji ne živi s djetetom, a tri mjeseca je u većoj mjeri zapustio staranje o djetetu; koji je maloljetan, a nije u stanju shvatiti značenje usvojenja; kome je ograničena ili oduzeta poslovna sposobnost; kome je boravište nepoznato najmanje šest mjeseci, a u tom periodu se ne brine za dijete (čl.99)

Tabela br. 3: Broj usvojene djece bez roditeljskog staranja na području FBiH u odnosu na kantone (2005-2009)

KANTONI:	2005.	2006.	2007.	2008.	2009.
UNSKO-SANSKI	9	14	7	7	4
POSAVSKI	2	2	0	0	0
TUZLANSKI	9	10	8	2	8
ZENIČKO-DOBOJSKI	5	3	5	9	6
BOSANSKO-PODRINJSKI	0	0	0	0	1
SREDNJOBOSANSKI	0	1	0	4	7
HERCEGOVAČKO-NERETVANSKI	0	0	0	0	0
ZAPADNOHERCEGOVAČKI KANTON	0	0	0	0	0
KANTON SARAJEVO	13	5	13	11	13
KANTON 10	0	0	0	0	0
UKUPNO	38	35	33	33	39

Izvor: Vlada FBiH (2010:31).

Shodno navedenim pokazateljima primjena standarda "najbolji interes djeteta" u praksi zamjenske zaštite/alternativne brige djece bez roditeljskog staranja nije u smislu zahtjeva koji proizlaze iz Konvencije o pravima djeteta. Ne poštuje se redosljed opcija za smještaj ove djece, a odabir odgovarajućeg oblika zaštite svodi se na smještaj u odgovarajuće institucije. Ovaj oblik zaštite je najmanje prihvatljiv oblik njihovog zbrinjavanja jer se djeca, u pravilu, smještaju u ustanove koje zbrinjavaju veliki broj djece (stotinu i više); većina djece je predškolske dobi, (posebno mlađe od tri odnosno pet godina života); sve je više djece koje se smještaju u institucije zbog socio-ekonomskih problema/siromaštva u porodici i individualizacija u zaštiti djeteta bez roditeljskog staranja ne dolazi do izražaja.

Kako onda primijeniti ovaj standard?

Znano je da država u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom djetetu treba osigurati pravo na posebnu zaštitu i pomoć, koje zapravo, podrazumijeva zamjensku zaštitu. Ali u našim okolnostima, postojeći pravni okvir nije dovoljan. Sve sredine u našoj zemlji ne posjeduju kapacitete koji bi bili zadovoljeni u primjeni ovog standarda. Entitetski i lokalni organi vlasti bi morali poduzimati napore kako bi osigurali adekvatne resurse za, s jedne strane, osposobljavanje stručnjaka koji će biti odgovorni za primjenu standarda najbolji interes djeteta i s druge strane za afirmaciju i stvarnu primjenu vaninstitucionalnih oblika zbrinjavanja djece bez roditeljskog staranja. Ovo je jako važan segment, jer svakom djetetu se mora prići individualno, nema generaliziranja, odluka mora biti primjerena konkretnoj osobi, okolnostima, društvenom kontekstu koja će ukuljučiti, pored pravnog okvira, i kulturološke, običajne, religijske i druge faktore. Mislim da ne treba naglašavati da procjenu treba izvršiti u najkraćem roku, temeljito i sa mnogo obzira uvažavajući naprijed navedene činjenice.

Što se tiče se planiranja zaštite, njenog trajanja i kriterijuma u primjeni standarda najbolji interes djeteta, oni se moraju zasnivati prije svega na prirodi i kvaliteti odnosa djeteta sa njegovom porodicom, te sposobnosti porodice da štiti interes i razvoj djeteta, potrebi zadržavanja djeteta u njegovoj zajednici i prirodnom okruženju, potrebi i želji djeteta da se osjeća dijelom porodice. Ovo tim više, jer djeca stiču status djeteta bez roditeljskog staranja za života roditelja. U ovom kontekstu poštivanje pojedinih prava djeteta i standarda Kvaliteta za djecu bez roditeljskog staranja (čiji je cilj da obezbijede i poboljšaju uslove i razvoj djece i mladih bez roditeljskog staranja u cijeloj Evropi) postaju jedini kriterijumi za primjenjivost principa-najbolji interes djeteta. Efektivnu primjenu poželjno je ostvariti na nivou lokalne zajednice, u postojećim uslovima gdje se poznaju lokalni nositelji sistema brige i zaštite djece i gdje se mogu kreirati specifične usluge koje će doprinijeti ostvarivanju najboljeg interesa djeteta.

Nažalost, ostvarivanje dječjih prava najčešće je uslovljeno siromaštvom, nezaposlenošću, političkim uređenjem, neobrazovanošću, ali i činjenicom da djeca nisu prioritet. Slijedom ovoga i standard najbolji interes djeteta i njegova primjena u kontekstu starateljske zaštite djece bez roditeljskog staranja – nalazi se nisko na listi prioriteta onih koji odlučuju i raspoređuju sredstva u budžetima. Da nije tako, ne bi toliki broj djece bio obuhvaćen institucionalnom zaštitom, već bi se ta sredstava raspoređivala cjelishodnije, odnosno u najboljem interesu djeteta. Istina, pravni okvir u ovom smislu nije do kraja izgrađen, ali ni postojeći nije prepreka za efikasniju zaštitu prava djece a time i primjenu standarda "najbolji interes djeteta".

4. Rezime

Postojeći pravni okvir u Bosni i Hercegovini (porodično i zakonodavstvo u oblasti socijalne zaštite) uvažava standard "najbolji interes djeteta" u ostvarivanju prava djeteta na posebnu zaštitu i pomoć države. Relevantnim zakonskim odredbama djetetu bez roditeljskog staranja je osigurana zamjenska zaštita/alternativna briga, razlozi za takvu zaštitu su zakonom normirani, taksativno su navedeni i jasno je kada djetetu može biti pružen oblik zaštite/mjera brige izvan biološke porodice.

Primjena ovog standarda u praksi je vrlo upitna jer djeca sve više stiču status djece bez roditeljskog staranja za života roditelja i ostvarivanje dječjih prava najčešće je uslovljeno siromaštvom, nezaposlenošću, neobrazovanošću, ali i činjenicom da djeca nisu prioritet u smislu ostvarivanja načela zaštite porodice i djece. Slijedom ovoga i standard najbolji interes djeteta i njegova primjena nalazi se nisko na listi prioriteta onih koji odlučuju i raspoređuju sredstva u budžetima. Tako veliki broj djece pravo na zaštitu i pomoć države ostvare putem institucionalnog zbrinjavanja koji je najskuplji oblik društvene pomoći. Slijedom takve prakse očigledno je nepoštivanje prava djeteta na život u porodičnom okruženju, prava na neposredne kontakte i odnose sa roditeljima, prava na mišljenje djeteta i druga lična prava na temelju kojih se može cijeniti primjena standarda "najbolji interes djeteta. djeteta".

THE APPLICATION OF THE STANDARD "BEST INTERESTS OF THE CHILD" IN GUARDIANSHIP'S PROTECTION OF THE CHILDREN WITHOUT PARENTAL CARE (LEGAL FRAMEWORK AND PRACTICE)

Summary: The existing legal framework in Bosnia and Herzegovina (family laws and legislation in the field of social protection) respects the standard of "best interests of the child" in the realization of child's right to special protection and assistance of the state. Relevant legal regulations safeguard substitution/alternative care for a child without parental care. Moreover, laws stipulate (legal) reasons for such protection and it is explicitly clear when a child may be given a form of protection outside its biological family.

Practical application of this standard is highly questionable since a) children increasingly acquire the status of children without parental care despite the fact that they have (biological) parents and b) the realization of children's rights is usually conditioned by poverty, unemployment, lack of education as well as by the fact that children are not a priority in terms of realizing the principle of protection of families and children. Having that in mind, it is clear why the standard of "best interests of the child" and its use is of low priority for those who make decisions and allocate funds in the budget. Thus, a large number of children realize the right to protection and assistance of the state through institutional care, which is the most expensive form of social help/assistance. The ultimate consequence of such an approach is obvious disregard for the rights of the child to life in family environment, the right to direct contacts and relationships with parents, the rights of the child's opinion and other personal rights on the basis of which one can value the application of the standard "best interests of the child".

Key words: child without parental care, guardianship's protection and other forms of protection, standard the best interests of the child

IZVRŠENJE RADI PREDAJE DJETETA

Autorica u radu analizira zakonske odredbe o izvršenju radi predaje djeteta koje su propisane u porodičnom i izvršnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. U skladu s najboljim interesom djeteta, kao jedne od najvažnijih i najosjetljivijih društvenih skupina, autorica ističe kritičke opservacije na važeća zakonska rješenja ovog delikatnog sredstva izvršenja i predlaže odgovarajuća rješenja *de lege ferenda*.

Ključne riječi: najbolji interes djeteta, izvršni postupak, sudski izvršioци, organ starateljstva

1. Uvodna razmatranja

Izvršni postupak (*engl. execution procedure, enforcement procedure, njem. Exekutionsverfahren, zwangsvollstreckungsverfahren, fr. execution forcee*) predstavlja niz pravno reguliranih i funkcionalno koordiniranih radnji suda, stranaka¹ i drugih subjekata toga postupka koje imaju za cilj prinudno ostvarenje potraživanja tražioca izvršenja.²

Pružanje zaštite povrijeđenim ili ugroženim subjektivnim građanskim pravima putem izvršnog postupka dolazi do izražaja u onom slučaju kada je u jednom prethodnom kognicijskom postupku (parničnom, krivičnom, upravnom itd.) na nesumnjiv način kvalificiranom ispravom utvrđeno određeno potraživanje, a dužnik (izvršenik) ne želi da dobrovoljno postupi prema nalogu sadržanom u izvršnoj, odnosno vjerodostojnoj ispravi. U tom slučaju, država koja je zabranila samovlasno ostvarivanje prava, ima zadatak kroz izvršni postupak prinudnim putem ostvariti obećanu pravnu zaštitu, odnosno tražilac izvršenja treba zahtijevati od izvršnog suda da provede postupak izvršenja, tj. da prinudnim putem faktično stanje dovede u skladu sa pravnim.³

¹ Stranke u izvršnom postupku su: tražilac izvršenja i izvršenik. Prema čl. 2. Zakona o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine FBiH, broj 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09 – u daljem tekstu: ZIPFBiH) tražilac izvršenja je osoba koja je pokrenula postupak radi izvršenja nekog potraživanja, te lice u čiju je korist taj postupak pokrenut po službenoj dužnosti, a izvršenik je osoba protiv koje se potraživanje ostvaruje. Izvršenje se određuje i na prijedlog i u korist osobe koja u izvršnoj ispravi nije označena kao tražilac izvršenja ako ona javnom ili ovjerenom privatnom ispravom dokaže da je potraživanje na nju preneseno ili da je na nju na drugi način prešlo. Izvršenje se određuje i protiv treće osobe koja u izvršnoj ispravi nije označena kao izvršenik ako tražilac izvršenja javnom ili prema zakonu ovjerenom privatnom ispravom dokaže da je ta osoba na zakonit način preuzela dug iz izvršne isprave ili je taj dug prema zakonu obavezna da izmiri (ZIPFBiH, čl. 30).

² Tako: Triva, S., Belajec, V., Dika, M., *Sudsko izvršno pravo, Opći dio*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1984, str. 6.

³ Detaljnije: Stanković G., "Predmet izvršnog postupka", *Pravni život*, broj 12/2004, str. 5.

Značaj izvršnog postupka manifestira se u činjenici da se na taj način obezbjeđuje ustavnost i zakonitost, te funkcionisanje pravnog sistema u najširem smislu. Neefikasan i spor izvršni postupak doprinosi pojedinačnom nezadovoljstvu zbog nemogućnosti realizacije i zaštite određenog prava, a u širem smislu dovodi do opšte krize pravnog sistema zbog njegove neefikasnosti i nefunkcioniranja, tako da je neophodno da se postupak izvršenja na osnovu izvršnih⁴, odnosno vjerodostojnih isprava⁵ sprovede najbrže i najjednostavnije.⁶

S obzirom na prirodu izvršnog potraživanja, postoje dva načina provođenja izvršenja: izvršenje radi naplate novčanog potraživanja i izvršenje radi ostvarenja nenovčanog potraživanja.

Izvršenje radi predaje djeteta je sredstvo izvršenja radi ostvarenja nenovčanog potraživanja tražioca izvršenja.⁷ Ako je pravosnažnom sudskom odlukom o razvodu braka (ili odlukom donesenom u drugim slučajevima) određeno da se dijete preda roditelju ili drugoj osobi ili organizaciji kojoj je dijete povjereno na čuvanje i vaspitanje, i da je to u njegovom najboljem interesu, tada je izuzetno važno da takva odluka bude i promptno provedena. Ako roditelj ili druga osoba koja je sudskom odlukom obavezna predati dijete ne izvrši tu obavezu dobrovoljno, moguće je provesti postupak izvršenja radi prisilne predaje djeteta.⁸ Kod provođenja ovog izvršenja u praksi često dolazi do

Postupati (*procedere*) znači kontinuirano ići naprijed, napredovati, nastavljati započeti posao, pristupati realiziranju nekog zadatka. Tako i termin postupak (*processus, procedure, procedura*) znači način vođenja nekog posla, napredak. Vidi: Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, sedmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 4.

⁴ Prema čl. 23. st. 1. ZIPFBiH-a izvršne isprave su: izvršna odluka sudova i izvršno sudsko poravnanje; izvršna odluka donesena u upravnom postupku i poravnanje u upravnom postupku ako glasi na ispunjenje novčane obaveze, ukoliko zakonom nije drukčije određeno; izvršna notarska isprava i druga isprava koja je zakonom određena kao izvršna isprava. Pod prednje navedenim izvršnim ispravama, smatra se svaka takva isprava donesena u Bosni i Hercegovini (ZIPFBiH, čl. 23. st. 2).

⁵ Prema čl. 29. st. 2. ZIPFBiH-a vjerodostojne isprave su: mjenica i ček s protestom i povratnim računom ako su potrebni za zasnivanje potraživanja i računi ili izvodi iz poslovnih knjiga za cijenu komunalnih usluga isporuke vode, toplotne energije i odvoz smeća.

⁶ Šarkić, N., *Građanski izvršni postupak, Komentar Zakona o izvršnom postupku sa sudskom praksom i obrascima*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2005, str. 16.

⁷ Prema odredbama ZIPFBiH-a radi ostvarenja nenovčanog potraživanja tražioca izvršenja, kao sredstva izvršenja određena su: sudski penali; izvršenje radi predaje i isporuke pokretnih stvari; izvršenje radi ispražnjenja i predaje nepokretne stvari; izvršenje radi ostvarenja potraživanja na radnju, trpljenje ili nečinjenje; izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad, odnosno službu; izvršenje diobom stvari i ostvarenje potraživanja na davanje izjave volje i upisivanje u javne registre. U odredbama Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske pored prednje nabrojanih, kao sredstvo izvršenja predviđeno je i izvršenje radi predaje djeteta, što predstavlja najznačajniju razliku između odredaba zakona o izvršnom postupku dvaju entiteta u Bosni i Hercegovini.

⁸ U literaturi se ističe da naziv ovog sredstva izvršenja (predaja djeteta) terminološki ne odgovara situacijama koje se dešavaju u praksi. Naime, termin "predaja djeteta" upućuje na radnju koja se dobrovoljno izvršava, a u praksi se izvršenje oduzimanjem i predajom djeteta redovno ostvaruje primjenom sile, a nerijetko i uz učešće i asistenciju organa unutrašnjih poslova. Iz navedenih razloga, u pravnoj nauci i praksi se ističu mišljenja i zahtjevi da se ovo sredstvo izvršenja, prilikom buduće reforme izvršne procedure nazove "oduzimanje djeteta", jer se ustvari dijete faktički oduzima i predaje drugom roditelju, trećoj osobi ili organizaciji na staranje i vaspitanje. Tako: Palačković, D., *Predaja ili oduzimanje deteta, Novi zakon o izvršnom postupku*, Zbornik radova,

teškoća koje mogu biti posljedica nepovoljnih objektivnih okolnosti konkretnog slučaja, mada su često posljedica dilema o pravilnom načinu postupanja i pripadajućim ovlaštenjima i dužnostima subjekata koji učestvuju u provođenju izvršenja.⁹

U Bosni i Hercegovini odredbe o izvršenju radi predaje djeteta sadržane su u Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine,¹⁰ Zakonu o izvršnom postupku Republike Srpske¹¹ i Zakonu o izvršnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.¹² Vidimo da u Federaciji Bosne i Hercegovine, za razliku od rješenja u Republici Srpskoj i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, odredbe o izvršenju radi predaje djeteta nisu regulirane u okviru ZIPFBiH, zbog toga što je ta oblast uređena u okviru važećeg PZFBiH, kako bi se na jednom mjestu regulirala sva pitanja koja se tiču porodičnih odnosa. Međutim, obzirom da je riječ o odredbama koje obrađuju postupak prinudnog sudskog izvršenja radi predaje djeteta, smatramo da bi ovu oblast trebalo regulirati u okviru odredaba ZIPFBiH, jer je riječ o sistemskom zakonu koji treba da sadrži sve odredbe koje se odnose na sudsko prinudno izvršenje.

Imajući u vidu da su odredbe o izvršenju radi predaje djeteta u zakonima Bosne i Hercegovine obrađene na donekle drugačiji način, u nastavku rada detaljno ćemo analizirati odredbe PZFBiH, te ukazati na drugačija rješenja u ZIPRS i ZIPBDBiH, odnosno dati kritički osvrt na navedena zakonska rješenja.

2. Izvršenje radi predaje djeteta prema odredbama PZFBiH – drugačija rješenja u odredbama ZIPRS/ZIPBDBiH

2. 1. Mjesna nadležnost

Prema čl. 361. st. 1. PZFBiH-a za odlučivanje o prijedlogu za izvršenje radi predaje djeteta roditelju sa kojim će ono živjeti mjesno je nadležan, osim suda koji je opće mjesno nadležan za stranku protiv koje se provodi izvršenje, i sud koji je opće mjesno nadležan za stranku koja zahtijeva izvršenje, te sud na čijem se području dijete zatekne. Sud na čijem području se dijete zatekne po službenoj dužnosti će, ili na zahtjev stranke, preduzeti provođenje izvršenja predajom djeteta (PZFBiH, čl. 361. st. 2).¹³ Sud nadležan za odlučivanje o

Niš, 2001, str. 188. Navedeno prema: Ignjatović, M., "Postupak za predaju deteta", Pravni život, broj 12/2004, str. 191.

⁹Stokić, M., "Neki problemi u provedbi ovrhe radi predaje djeteta", Informator, br. 6158/2013., str. 11.

¹⁰"Službene novine Federacije BiH", broj 35/05, 41/05 (u daljem tekstu PZFBiH).

¹¹"Službeni glasnik Republike Srpske, broj 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 (u daljem tekstu ZIPRS).

¹²"Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH", broj 8/00, 1/01, 5/02 i 8/03 (u daljem tekstu ZIPBDBiH).

¹³ U literaturi se ističe da po logici stvari za provođenje prinudne predaje djeteta može biti nadležan samo onaj sud na čijoj se teritoriji dijete zatekne. Međutim, nije jasno zašto zakonodavac insistira na mjesnoj nadležnosti ovog suda u svakom slučaju, npr. kod izvršne radnje izricanja novčane kazne kao sredstva prinude na predaju djeteta. Ističe se da bi se ova situacija mogla prevazići jedino na način da se izvršenje novčane kazne, pa tako i mjesna nadležnost suda za

prijedlogu za izvršenje, može odlučiti da se preduzimanje određenih radnji radi predaje djeteta roditelju sa kojim će živjeti povjeri sudu koji nije nadležan za provođenje izvršenja (PZFBiH, čl. 361. st. 3).

U odnosu na prednja zakonska rješenja, odredba čl. 226. st. 1. ZIPRS-a koja se odnosi na mjesnu nadležnost suda, proširena je utoliko što propisuje da će nadležan sud odlučivati o predaji djeteta ne samo roditelju sa kojim će dijete živjeti, nego i drugoj osobi, odnosno organizaciji kojoj je dijete povjereno na staranje i vaspitanje, što je svakao potpunije i preciznije rješenje jer se prema odredbama PZFBiH-a dijete može povijeriti i ovim licima na odgoj i staranje. U tom smislu, potrebno je *de lege ferenda* dopuniti zakonski tekst koji regulira ovu materiju u Federaciji Bosne i Hercegovine. Razliku između PZFBiH-a i ZIPRS-a se sastoji i u tome što od tri alternativno određene nadležnosti suda za odlučivanje o prijedlogu za izvršenje radi predaje djeteta u PZFBiH-a, odredbe o mjesnoj nadležnosti u ZIPRS-a ne propisuju nadležnost suda koji je opće mjesno nadležan za stranku protiv koje se provodi izvršenje.

Odredbe ZIPBDBiH-a koje se odnose na postupak predaje i oduzimanja djeteta ne propisuju mjesnu nadležnost suda.

Vidimo da je u odredbama PZFBiH-a i ZIPRS-a zakonodavac propisao izboru mjesnu nadležnost suda koji treba da donese odluku o izvršenju radi prinudne predaje djeteta, a sve u cilju jednostavnijeg pokretanja izvršnog postupka. U pogledu mjesne nadležnosti suda koja je određena kao "opšta mjesna nadležnost za stranku koja zahtijeva izvršenje", u literaturi se ističe da je ovakva formulacija neadekvatna i može da izazove niz nedoumica, s obzirom da ista nije definirana u odredbama zakona o parničnog postupka, koji se na osnovu čl. 21. ZIPRS/ZIPFBiH-a supsidijarno primjenjuje u izvršnom postupku, a nije definirana ni u odredbama zakona o izvršnom postupku. Naime, u odredbi čl. 28. ZPPFBiH-a određena je samo "opća mjesna nadležnost za tuženog", pri čemu se u čl. 29. ZPPFBiH definiše i šta se podrazumijeva pod tim pojmom, dok se u odredbama čl. 34. i 36. ZPPFBiH-a spominje "mjesna nadležnost parničnog suda prema prebivalištu, odnosno boravištu tužioca", a ne "opća mjesna nadležnost za tužioca".¹⁴ U tom smislu, a analogno prednje navedenim odredbama čl. 34. i 36. ZPPFBiH-a, smatramo da je *de lege ferenda*, umjesto formulacije "opća mjesna nadležnost za stranku koja zahtijeva izvršenje" jasnije i preciznije propisati "mjesna nadležnost prema prebivalištu, boravištu, odnosno sjedištu tražioca izvršenja".

provođenje tih radnji, vrši shodno primjenom odredbi čl. 207, a u vezi s čl. 209. ZIPFBiH. Vidi: Začiragić, F., *Izvršenje radi ostvarenja nenovčanog potraživanja, te Prijelazne i završne odredbe, rad objavljen u: Daupović, A., Obradović, R., Povlakić, M., Začiragić, F., Živanović, M., Komentar Zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005, str. 666 - 667.* (u daljem tekstu: Začiragić i drugi).

¹⁴ *Ibidem*, str. 667.

2. 2. Postupak provođenja izvršenja

Za razliku od drugih sredstava izvršenja, gdje se prije svega štiti interes tražioca izvršenja čije potraživanje se ostvaruje u izvršnom postupku, zakonodavac je propisao da se prinudno izvršenje odluke o predaji djeteta sprovodi na specifičan način, prvenstveno vodeći računa o potrebi da se u najvećoj mjeri zaštiti interes djeteta (PZFBiH, čl. 365). Prinuda koju treba primijeniti u postupku izvršenja radi predaje djeteta treba biti umjerena i prilagođena okolnostima slučaja, odnosno traumatičan izvršni postupak u kojem se dijete prisilno oduzima od jednog roditelja i predaje drugom, odnosno trećoj osobi ili organizaciji nije u skladu s najboljim interesom djeteta i može prouzrokovati niz negativnih posljedica na psihičko stanje djeteta. Međutim, cijeneći karakteristike svakog slučaja pojedinačno, može se reći da će nekada i takvo prisilno oduzimanje djeteta biti u njegovom interesu, ukoliko bi ostanak kod izvršenika ugrozio njegov fizički ili psihički integritet, odnosno mogućnost njegovog normalnog razvoja. Naime, nemogućnost ili odugovlačenje provođenja izvršenja odluke koju je sud donio u prethodnom postupku, a kojom je utvrđeno s kojim roditeljem je u djetetovom najboljem interesu da živi, prije svega pogada dobit i prava samog djeteta.¹⁵

Prema odredbi čl. 362. st. 1. PZFBiH-a izvršni sud će odrediti i provesti izvršenje radi predaje djeteta na osnovu odluke suda o tome sa kojim će roditeljem dijete živjeti, bez obzira na to je li tom odlukom naložena predaja djeteta. Ako u odluci suda stranci protiv koje se provodi izvršni postupak nije naložena predaja djeteta, ovu naredbu izreći će izvršni sud u rješenju o izvršenju, kojim će naložiti da se dijete preda u roku od 24 sata (PZFBiH, čl. 362. st. 2). Rješenjem o izvršenju može se naložiti predaja djeteta osobi na koju se odnosi izvršna isprava, osobi o čijoj volji zavisi predaja djeteta, i svakoj drugoj osobi kod koje se dijete nalazi u času donošenja rješenja (PZFBiH, čl. 363. st. 1). U rješenju o izvršenju izreći će se da je dijete dužna predati i svaka druga osoba kod koje se dijete zatekne u času provođenja izvršenja (PZFBiH, čl. 363. st. 2).

Prijedlog za izvršenje može podnijeti roditelj sa kojim će dijete živjeti, te organ starateljstva ako se roditelj sa kojim će dijete živjeti ne protivi pokretanju izvršnog postupka (PZFBiH, čl. 364. st. 1. i 2).

Prema čl. 366. PZFBiH-a sud će, nakon što ocijeni sve okolnosti slučaja, odrediti izvršenje oduzimanjem djeteta ili izricanjem i provođenjem novčanih ili zatvorskih kazni protiv osobe koja protivno nalogu suda odbija predati dijete ili preduzima radnje s ciljem njegova skrivanja ili onemogućavanja provođenja

¹⁵ Vidi: Stokić., *op. cit.*, str. 12; Tako i: Začiragić i drugi, *op. cit.*, str. 668.

"Poražavajuća je činjenica da u sukobu koji postoji, po pravilu, između roditelja, interes deteta postaje drugorazredna, ako ne i trećerazredna stvar, o kojoj oni, koji po prirodi stvari treba da najviše vode računa, najmanje brinu o dobrobiti deteta. Vođeni isključivo "ličnim" razlozima, kao što su netrpeljivost, sujeta, mržnja, pa čak i osveta bračnih partnera promašenog braka ili zbog razvedenog braka, supružnici zaboravljaju na činjenicu da takvo njihovo ponašanje može imati nesagledive posljedice po psihu njihove dece. Zbog ovakvih, nažalost, vrlo čestih situacija, javlja se potreba za primenom pravila izvršne procedure". Ignjatović, *op. cit.*, str. 191.

odluke. Ako se svrha izvršenja nije mogla provesti jednim od sredstava izvršenja, sud može odrediti drugo predviđeno sredstvo izvršenja, a može se odrediti i provesti protiv osobe kod koje se dijete nalazi, te osobe od čije volje zavisi predaja djeteta. Prema čl. 367. PZFBiH-a u prijedlogu za izvršenje radi predaje djeteta roditelju sa kojim će živjeti ne mora biti naznačeno sredstvo izvršenja, a ako je naznačeno, sud nije vezan prijedlogom stranaka.

Kada je rješenjem o izvršenju naloženo da se dijete preda u roku od 24 sata, odluka o izvršenju mora se predati stranci od koje treba oduzeti dijete, i to prilikom preduzimanja prve izvršne radnje. Ako ta stranka ne bude prisutna pri oduzimanju djeteta, odluka će joj se dostaviti naknadno (PZFBiH, čl. 368. st. 1). Odsutnost osobe kojoj treba oduzeti dijete ne sprečava provođenje izvršnih radnji. Ako se izvršenje provodi protiv osobe na koju se ne odnosi odluka o izvršenju, toj osobi će se predati rješenje o izvršenju i zapisnik o oduzimanju djeteta. Ako se izvršenje provodi protiv navedene osobe ili osobe koja nije prisutna izvršnim radnjama, te će se radnje provesti u prisustvu dviju punoljetnih osoba (PZFBiH, čl. 368. st. 2., 3. i 4).

Za razliku od navedenih zakonskih rješenja, prema odredbama ZIPRS-a sud će rješenjem o izvršenju izvršeniku ostaviti rok od tri dana od dana dostavljanja rješenja da dobrovoljno preda dijete roditelju ili drugoj osobi, odnosno organizaciji kojoj je dijete povjereno na čuvanje i vaspitanje, pod prijetnjom izvršenja novčane kazne.¹⁶ Ako se postupak izvršenja nije mogao provesti izricanjem i izvršenjem odluke o novčanoj kazni,¹⁷ izvršenje će se provesti oduzimanjem djeteta od osobe kod koje se dijete nalazi i predajom djeteta roditelju, odnosno drugoj osobi ili organizaciji kojoj je dijete povjereno na čuvanje i vaspitanje (ZIPRS, čl. 227. st. 2. i 4). U pravnoj teoriji i praksi ističe se da prednje zakonsko rješenje neće dovesti do efikasnog provođenja postupka izvršenja iz više razloga. Naime, postavlja se pitanje: da li je opravdano propisivanje novog paricionog roka od tri dana za dobrovoljnu predaju djeteta,

¹⁶ Isto rješenje je predviđeno i u čl. 233. st. 1. ZIPBDBiH-a.

¹⁷ Prema čl. 227. st. 2. ZIPRS novčana kazna se izriče i njeno izvršenje provodi prema zakonskim odredbama o izvršenju radnje koju može izvršiti samo izvršenik. Tako prema čl. 209. ZIPRS/ZIPFBiH ako radnju može obaviti samo izvršenik sud će rješenjem o izvršenju izvršeniku odrediti primjeren rok za ispunjenje obaveze. Rješenjem o izvršenju sud će istovremeno zaprijetiti izvršeniku, a i odgovornom licu u izvršeniku pravnom licu da će im izricati novčane kazne u skladu sa čl. 17. ZIPRS/ZIPFBiH ako u određenom roku ne ispuni obavezu. Ako izvršenik u određenom roku ne ispuni obavezu, sud će, na prijedlog tražioca izvršenja, postupiti prema odredbama čl. 17. ZIPRS/ZIPFBiH. Izvršenik koji je ispunio svoju obavezu u predviđenom roku, dužan je bez odlaganja o tome obavijestiti sud i priložiti nesumljive dokaze o tome. (ovjerena pisana izjava tražioca izvršenja o tome da je radnja obavljena, zapisnik sudskog izvršioca o obavljenoj radnji, nalaz i mišljenje sudskog vještaka da je radnja obavljena). U protivnom smatrat će se da radnja nije obavljena. Ako radnja koju može obaviti samo izvršenik ne zavisi isključivo o njegovoj volji (npr. stvaranje određenog umjetničkog djela) tražilac izvršenja nema pravo da od izvršenika traži da u određenom roku ispuni obavezu, već samo nadoknadu štete.

Povezanim tumačenjem odredaba čl. 209. i 17. ZIPRS/ZIPFBiH može se zaključiti da kod izvršenja radi predaje djeteta, izvršni sud u rješenju o izvršenju može samo zaprijetiti izricanjem novčanih kazni u skladu sa čl. 17. ZIPRS/ZIPFBiH, analogno rješenju iz čl. 209. ZIPRS/ZIPFBiH, a da tek naknadno, ako izvršenik ne postupi po nalogu suda, posebnim rješenjem može izreći konkretnu novčanu kaznu. Detaljnije: Začiragić i drugi, *op. cit.*, str. 669.

posebno ako je "originalni" paricioni rok iz izvršne isprave već bezuspješno protekao. Smatra se da novi rok predstavlja nepotrebno gubljenje vremena, a izvršeniku se ostavlja mogućnost da učini sve što može da spriječi predaju djeteta (npr. skrivanje djeteta). Osim toga, u cilju provođenja postupka predaje djeteta izvršni sud naprije mora da odredi izvršenje putem novčanog kažnjavanja izvršenika, pa tek onda izvršenje prisilnim oduzimanjem djeteta, ako se izvršenje nije moglo provesti izricanjem i izvršenjem odluke o novčanoj kazni (ZIPRS, čl. 227. st. 4). Prema čl. 17. ZIPRS/ZIPFBiH maksimalni novčani iznos koji se može izreći fizičkoj osobi je 5000 KM, s tim da se kazna može ponovo izricati ako izvršenik ne postupi po ponovljenom nalogu suda ili nastavi da postupa protivno zabrani. S obzirom da u odredbama ZIPRS-a nije precizno određeno koliko puta sud mora kazniti izvršenika da bi utvrdio da je takav načina kažnjavanja neefikasan,¹⁸ otvara se dilema koje su to situacije u kojima postoji nemogućnost izvršenja putem izricanja i izvršenja odluke o novčanoj kazni (v. čl. 227. st. 4. ZIPRS). Pored toga, opravdano se postavlja pitanje na koji način novčana kazna može utjecati na efikasno provođenje izvršnog postupka radi predaje djeteta, ako je izvršenik u takvoj materijalnoj situaciji (izvršenik nema nikakve imovine ili je ona vrlo mala) da jednostavno ne postoji mogućnost prinudne naplate novčane kazne. Svakako ne treba zanemariti ni činjenicu da je dijete najvrjednije što pojedinac može da ima, tako da bi izvršenje novčane kazne imalo utjecaja na vrlo mali broj izvršenika. U literaturi se ističe da bi sud, u svakom konkretnom slučaju, po službenoj dužnosti trebao utvrditi u kojem momentu treba da odustane od izvršenja putem izricanja novčanih kazni i odredi izvršenje koje se treba provesti prisilnim oduzimanjem djeteta, vodeći računa o najboljem interesu djeteta, pravima tražioca izvršenja, te okončanju izvršnog postupka u realnom vremenu.¹⁹

Postupak izvršenja provode sudski izvršioци u periodu od 7:00 do 19:00 sati (ZIPFBiH, čl. 42. st. 1). U cilju efikasnog provođenja postupka oduzimanja i predaje djeteta, sud može zaključkom odrediti da se izvršenje provede i neradnim danom i noću (v. čl. 42. st. 2. ZIPFBiH), u prostorijama izvršenika, ili na drugom mjestu gdje se dijete nalazi (vrtić, škola itd). Prema čl. 227. st. 5. ZIPFBiH-a sud će u provođenju izvršnih radnji zatražiti pomoć organa starateljstva, dok prema odredbama čl. 368. st. 5. PZFBiH i čl. 235. st. 5. ZIPBDBiH sud može pozvati organ starateljstva da bude prisutan provođenju izvršenja. Opravdano se postavlja pitanje: zašto je po odredbama PZFBiH i ZIPBDBiH ostavljena samo mogućnost, a ne obaveza suda da u postupku provođenja izvršenja pozove i organ starateljstva. Organ starateljstva, posebno psiholozi i socijalni radnici, ima dragocjenu ulogu od samog početka postupka predaje djeteta, od faze posredovanja radi dobrovoljne predaje djeteta, do utjecaja na rad sudskih izvršitelja i neposredne psihološke pomoći djetetu u fazi

¹⁸ Prema Zakonu o izvršnom postupku iz 1978. godine ("Službeno list SFRJ, broj 20/78, 6/82, 74/87) novčana kazna se maksimalno mogla izreći u deseterostrukom iznosu prvobitno izrečene kazne, nakon čega se, ukoliko bi izvršenik i dalje postupao suprotno svojoj obavezi, izvršni postupak morao obustaviti.

¹⁹ Tako i detaljnije: Zaciiragić i drugi, *op. cit.*, str. 670-671

prisilnog oduzimanja i predaje djeteta roditelju, odnosno trećoj osobi ili organizaciji.²⁰ Osim toga, prema odredbi čl. 44. ZIPFBiH sudski izvršilac je ovlašten da udalji osobu koja ometa izvršenje, a prema okolnostima slučaja i da zatraži pomoć nadležnog organa policije. Dakle, za uspješno provođenje izvršenja radi predaje djeteta potreban je specifičan pristup, temeljita priprema, preduzimanje svih potrebnih radnji radi izbjegavanja prisilnog postupanja, te cjelovito, kontinuirano i komplementarno djelovanje organa starateljstva, policije, i ostalih tjela značajnih za zaštitu djece kao najvažnijeg stuba društva, a sve kako bi se postupak izvršenja proveo na način koji je najmanje traumatičan za dijete.

2. 3. Nastavak izvršenja

Prema čl. 228. ZIPRS i čl. 237. ZIPBDBiH sud će, na prijedlog stranke kojoj je dijete povjereno, nastaviti izvršenje po istom rješenju o izvršenju, ako se dijete u roku od 60 dana od dana predaje ponovo zatekne kod osobe od koje je oduzeto.²¹ Dakle, ako tražilac izvršenja prijedlog podnese u navedenom roku, sud će donijeti rješenje o nastavljanju izvršenja koje je okončano predajom djeteta tražiocu izvršenja. To znači da tražilac izvršenja neće imati obavezu da kroz parnični postupak pribavlja novu izvršnu ispravu na osnovu koje bi zahtijevao predaju djeteta, niti obavezu pokretanja novog izvršnog postupka. U pravnoj teoriji se postavlja pitanje: koja su prava tražioca izvršenja u slučaju prekoračenja roka od 60 dana za podnošenje prijedloga za predaju djeteta? Smatra se da bi tražilac izvršenja imao mogućnost da pokrene novi izvršni postupak na osnovu ranije izvršne isprave, s obzirom da obaveza postupanja po odluci suda ne zastarijeva deset godina od njene pravosnažnosti, bez obzira koliko puta se traži prinudno ostvarenje te obaveze.²²

3. Zaključna razmatranja

Nakon što sudska odluka kojom je odlučeno s kojom osobom dijete treba živjeti postane izvršna (ako je pravosnažna i ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze), roditelj sa kojim će dijete živjeti, kao i druga

²⁰ Konkretizacija uloge organa starateljstva u postupku zaštite prava djeteta, a posebno u sudskom izvršnom postupku otvara pitanje imenovanja specijalnog zastupnika djeteta u postupku predaje djeteta. Specijalni zastupnik bi donekle preuzeo ulogu organa starateljstva, pošto je izvjesno da sadašnji organ starateljstva nije u mogućnosti u potpunosti odgovoriti mnogobrojnim zadacima koji mu se stavljaju u nadležnost. Ukoliko bi to bio poseban organ, a ne fizičko lice, kao staratelj djeteta za poseban slučaj, on bi se oblikovao boljom organizovanošću, specijalnim znanjem, te stručnim i socijalnim metodama rada koji bi se primijenjivali u postupku predaje djeteta. Uvođenje specijalnog zakonskog zastupnika djeteta, kao posebne institucije, bilo bi u skladu sa međunarodnim dokumentima o pravima djeteta (Konvencija OUN-a o pravima djeteta itd). Detaljnije: Ignjatović, *op. cit.*, str. 193.

²¹ Navedeno zakonsko rješenje nije sadržano u odredbama PZFBiH.

²² Tako i detaljnije: Začiragić i drugi, *op. cit.*, str. 674.

osoba ili organizacija kojoj je dijete povjereno na staranje i vaspitanje, mogu pokrenuti sudski izvršni postupak radi prinudne predaje djeteta.

Zakonske odredbe o izvršenju radi predaje djeteta su nepotpune i neprecizne, radi čega se *de lege ferenda* predlažu izmjene propisa.

1. U Federaciji BiH odredbe o izvršenju radi predaje djeteta trebaju biti propisane u okviru ZIPFBiH-a, jer je riječ o sistemskom zakonu koji treba da sadrži sve odredbe koje se odnose na sudsko prinudno izvršenje.

2. U Federaciji BiH zakonske odredbe koje se odnose na mjesnu nadležnost suda kod prinudne predaje djeteta treba proširiti na način da propisuju da će nadležni sud odlučivati o predaju djeteta ne samo roditelju sa kojim će dijete živjeti, nego i drugoj osobi i organizaciji kojoj je dijete povjereno na staranje i vaspitanje, jer se prema odredbama PZ FBiH dijete može povjeriti i ovim osobama.

3. Umjesto formulacije "opća mjesna nadležnost za stranku koja zahtijeva izvršenje", u razmatranu odredbu treba unijeti jasniju i precizniju formulaciju "mjesna nadležnost prema prebivalištu, boravištu, odnosno sjedištu tražioca izvršenja".

Postupak provođenja izvršenja radi predaje djeteta otvara više problemskih pitanja, u pogledu kojih su u pravnoj nauci i praksi data različita mišljenja i prijedlozi.

1. Tako se postavlja pitanje da li je u odredbama ZIPRS opravdano propisivanje novog paricionog roka od tri dana za dobrovoljnu predaju djeteta, ako je "originalan" paricioni rok iz izvršne isprave već bezuspješno protekao?

2. Osim toga, obzirom da u odredbama ZIPRS nije precizno određeno koliko puta sud mora novčano kazniti izvršenika da bi se utvrdilo da je takav način kažnjavanja neefikasan, otvara se dilema: koje su to situacije u kojima postoji nemogućnost izvršenja putem izricanja i izvršenja odluke o novčanoj kazni, kako bi se moglo pristupiti prinudnom oduzimanju djeteta?

3. Sljedeće problemsko pitanje je: na koji način novčana kazna može utjecati na efikasno provođenje izvršnog postupka radi predaje djeteta, ako je izvršenik u takvoj materijalnoj situaciji da jednostavno ne postoji mogućnost prinudne naplate novčane kazne?

4. Imajući u vidu ulogu organa starateljstva u postupku predaje djeteta, postavlja se pitanje zašto je odredbama PZFBiH i ZIPBDBiH ostavljena samo mogućnost, a ne i propisana obaveza suda da u postupku provođenja izvršenja pozove i organ starateljstva?

5. Problemsko pitanje koje se, također, postavlja je: koja su prava tražioca izvršenja u slučaju prekoračenja roka od 60 dana za podnošenje prijedloga za predaju djeteta, ako se dijete ponovo zatekne kod osobe od koje je oduzeto ?

Kako bi se postupak predaje djeteta proveo efikasno i na način koji je najmanje traumatičan za dijete, neophodno je provesti cjelovito, kontinuirano i komplementarno djelovanje organa starateljstva, policije i drugih tijela.

Alena Huseinbegović, Assistant professor
Law Faculty of University Džemal Bijedić Mostar

CHILD SURRENDER EXECUTION

Summary: In this paper the author analyzes the statutory provisions on child surrender execution laid down in the family and executive legislation of Bosnia and Herzegovina. In accordance with the best interest of the child, as one of the most important and most vulnerable social groups, the author emphasizes the critical observations about the current legal regulation of this delicate execution measure and suggests appropriate solutions *de lege ferenda*.

Key words: best interest of the child, execution, bailiffs, guardianship authority

Mr. sc. Viktorija Haubrich, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
Mr. sc. Karolina Tadić-Lesko, pedagog
Ustanova "Centar za socijalni rad Mostar" Mostar

OBITELJSKA MEDIJACIJA PRI CENTRU ZA SOCIJALNI RAD

Institut obiteljske medijacije kroz razne modalitete primjenjuje se u Bosni i Hercegovini. Obiteljska medijacija pri centrima za socijalni rad u Federaciji Bosne i Hercegovine primjenjuje se u dva oblika. Prvo, obvezna medijacija u vidu posredovanja prilikom razvoda braka, a drugo, neobvezna, koja se može koristiti u svim slučajevima narušenih ili povrijeđenih obiteljskopравnih odnosa. Obiteljska medijacija pri centrima za socijalni rad u ova dva oblika vrlo je značajna i koristi zaštitu obiteljskopравnih odnosa. Stručnjacima koji se bave medijacijom, poglavito obiteljskom, potrebna je podrška u smjeru suradnje i permanentnog obrazovanja.

Ključne riječi: obiteljska medijacija, posredovanje, drugi mediativni postupci, centar za socijalni rad.

1. Uvod

Medijacija (lat. *mediare* – posredovanje) je metoda za konstruktivno i dobrovoljno rješavanje ili izbjegavanje sukoba u sporu.¹ Stranke u postupku mirenja, uz pomoć treće neutralne osobe (medijatora) nastoje razriješiti spor i postići prihvatljiv sporazum koji im je u interesu. Medijaciju možemo i moramo promatrati iz više aspekata, jer u njezinom meritumu obuhvaćeno je više disciplina te odiše interdisciplinarnošću. Korijene vuče iz prakse izvansudskog rješavanja sporova te obuhvaća spoznaje iz područja kako pravnih znanosti tako i znanosti o sukobima, komunikacijskim znanostima, pedagogije, psihologije i drugih u svakom konkretnim slučaju determiniranih oblasti. Temeljni cilj medijacije jeste modulacija sukoba, uz uzajamnu razmjenu gledišta o sukobu, uz obvezujući dogovor koji je u interesu stranaka.² Medijacija kao jedan od alternativnih načina rješavanja sporova ne nalazi adekvatno mjesto u bosanskohercegovačkom pravnom sustavu. Institut medijacije možemo promatrati s dva aspekta generalno kao postupak alternativnog načina rješavanja sporova (pa i obiteljskopравnih) koji se provodi prema Zakonu o postupku

¹ Vidi hr.wikipedia.org/wiki/Mirenje. od 23. 9. 2013.

² Posredovanje otvara mogućnost za bolje ophođenje među članovima obitelji, smanjuje sukobe među stranama u sporu, pridonosi dogovoru strana i osigurava održavanje osobnih susreta između roditelja i djece. U Republici Hrvatskoj termin posredovanja uveden je 1998. godine kao postupak koji se provodi u vezi s razvodom braka. U sadržajnom smislu obuhvaća od ranije poznat institut mirenja bračnih drugova uoči razvoda braka, ali i druge postupke pružanja stručne pomoći u slučaju poremećenih obiteljskih odnosa. Vidi kod Alinčić, M; Hrabar, D; Jakovac Lozić, D; Korać, A, *Obiteljsko pravo*, "Narodne novine", Zagreb, 2006., str. 87. – 88.

medijacije Bosne i Hercegovine³ i posebno kao postupak posredovanja pri centru za socijalni rad prema Obiteljskom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine.⁴ Posredovanje je jedan od modaliteta medijacije, jer suštinski je riječ o izvansudskom postupku, dobrovoljnom za stranke, budući kako neutralna strana pomaže strankama da kroz pregovore dođu do obostrano prihvatljivog rješenja. Medijacija je način rješavanja sporova civiliziranog i socijalno naprednog društva. S medijacijom se nastoje rasteretiti sudovi kad god je to moguće. Pokušavaju se rješavati sporovi dijalogom, a ne sudskim, dugotrajnim i skupim postupcima. Bosanskohercegovačko društvo mora razviti svijest o mirnom rješavanju konflikata-sukoba i sporova. Reformom pravosuđa pokušavaju se promovirati medijacija i medijacijski postupak, kao postupak koji vodi rasterećenju sudova, postupak koji je brži i fleksibilniji, gdje stranke imaju utjecaja na konačnu odluku koja teži biti obostrano prihvatljiva, zasnovana na pravu ali i na zadovoljavanju interesa stranaka, jer se rješava konflikt i pokušavaju popraviti odnosi među strankama te ima snagu ovršne isprave. Intencija zakonodavca jeste usmjerena na rasterećenje općinskih sudova detaljnim reguliranjem procesnih pravila o mirnom rješavanju spora.⁵

2. Potrebe za obiteljskom medijacijom

Danas je obitelj suočena s brojnim poteškoćama, opterećena mnogim vanjskim i unutarnjim čimbenicima. A suživot partnera, institucija zasnovana na konsenzusu, koja ima svoj jedinstven proces, izložena je unutarnjim krizama i vanjskim djelovanjima te nije pošteđena međusobnog nerazumijevanja i sukoba u kojima najviše trpe djeca čiji je položaj između dvije strane, u samome središtu sukoba roditelja. Kada suživot partnera postane neizdrživ i nemoguć, tada se oni fizički razdvajaju i na taj način nastavljaju živjeti odvojeno sa ili bez dogovora, traže pomoć savjetovališta za prevazilaženje obiteljskih problema, ili pak ulaze u obiteljsku medijaciju. Općenito se obiteljska medijacija razlikuje u svijetu i Europi u odnosu na obiteljsku medijaciju u Bosni i Hercegovini, prema zakonskoj legislativi ili stupnju kvalifikacije i dodatnim edukacijama medijatora, no, cilj obiteljske medijacije uvijek je usmjeren ka najboljem interesu djeteta. Temeljem Preporuke s Konferencije, održane 1995. godine, da se ispita mogućnost pripreme međunarodnog instrumenta koji bi sadržavao načela za posredovanje i ostale postupke rješavanja obiteljskih sporova, izrađena je i potom usvojena 1998. godine Preporuka No. R(98) 1 o obiteljskom posredovanju i Memorandum s objašnjenjima.⁶ Tom prigodom preporučilo se uvođenje ili pružanje potpore obiteljskom posredovanju, kao i poduzimanje ili usavršavanje obiteljskog posredovanja kao prikladnog načina rješavanja obiteljskih sporova u cilju osiguranja zaštite najboljih interesa djece, osobito u

³ "Službeni glasnik BiH", br. 37/04. (dalje – Zakon o postupku medijacije BiH).

⁴ "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 35/05. (dalje – Obiteljski zakon FBiH).

⁵ Vidi Račić, R., *Postupak posredovanja u parničnoj proceduri Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine*, "Pravni savjetnik", br. 4/04., str. 43.

⁶ Council of Europe, Strasbourg, DIR/JUR [98]4

slučajevima kad se radi o zbrinjavanju djece. Obiteljsko posredovanje omogućava poboljšanje u ponašanju između članova obitelji pa tako smanjuje sukobe strana u sporu, dovodi do dogovora i osigurava neposredne odnose i međusobne kontakte između roditelja i djece te štedi vrijeme potrebno za rješavanje sukoba. Gledišta i prijedlozi izloženi u Preporuci i Memorandumu razmatrani su na Konferenciji posebno posvećenoj temi "Obiteljsko posredovanje u Europi" (Strasbourg, 1.-2. listopada 1998).⁷ Medijacija kao način rješavanja sporova u svijetu postoji već dugo vremena. Rješavanje sporova postupkom medijacije u prošlom stoljeću ulazi u uporabu u Velikoj Britaniji i nordijskim zemljama.⁸ Medijacija se osnažuje usvajanjem Direktive EU o medijaciji, 2008/52/EC, od 13. 06. 2008. radi pojednostavljenja i poboljšanja pristupa pravdi.

Medijacija jeste jedan od alternativnih načina rješavanja sporova i ona bi trebala biti neformalan, efikasan i povjerljiv postupak u kojem stranke pokušavaju postići dogovor uz pomoć medijatora na prihvatljiv način za obje strane. U ovom postupku stranke i medijator imaju mogućnost urediti način provedbe medijacije. Stranke aktivno sudjeluju u odabiru medijatora kao i o određivanju datuma i mjesta održavanja medijacije. Mogu slobodno u svakom trenutku odustati od postupka medijacije. Stoga se suština jednog obiteljskog meditativnog postupka uvijek razlikuje od drugog pa je provedba medijacije različita po svojoj naravi, baš kao svaka obitelj pa je i njezina problematika individualna i kompleksna.

3. Mogućnosti i granice obiteljske medijacije pri centru za socijalni rad

Prema odredbi čl. 5. st. 1. Obiteljskog zakona FBiH za pružanje stručne pomoći i zaštite prava i interesa djeteta i ostalih članova obitelji, za rješavanje sporova između članova obitelji, kao i u svim slučajevima poremećenih obiteljskih odnosa nadležni su centar za socijalni rad, kao organ skrbništva, sud i

⁷ Prema Alinčić, M., *Europsko viđenje obiteljskog posredovanja*, "Revija za socijalnu politiku" god. 6., br. 3-4., Zagreb, 1999., (dalje – Alinčić), str. 227.

⁸ U Velikoj Britaniji je uvedena obvezna obiteljska medijacija za rastavljene supružnike. Stranke u građanskim sporovima ne mogu dobiti državnu pravnu pomoć, ukoliko prethodno ne odluče prvo pokušati s procesom mirenja. U francuskom pravosudnom sustavu postoji duga tradicija koncilijacije. Još krajem 18. stoljeća bili su obvezni postupci mirenja u svim predmetima u nadležnosti sudova u građanskim predmetima, a polovicom 19. stoljeća postojali su i mirovni suci koji su sudili *ex equo et bono* i pokušavali provoditi mirenje kao prethodni postupak sudskom postupku. U njemačkom pravnom sustavu u bračnim sporovima također postoji obvezni zahtjev za mirenje koji provodi sudac, odnosno sud kod kojega će u slučaju neuspjeha biti pokrenut brakorazvodni postupak. U Kanadi je medijacija svoju primjenu najviše našla u oblasti obiteljskog prava, postupku usvajanja, razvodu, zaštiti prava i interesa djeteta. Medijaciju u obiteljskom pravu primjenjuju sudovi te je posebice korisna kod razvoda braka u kojem odluka o dodjeli djece mora biti prvenstveno usmjerena na zaštitu djece. Obiteljsko posredovanje omogućuje roditeljima da u fazi razvoda, uz pomoć kvalificiranog i nepristranog posrednika postignu što bolji i kvalitetniji dogovor. Vidi *Komparativna analiza medijacijske prakse u zemljama Europske unije i Kanadi i kratki osvrt na praksu u Bosni i Hercegovini*, Udruženje medijatora u BiH i Udruženje sudaca u BiH., Sarajevo, 2012., str. 18 - 27.

osoba ovlaštena za posredovanje. U županijama i općinama u kojima nije osnovan centar za socijalni rad, poslove iz st. 1. ovog članka i druge poslove skrbištva određene ovim zakonom vrši općinska služba kojoj je povjereno vršenje tih poslova. Medijacija pri centru za socijalni rad provodi se u dva oblika kao neobvezna medijacija u sporovima poremećenih obiteljskopравnih odnosa i obvezna medijacija u formi posredovanja prije razvoda braka. Centar za socijalni rad kao organ starateljstva može osnivati stručna tijela sastavljena od liječnika, pedagoga, psihologa, pravnika, socijalnog radnika.

U postupak posredovanja uključena je treća osoba, medijator koji pomaže objema stranama u sporu da komuniciraju i pregovaraju u povjerljivom okruženju. U tijeku postupka posredovanja bračni partneri ili roditelji također mogu dobiti usluge koje uključuju: informiranje, savjetovanje za rješavanje sporova, postizanje dogovora i mirenje u svrhu rješavanja obiteljskih sporova. Obiteljski medijatori u Federaciji Bosni i Hercegovini dolaze iz raznih stručnih profila, pravnih i društvenih znanosti pa imaju kvalifikacije pravnika, socijalnog radnika, pedagoga, psihologa i sociologa. Obiteljski medijator ne pruža pravne savjete nego upućuje stranku na besplatnu pravnu pomoć ili konzultaciju s njegovim odvjetnikom, ne nudi savjetovanje ili terapiju, ali može predložiti takve usluge te se nikako ne zalaže za jednu stranu u sporu i ne donosi odluke za stranke nego im nastoji pomoći da procijene opravdanost njihovih odluka. U centrima za socijalni rad nije nužno da posrednici budu posebno educirani za provedbu obiteljske medijacije, ali je nužno da posjeduju znanja i vještine u pregovorima i rješavanju sporova gdje su dužni pridržavati se etičkog kodeksa. Obiteljska medijacija pri centru za socijalni rad pomaže razdvojenim/ razvedenim parovima da putem sporazuma rješavaju vlastite probleme sukladne najboljem interesu njihove djece. Postupak posredovanja prije razvoda braka treba dovesti supružnike, suprotne strane do razrješavanja problema, ali događa se da oni ne shvaćaju i ne prihvaćaju prednost ovog postupka pa tijekom njegove provedbe teško postižu sporazum.

Obiteljska medijacija pri centrima za socijalni rad strankama pruža mogućnosti za donošenje vlastitih odluka i postizanja dogovora te priliku za uspostavljanje kvalitetne komunikacije s partnerom kako bi se razvijalo ili održalo konzistentno roditeljstvo, što je u najboljem interesu njihove djece. Budući da je obiteljska problematika svakim danom sve kompleksnija jer gospodarska kriza uzrokuje lošu financijsku i materijalnu situaciju obitelji, sve je veća pojava nasilja i ovisnosti u zajednici, posredstvom informatizacijsko - komunikacijskih tehnologija dolazi do otuđenja i ne komunikacije i kod djece i kod supružnika, sustav vrijednosti je poremećen, poglavito odgojnih vrijednosti što se općenito reflektira i na sam postupak posredovanja koji postaje sve zahtjevniji. Otežavajuće okolnosti u postupku posredovanja mogu predstavljati i negativne emocije supružnika,⁹ partnera, suprotnih strana (povrijeđenost, srdžba,

⁹ Emocionalne poteškoće partnera najviše pogađaju njihovu djecu na način da sve više roditelja s kojima djeca ne žive ne doprinose za njihovo uzdržavanje, što za posljedicu ima neostvarivanje kontakata s djecom. Ove uzročno-posljedične veze dovode do začaranog kruga, uslijed kojeg oba

strah, razočaranje) koji se u postupku posredovanja fokusiraju na sebe i drugu stranu, izražavaju vlastita nezadovoljstva koja ih odmiču od dječjeg interesa. No, postoji bojazan kako bi se ovaj model preoblikovao u dugotrajni terapijski postupak. Također, drugi problem je što većina ljudi (partnera, roditelja) obiteljsku medijaciju pri centru za socijalni rad promatra kao *postupak ulaznica* za sudski postupak pa tijekom njegove provedbe stranke ne koriste obiteljsku medijaciju u svrhu postizanja sporazuma nego se fokusiraju na nerazriješene partnerske, roditeljske, imovinske i druge odnose. Nakon provedbe obiteljske medijacije i okončanja sudskog postupka, stranke, koje nisu postigle sporazum, iznova imaju iste ili slične probleme budući da sud niti oni sami nisu u mogućnosti predvidjeti sve nove, nadolazeće životne situacije vezane za njihove probleme pa slijedi ponovna obiteljska medijacija pri centru za socijalni rad pod izmijenjenim okolnostima u formi neobvezne medijacije.

4. Suradnički odnosi između institucija u najboljem interesu djeteta

Centar za socijalni rad ustanova je socijalne zaštite koja po službenoj dužnosti surađuje s nadležnim i paralelnim institucijama u lokalnoj zajednici, ali i šire. Ipak, poslovi koji se obavljaju u centrima za socijalni rad ne odnose se samo na populaciju koja je u stanju socijalne potrebe. Dijapazon svih poslova koje obavlja centar za socijalni rad kao organ skrbništva, obavlja u najboljem interesu djeteta. Centar za socijalni rad surađuje sa mnogim ustanovama i institucijama u lokalnoj zajednici i šire, između ostaloga u lokalnoj zajednici surađuje s policijskom upravom, medicinskim centrom, školama i dječjim domovima, frekventno sa općinskim sudom ne samo u lokalnoj zajednici nego na području Bosne i Hercegovine te drugih zemalja iz regije. Temeljem saznanja, zahtjeva stranaka, službenih zabilješki policije, zahtjeva škole te zahtjeva suda, centar za socijalni rad provodi obiteljsko medijativne postupke. U centru za socijalni rad postupci medijacije provode se prije, tijekom i nakon parničnog postupka što je sukladno Preporuci R (98)¹ uslijed čega nadležni sud također omogućava prekid parničnog postupka kako bi se provelo posredovanje pa u takvim slučajevima sud ili drugo nadležno tijelo zadržava ovlast izricanja hitnih odluka kako bi se zaštitile strane, većinom njihova djeca. Potom se od strane centra za socijalni rad obavještava sud ili drugo nadležno tijelo o tome nastavljaju li strane sa posredovanjem i jesu li strane postigle sporazum.¹⁰ Ovi postupci ujedno potvrđuju suradničke odnose između centra za socijalni rad i suda u ime istog cilja - najboljeg interesa djeteta, i sukladni su Obiteljskom zakonu FBiH u kojem stoji da su pravne i fizičke osobe dužne međusobno surađivati.

roditelja krše prava njihove djece. Odredba čl. 154. Obiteljskog zakona FBiH regulira oduzimanje roditeljske skrbi kada roditelj ili roditelji zanemaruju ili grubo zanemaruju svoje dužnosti.

¹⁰ Prema: Vodič kroz medijaciju u Bosni i Hercegovini, Canada-Bosnia and Herzegovina Judicial Reform Project (JRP), 2002. str. 124.

5. Posredovanje (medijacija) prema odredbama Obiteljskog zakona FBiH

Obiteljska medijacija regulirana je Obiteljskim zakonom FBiH kroz institut obveznog posredovanja prije razvoda braka. Brak je zakonom uređena zajednica života žene i muškarca, trajna životna zajednica koja se zasniva uz ispunjenje zakonom predviđenih uvjeta i strogo propisanoj formi.¹¹ Brak spada u intimnu sferu čovjekovog života, ali je i društvo zainteresirano za zaštitu institucije braka te regulira zakonom uzroke zbog kojih se brak može razvesti te propisuje sam postupak razvoda braka.¹² Razvod braka i burni konflikti koji nastaju u najintimnijoj životnoj zajednici ostavljaju veliki trag u društvu. Prema odredbi čl. 41. Obiteljskog zakona FBiH bračni partner može tražiti razvod braka, ako su bračni odnosi teško i trajno poremećeni.¹³ Obiteljski zakon FBiH institut mirenje zamjenjuje institutom posredovanja nastojeći pratiti europske trendove u ovoj oblasti.¹⁴ Prema odredbama Obiteljskog zakona Republike Srpske¹⁵ i Obiteljskog zakona Brčko Distrikt BiH¹⁶ zadržan je institut mirenja pred organom starateljstva. Svrhom posredovanja smatra se otvaranje mogućnosti za bolje ophođenje među članovima obitelji, smanjenje sukoba među strankama u sporu, pristanak na dogovore te osiguranje neprekidanih osobnih susreta između roditelja i djece.¹⁷ Izmjena vezana za medijaciju (posredovanje) ide u smjeru određivanja nadležnosti. Novina je da je posredovanje u nadležnosti fizičke ili pravne osobe ovlaštene za posredovanje (čl. 45. st. 1. Obiteljskog zakona FBiH), za razliku od prethodnog zakonskog rješenja po kojem je mirenje bilo u nadležnosti organa starateljstva. Pravilnikom o uvjetima koje mora ispunjavati osoba ovlaštena za posredovanje se propisuju uvjeti koje moraju ispunjavati osobe nadležne za obavljanje posredovanja.¹⁸ Pravilnikom o uvjetima koje mora ispunjavati osoba ovlaštena za posredovanje propisani su generalno određeni uvjeti (poslovna sposobnost, zdravstveno stanje, visoka stručna sprema – filozofski fakultet odsjek za psihologiju, pravni fakultet,

¹¹ Vidi kod Traljić, N; Bubić, S., *Bračno pravo*, "Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu", Sarajevo, 2007. (dalje Traljić, N; Bubić, S), str. 41. – 42.

¹² Na taj se postupak primjenjuje Obiteljski zakon FBiH, Zakon o parničnom postupku FBiH.

¹³ U praksi se kao slučajevi teške poremećenosti navode postupci koji su suprotni međusobnim pravima bračnih partnera, stalne svađe, fizičko maltretiranje, ostavljanje bračnog partnera u posebno teškim situacijama, prestanak međusobnog povjerenja, uvažavanja, ljubavi. Vidi Traljić; Bubić, *op cit.* str. 110., (fusnota 9).

¹⁴ Vrlo široku primjenu postupaka posredovanja u različitim oblicima proklamira Vijeće Europe navodeći da su takvi postupci u suvremenoj Europi izraz opće društvene demokratizacije koja građanima priznaje sposobnost za odgovorno i miroljubivo odlučivanje o sebi i svojoj djeci. Preporuka Vijeća Europe o obiteljskom posredovanju (NR98). Više o tome kod Alinčić, *op. cit.*, str. 27. – 240. (fus nota 6).

¹⁵ "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 54/02.

¹⁶ "Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH", br. 23/07.

¹⁷ Smatra se da je prednost tog postupka u tome što članovima obitelji i državi snižava socijalnu i gospodarsku cijenu raspada obitelji, jer se skraćuje vrijeme za rješavanje sukoba. Vidi kod Alinčić, M; Hrabar, D; Jakovac Lozić, D; Korać Graovac, A, *Obiteljsko pravo*, "Narodne novine", Zagreb, 2007., str.87.

¹⁸ "Službene novine FBiH", br. 5/06.

fakultet političkih znanosti – odsjek za socijalni rad i najmanje tri godine rada u struci), a propušteno je odrediti uvjete kojima bi se osigurali kvalificirani posrednici.¹⁹ Prema odredbi čl. 45. st. 1. Obiteljskog zakona FBiH prije pokretanja postupka za razvod braka, bračni partner ili oba bračna partnera koji imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb dužni su podnijeti zahtjev za posredovanje fizičkoj ili pravnoj osobi ovlaštenoj za posredovanje.²⁰ Ovakav zahtjev mogu ponijeti i bračni partneri koji nemaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb (čl. 45. st. 3. Obiteljskog zakona FBiH). Bračni partner nije dužan podnijeti zahtjev za posredovanje ako je boravište drugog bračnog partnera nepoznato najmanje 6 mjeseci i ako je bračnom partneru oduzeta poslovna sposobnost (čl. 45. st. 4. Obiteljskog zakona FBiH). Posredovanje provodi ovlaštena osoba na čijem području podnositelj ima prebivalište odnosno boravište ili na čijem su području bračni partneri imali posljednje zajedničko prebivalište. (čl. 46. Obiteljskog zakona FBiH). Osoba ovlaštena za posredovanje dužna je u roku od 8 dana od podnošenja zahtjeva pokrenuti postupak posredovanja i pozvati oba bračna partnera da osobno bez punomoćnika sudjeluju u ovom postupku (čl. 47. Obiteljskog zakona FBiH). U ovom postupku ovlaštena osoba za posredovanje će nastojati ukloniti uzroke koji su doveli do poremećaja bračnih odnosa i izmiriti bračne partnere te ih upozoriti na posljedice razvoda braka posebice one koji se tiču djece (čl. 48. Obiteljskog zakona FBiH). U slučaju neodazivanja oba bračna partnera na posredovanje postupak se obustavlja te ukoliko bude podnesena tužba ili zahtjev za sporazumni razvod braka sud će taj podnesak odbaciti (čl. 49. st. 1. i st. 3. Obiteljskog zakona FBiH). Ako se u postupku posredovanja bračni partneri ne izmire, ovlaštena osoba nastojat će da se oni sporazumiju o tome s kim će živjeti njihovo malodobno dijete i dijete nad kojim se ostvaruje roditeljska skrb nakon punoljetnosti, o njegovim osobnim odnosima s roditeljem s kojim neće živjeti, o njegovom uzdržavanju i o ostalim sadržajima roditeljske skrbi (čl. 50. Obiteljskog zakona FBiH). Postupak posredovanja mora biti okončan u roku 2 mjeseca (čl. 51. st. 2. Obiteljskog zakona FBiH).²¹

¹⁹ Vidi kod Bubić, S., *Utjecaj evropskog prava na porodično pravo u Bosni i Hercegovini*, "Zbornik radova Naučni skup Razvoj porodičnog prava - od nacionalnog do evropskog", Mostar, 2013., str. 26. – 55.

²⁰ U Republici Hrvatskoj posredovanje je početni dio brakorazvodne parnice. Na taj način je zajamčeno pravo na pristup pravosuđu. Prema odredbi čl. 46. st. 1. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske "Narodne novine Republike Hrvatske" br. 116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11., 61/11, 25/13. kada sud primi tužbu ili sporazumni zahtjev na prvom ročištu zatražit će od bračnih drugova da odmah izjave kojem se centru za socijalnu skrb, savjetovalište za brak i obitelj ili osobi ovlaštenoj za pružanje stručne pomoći (posredovatelju) žele obratiti radi pokušaja uklanjanja bračnih nesuglasica odnosno dogovora o uređenju pravnih posljedica razvoda braka. Bračni drugovi dužni su u roku od 15 dana od dana donošenja sudske odluke o određivanju posredovatelja pokrenuti postupak posredovanja (čl. 46. st. 5. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske).

²¹ Prema odredbi čl. 49. Obiteljskog zakona Republike Hrvatske posredovatelj je dužan u roku od 3 mjeseca od primitka odluke suda iz čl. 46. st. 3. provesti i okončati postupak posredovanja. Posredovatelj koji je proveo posredovanje dostavit će stručno mišljenje i Centru za socijalnu skrb, ako bračni drugovi imaju maloljetnu zajedničku djecu ili posvojenju djecu ili djecu nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti. Centar za socijalnu skrb dužan je odmah razmotriti

6. Postupak medijacije prema Zakonu o postupku medijacije BiH

Obiteljskopравни sporovi mogu se pokušati riješiti izvan parničnog postupka u postupku medijacije. Novo parnično zakonodavstvo svojim odredbama regulira mogućnost upućivanja stranaka na postupak medijacije koji ima neobvezan karakter.²² Prema odredbi čl. 86. st. 1. Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine²³ najkasnije na pripremnom ročištu, sud može, ukoliko ocijeni da je to svrhovito s obzirom na prirodu spora i druge okolnosti, predložiti strankama da spor riješe u postupku medijacije, kako je predviđeno posebnim propisima. Takav prijedlog mogu staviti i stranke sporazumno do zaključenja glavne rasprave (čl. 86. st. 2. ZPP FBiH). Medijacija koja se provodi po Zakonu o postupku medijacije BiH prikladna je za rješavanje svih sporova koji se mogu javiti iz obiteljskopravnih odnosa. Njezina načela odgovaraju kompleksnosti obiteljskopravnih odnosa. Medijacija u BiH zasniva se na načelima:

- dobrovoljnost stranaka – u pokretanju postupka, izboru medijatora i donošenju odluke,
- povjerljivost - u odnosu na sve izneseno i prema svima tijekom postupka medijacije,
- jednakost – u odnosu medijatora prema strankama i
- neutralnost – u odnosu medijatora prema rješenju spora.²⁴

Prema odredbi čl. 2. Zakona o postupku medijacije, medijacija je postupak, u kojem treća neutralna osoba (medijator) pomaže strankama u nastojanju da postignu obostrano prihvatljivo rješenje spora. Stranke zajednički biraju medijatora s liste medijatora koju utvrđuje Udruženje medijatora (čl. 5. Zakona o postupku medijacije). Postupak medijacije je povjerljive prirode te se izjave stranaka iznesene u postupku medijacije ne mogu bez odobrenja stranaka koristiti kao dokaz u bilo kojem drugom postupku. Postupak medijacije pokreće se pismenim ugovorom o medijaciji. Ugovor potpisuju stranke u sporu i medijator (čl. 10. Zakona o postupku medijacije). Nakon potpisivanja ugovora o medijaciji, medijator u dogovoru sa strankama određuje vrijeme i mjesto održavanja sastanka za medijaciju (čl. 12. Zakona o postupku medijacije). Interes stranaka u postupku mogu zastupati njihovi zakonski zastupnici ili punomoćnici. Medijacija se pokušava završiti u što kraćem roku, to jest

stručno mišljenje i poduzeti potrebne mjere za zaštitu dobrobiti djeteta (čl. 50. Obiteljskog zakona RH). Vidi kod Alinčić, M; Bakarić, Abramović, M; Belajec, V; Dika, M; Hrabar, D; Hrvatinić, B; Jakovac - Lozić, D; Korać Graovac, A, *Obiteljski zakon*, tekst zakona s napomenama, uputama i sudskom praksom, pojmovno kazalo, drugi izvori obiteljskog prava, Narodne novine", Zagreb, 2009., str. 49. – 50.

²² Pogledaj kod Čizmić, J., *Komentar zakona o parničnom postupku*, Sarajevo, 2009., str. 234.

²³ 'Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 53/03., 73/05., 19/06. (dalje – ZPP FBiH)

²⁴ Udruženje medijatora u Bosni i Hercegovini, Vodič kroz medijaciju u Bosni i Hercegovini, Projekt pravosudne reforme.

pokušava se iznaći rješenje spora te se ukoliko je riječ o pozitivnom ishodu sačinjava pismeni sporazum o nagodbi koji ima snagu ovršne isprave.²⁵

7. Zaključak

Razvoj alternativnih načina rješavanja sporova trebao bi biti od posebnog interesa za Bosnu i Hercegovinu, zbog utjecaja tog sustava na pravosuđe u smislu rasterećenja sudova te doprinosa ostvarenja prava na pravično suđenje u razumnom roku. Centri za socijalni rad nadležni su za provođenje obiteljske medijacije, kao jednog od načina mirnog rješavanja obiteljskih sporova. Za promociju obiteljske medijacije bitna je edukacija u okviru pravosuđa i informiranje pučanstva. Potencijali koje mirno rješavanje sporova nose po sebi u Bosni i Hercegovini koriste se daleko ispod zadovoljavajuće razine. Od alternativnih načina rješavanja obiteljskopравnih sporova Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine poznaje samo jedan postupak mirnog rješavanja sporova kao obvezni izvansudski postupak koji se provodi u vezi s razvodom braka, a naziva se posredovanjem. S druge strane medijacija u obiteljskopравnim stvarima izvan odredbi Obiteljskog zakona Federacije Bosne i Hercegovine provodi se prema odredbama Zakona o postupku medijacije BiH. Obiteljska medijacija pri Centru za socijalni rad je proces rješavanja problema pregovaranjem i olakšavanjem komunikacije između članova obitelji u kojima im treća osoba pomaže u identificiranju potrebe, brige i strahova te osmišljavanju izvedivih i prihvatljivih rješenja sukoba kako bi se postigao zajednički sporazum. Često se obiteljska medijacija poistovjećuje s medijacijom prilikom razvoda braka (koja se iskristalizirala u posebnu vrstu), no pojam obiteljske medijacije je širi pojam te se odnosi na sva druga područja obiteljskih sukoba. Obiteljska medijacija poboljšava komunikaciju među članovima obitelji, smanjuje sukobe, dovodi do miroljubivog dogovora, osigurava kontinuitet osobnih kontakata između djece i roditelja, snižava troškove postupka, rasterećuje sud. Posebice se naglašava važnost posredovanja u rješavanju sukoba koji se odnose na roditeljsku skrb, te pravo na osobne odnose i neposredne kontakte između roditelja i djece. Možda bi se u Obiteljski zakon FBiH trebalo ugraditi *de lege ferenda* pravodobno obavljanje informativnog, pripremnog ili savjetodavnog razgovora sa suprotnim stranama kako bi se prevenirao postupak posredovanja te kako bi se suprotne strane dogovorile što je u njihovom interesu i u najboljem interesu njihove djece, čime bi se važnost obiteljske medijacije podigla na veću razinu. Kao dio kombiniranog modela, a ponekad i kao zaseban, može se koristiti model terapijske medijacije kod parova koji su u visokom stupnju sukoba.²⁶ Obiteljska medijacija pri centru za socijalni rad zauzima važno mjesto, kako

²⁵ Pogledaj Mutapčić, Đ., *Medijacija u pravosudnom sistemu Bosne i Hercegovine*, "Biblioteka Logos, Sarajevo", 2011., str. 45.

²⁶ Prema Sladović Franz, B, *Obilježja obiteljske medijacije*, "Ljetopis socijalnog rada, vol. 12.", Zagreb, 2006., str. 301. – 320.

obvezna u formi posredovanja, tako i neobvezna medijacija. Osnovno načelo za provedbu medijacije pa tako i obiteljske jeste dobrovoljnost stranaka za sudjelovanje u postupku kojim nastoje riješiti postojeće sukobe. Propisivanjem obveznog izvansudskog postupka posredovanja zakonodavac je imao intenciju zaštititi najbolji interes djeteta aktiviranjem oba bračna partnera. Izostanak stranke u postupku posredovanja onemogućava je u pokretanju postupka za razvod braka pa se na taj način krši osnovno pravo stranke na pristup pravosuđu i pravo na pravično suđenje. Autorice *de lege ferenda* predlažu izmjene postojećeg rješenja o obveznom izvansudskom postupku posredovanja prije pokretanja brakorazvodnog postupka i predlažu da se posredovanje uključi u brakorazvodni postupak kao faza koja prethodi pripremnom ročištu. Na taj način strankama bi bio omogućen pristup pravosuđu i suđenje u razumnom roku. Ujedno bi stranke u toj fazi pokušale (uz pomoć stručnog i kvalificiranog posredovatelja, posebice stručnog tima formiranog pri centru za socijalni rad) razriješiti što više spornih pitanja. Upitno je normiranje obveznosti postupka posredovanja. Medijaciju prožima osnovno načelo dobrovoljnosti i ukoliko nije sazrijela svijest stranaka za rješavanjem obiteljskopavnog spora samo propisivanje obveznosti posredovanja neće dovesti do željenog cilja – da bračni partneri postignu sporazum u najboljem interesu djece.

Svima koji se bave medijacijom, poglavito obiteljskom, potrebna je podrška u smjeru suradnje i permanentnog obrazovanja. Suradnja omogućava razmjenu mišljenja i konsultacije, uslijed čega svim suradnicima omogućava konstantnu komunikaciju. Permanentno obrazovanje kroz provedbu seminara i treninga put je ka novim teorijskim spoznajama koje koriste praksu kao podlogu.

Stoga ako se najbolji interes djeteta želi postaviti kao *conditio sine qua non* onda obiteljsku medijaciju pri centru za socijalni rad treba osnažiti, jer centar za socijalni rad ima samo jednu ulogu i ne može biti u sukobu interesa pri obavljanju obiteljsko meditativnih postupaka budući da pomaže bračnim partnerima da postignu sporazum i ne zastupa niti jednu stranu u sporu, nego zastupa i štiti najbolji interes djece!

Mr. sc. Viktorija Haubrich, senior assistant
Law faculty of University Mostar
Mr. sc. Karolina Tadić-Lesko, pedagogue
Institution Center for Social Work Mostar

FAMILY MEDIATION IN THE CENTRE OF SOCIAL WORK

Summary: In Bosnia and Herzegovina, institute of family mediation applied through various modalities. Family mediation in the Federation of Bosnia and Herzegovina, in the Centres of social work occurs in two forms. First, mandatory mediation in the form of mediation in divorce, and the second, not mandatory, which can be used in all cases of disturbed or harmed of family relationships. Family mediation in the Centre of social work in these two forms is very important, and uses for the protection of family relationships. Experts which involved in mediation, especially in the family mediation, needs support in the direction of cooperation and continuing education.

Key words: family mediation, mediation, others meditative procedures, centre of social work

USVOJENJE U SLUŽBI ZAŠTITE NAJBOLJEG INTERESA DJETETA

"Djeca-to su naše sutrašnje sudije"
Maksim Gorki

Prema stavovima pravne nauke potpunim usvojenjem se najadekvatnije štite najbolji interesi djece bez roditeljskog staranja. Na tom tragu i ovaj rad se fokusira na analizu pojedinih domaćih divergentnih pravnih odredbi koje uređuju institut usvojenja, te poređenje istih sa međunarodnim standardom "najboljeg interesa djeteta" sadržanim u Konvenciji o pravima djeteta, a prihvaćenim od gotovo svih država. Iz razmatranja pozitivnopravnih odredbi koje mogu doći u koliziju s principom zaštite najboljeg interesa djeteta, proizilazi da bi kvalitetnim reformisanjem usvojenja i afirmisanjem drugih instituta zaštite djece bez roditeljskog staranja trebalo udovoljiti općeprihvaćenom pravnom standardu "najboljeg interesa djeteta".

Ključne riječi: usvojenje, dijete, zaštita najboljeg interesa djeteta.

1. Uvod

U malo slučajeva možemo konstatovati kako je proučavanje pravnog statusa nekog subjekta prava toliko interesantno kao što je to slučaj kod djece, a posebno djece bez roditeljskog staranja. Dijete, kao subjekt prava koje je prirodno ograničeno u segmentu zaštite svojih prava i interese u svakodnevnom pravnom prometu često je bilo na vjetrometini nesentimentalnih, nerazumnih i nepravednih zakonodavaca koji su djetetu prilazili kao nemoćnom biću kojem treba podariti određena prava, i pored činjenice da dijete činom rođenja stiče određen korpus prirodnih prava koje uživaju i sva ostala fizička lica. Činjenica da je dijete ograničeno u pogledu mogućnosti i obima zaštite svojih prava ne smije biti razlogom da se prema istom odnosi grubo i bezosjećajno.

U radu će posebna pažnja biti posvećena razvoju usvojenja, na području naše države, u službi zaštite interesa djeteta prije i poslije Drugog svjetskog rata, kao i pokušaju da se razloži općeprihvaćeni međunarodni pravni standard "zaštita najboljeg interesa djeteta" te dovede u vezu sa pretpostavkama za zasnivanje usvojenja. Naravno, vrhunac u razvoju koncepta zaštite djece je Konvencija o pravima djeteta, kojom je navedeni pravni standard prihvaćen kao vrhunaravno načelo kod donošenja bilo koje norme koja se odnosi na dijete kao ravnopravnog subjekta prava. Kroz cijeli rad ćemo nastojati dovesti u vezu usvojenje i zaštitu najboljeg interesa djeteta bez roditeljskog staranja. Na ovaj

način ćemo analizirati, te nastojati ukazati na prednosti usvojenja, ali i nedostatke koji prijete da ugroze princip "zaštite najboljeg interesa djeteta".

2. Usvojenje u službi zaštite interesa djeteta na području BiH prije i poslije Drugog svjetskog rata

Ideja zaštite "najboljeg interesa djeteta" danas predstavlja dominantan koncept u svim pravnim odnosima koji su od neposrednog ili posrednog značaja za dijete kao pravnog subjekta. Prenijeta na teren prava, pomenuta ideja iskazuje se kroz odgovarajuće pravne principe i pravila, čiji su temelji postavljeni 1989. godine.¹ Na početku nam se čini zanimljivim analizirati razvoj instituta usvojenja tokom dvadesetog stoljeća na našem području, s ciljem da se istraži nivo zaštite najboljeg interesa djeteta primjenom gore navedenog instituta zaštite djece bez roditelja, odnosno bez adekvatnog roditeljskog staranja.

2.1. Usvojenje u službi zaštite interesa djeteta na području BiH prije Drugog svjetskog rata

Usvojenje, kao pravni institut porodičnog prava, a ono kao dio građanskog prava bilo je normirano na različite načine, nekada više a nekada manje uspješno. Tako u staroj Jugoslaviji, građansko pravo je ostalo gotovo u čitavom svom opsegu neunificirano.² Rad na ujednačavanju ove pravne grane, odnosno njenih centralnih područja bio je organiziran neposredno nakon ujedinjenja, ali se odvijao tako sporo da je tek 1934. godine dospio do završne faze (štampanjem "Predosnove Građanskog zakonika Kraljevine Jugoslavije" - Predosnova- po uzoru na AGZ³), da bi nakon toga bio posve obustavljen. Po granama koje je obuhvaćala i po sistemu po kojem je te grane rasporedila, Predosnova je posve slijedila svoj uzor, tj. AGZ, razlikujući se od njega tek po broju paragrafa.⁴ Već je u Predosnovama Građanskog zakonika Kraljevine Jugoslavije iz 1934. godine⁵ regulisano da u poglavlju koje normira odnose slične pravnom odnosu između roditelja i djece (usvojenje, "primanje djece radi njege") ti odnosi budu potpunije uređeni, a u nekim pitanjima i drukčije nego što su uređeni u AGZ-u.⁶ U ovom uređenju redaktori su slijedili, osim AGZ-a, kao

¹Vlašковиć V., "*Najbolji interes djeteta*" kao kriterijum za zasnivanje usvojenja", Zbornik radova Prava djeteta i ravnopravnost polova-između normativnog i stvarnog, Međunarodni naučni skup, održan 29. juna 2012. god. na Palama, Istočno Sarajevo, 2012. god., 138.-139.

²Radovčić V., *Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji (Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju)*, Zagreb, fn. 24., 255.

³Austrijski građanski zakonik je proglašen 1. juna 1811. u Beču pod naslovom Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer (Opći građanski zakonik za njemačke nasljedne teritorije-OGZ), poznat po skraćenici ABGB. Vidjeti: Pilar I., O recepciji Austrijskoga Općega građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini, http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=128493 (15.07.2013.).

⁴Sadržala je ukupno 1432 paragrafa, *Ibid.*, 262.

⁵Radovčić V., *op.cit.*, 272.

⁶AGZ bez novela važio je i u BiH, no za muslimane u porodičnim pitanjima važio je šerijatsko pravo.

glavnog uzora, i dvije čehoslovačke osnove, austrijske novele i Njemački građanski zakonik, što nam pokazuje koliki je bio uticaj navedenih pravnih sistema na pravne institute u Jugoslaviji. Za razliku od AGZ-a, Predosnova u pogledu zaštite djece bez roditeljskog staranja dopušta usvojenje vlastitog vanbračnog djeteta, ako nije moguća legitimacija *per subsequens matrimonium*, isključuje usvojenje vlastitog bračnog druga, brata ili sestre, kao i, inače dopušteno, usvojenje većeg broja osoba ako se one nalaze u odnosu koji je nespojiv s odnosom između braće i sestara, nadalje zabranjuje uslovno i vremenski ograničeno usvojenje, dopušta zajedničko usvojenje sa strane bračnih drugova, isključivši u svim drugim slučajevima usvojenje od više osoba, te utvrđuje formalne pretpostavke za valjanost ugovora o usvojenju, a koje pretpostavke AGZ nije određivao itd.⁷

Iako je princip zaštite najboljeg interesa djeteta, promovisan još krajem osamdesetih godina prošlog vijeka postavlja se pitanje da li je i u kojoj mjeri moguće govoriti o zaštiti najboljeg interesa djeteta u ovom periodu, znači do momenta donošenja Konvencije o pravima djeteta (u nastavku KPD).⁸

Analiziramo li navedene odredbe Predosnove možemo zaključiti kako je odredba o dopuštanju usvojenja vlastitog vanbračnog djeteta, s današnjeg pravnog aspekta u najmanju ruku neshvatljiva, šta više čini se suvišnom, no s te vremenske distance posmatrana razlog njenog postojanja je pronađen u tadašnjem različitom pravnom statusu bračne i vanbračne djece.⁹ Interesantno je da su kreatori Predosnova predviđali mogućnost usvojenja vanbračnog djeteta tek onda kada se pokaže da je njegovo pozakonjenje naknadnim stupanjem u brak njegovih roditelja postalo nemoguće.¹⁰ Međusobno usvojenje braće i sestara također je izričito zabranjeno, kako tada tako i sada¹¹, što nam se čini opravdanim kada je riječ o zaštiti najboljeg interesa djeteta, pošto je za očekivati da će međusobni interesi braće i sestara biti bolje zaštićeni ukoliko se prioritet dâkrvnom srodstvu, te svim onim obavezama i pravima koja iz njega proizlaze. Uz to Predosnova je isključila mogućnost usvojenja vlastitog bračnog druga, a što i nema uske i neposredne veze sa zaštitom djece. No, analiziramo li

Prokop A., *Porodično pravo, Usvojenje*, Školska knjiga, Zagreb, 1963., fn. 35, 33.

⁷Radović, *op.cit.*, 271.

⁸ KPD je usvojena Rezolucijom 44/25 Generalne skupštine Ujedinjenih naroda od 20. novembra 1989. godine. Iako je BiH postala strankom KPD 6. marta 1992. godine, u BiH KPD važi na osnovu Zakona o ratifikaciji Konvencije UN-a o pravima djeteta, ("Službeni list R BiH", br. 2/92 i 13/94). Vid. Strategija za borbu protiv nasilja nad djecom 2012.-2015., <http://www.mhrr.gov.ba/PDF/LjudskaPrava/Strategija%20za%20borbu%20protiv%20nasilja%20nad%20djecom%20u%20BiH%20-%20BOS.pdf> (17.02.2014.)

⁹ Alinčić M., "Obitelj u obiteljskom zakonodavstvu", Revija za socijalnu politiku, god. I, br. 3, Zagreb 1994., 225.-235.

¹⁰ O pozakonjenju vid. Puhan I., *Rimsko pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1974., 179.

¹¹ Član 93 stav 2 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine- PZ FBiH ("Službene novine FBiH", br. 35/05 i 41/05).

Član 154 stav 1 Porodičnog zakona Republike Srpske- PZ RS ("Službeni glasnik RS", br. 54/02 i 41/08).

Član 78 stav 2 Porodičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine- PZ BDBiH ("Službeni glasnik BDBiH", br. 23/07).

navedenu odredbu s aspekta potrebnih materijalnih uslova za usvojenje¹² uočićemo kako su, istina s aspekta negativno postavljenih uslova, kreatori Predosnove uzeli u obzir mogućnost da neko usvoji i punoljetno lice, odnosno bračnog partnera. S obzirom da većina europskih zakonodavstava ne dopušta usvojenje punoljetnih lica¹³ potrebno je ostvariti ravnotežu između interesa djeteta i njegovih roditelja i usvojitelja. Upravo se pomenuta ravnoteža nastoji postići pravilima koja sadrže uslove za zasnivanje usvojenja. Kada je riječ o usvojenju većeg broja osoba Predosnova je isključila, inače dopuštenu, mogućnost usvajanja većeg broja lica ukoliko se te osobe nalaze u odnosu koji je spojiv s odnosom između braće i sestara, a što je također na tragu zaštite najboljeg interesa djeteta i rađanja zdravog potomstva. Kako bi se interesi djeteta, potencijalnog usvojenika što kvalitetnije zaštitili, s jedne strane, te kako bi usvojitelji osjećali sigurnost u zasnivanju odnosa sa usvojenikom, s druge strane, Predosnova je isključila mogućnost zasnivanja usvojenja pod uslovom ili rokom. Mogli bi kazati kako je ova odredba išla u korist kako usvojitelja tako i usvojenika. Uz to u navedenom pravnom aktu se nalazila i odredba koja je dopuštala zajedničko usvojenje od strane bračnih drugova, isključivši u svim drugim slučajevima usvojenje od strane više osoba, pa se kao usvojitelji nisu mogli javiti vanbračni partneri niti bilo koja druga lica koja nisu živjela u braku. Dakako da je ovako postavljena formulacija mogla stvoriti probleme kada je u pitanju zaštita interesa djeteta, potencijalnog usvojenika, a pogotovu situaciji kada se kao jedini usvojitelji ili kao usvojitelji koji su u stanju kvalitetnije udovoljiti svim zahtjevima usvojenja javljaju lica koja ne žive u braku.

2.2. Usvojenje u službi zaštite interesa djeteta na području BiH prije Drugog svjetskog rata

Nakon Drugog svjetskog rata nastupa period okarakteriziran saveznom zakonodavnom kompetencijom na području porodičnog prava, pa su se se o pojedinim segmentima tog prava donosili savezni propisi za cijelo područje bivše države.¹⁴ Institut usvojenja je neposredno po završetku Drugog svjetskog rata normiran posebnim pravnim aktom, i to Zakonom o usvojenju iz 1947. godine.¹⁵ Njime je bila zagarantovana zaštita djece bez roditeljskog staranja i

¹² Ovdje ubrajamo uslove koji se odnose na potencijalne usvojioce, potencijalnog usvojenika i njegove roditelje. Opširnije o materijalnim uslovima za usvojenje vid. Bubić S., "Opšti trendovi u promovisanju najboljeg interesa djeteta-usvojenika", Zbornik radova Prava djeteta i ravnopravnost polova-između normativnog i stvarnog, Međunarodni naučni skup, održan 29. juna 2012. god. na Palama, Istočno Sarajevo, 2012. god., 80. i dalje.

¹³ "Izuzetak je, na primjer, pravo Grčke, koje dopušta usvojenje punoljetnih lica koja su u krvom i adoptivnom srodstvu sa usvojiteljem zaključno sa četvrtim stepenom." Vlašković, *op.cit*", fn. 15, 142.

¹⁴ Aras S., "Dispozitivne presude u sporovima o uzdržavanju djece", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka, (1991) v. 30, br. 2, 886-919, (2009).

¹⁵ Zakon o usvojenju-ZU ("Službeni list FNRJ" br. 30/47. od 01.04.1947. godine). Stupio je na snagu 12.05.1947. godine. Donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o usvojenju od 01.03.1965. godine ("Službeni list SFRJ" br. 10/65.), ovaj zakon je promijenio naziv i postao Osnovni zakon o usvojenju. Sve ovo nam pokazuje koliko je značaja pridavano usvojenju netom

ostvarivanje njihovih interesa. Zakonodavac je priznao samo nepotpuno i raskidivo usvojenje, pa se tako nije moglo dovoditi u pitanje biološko porijeklo djeteta.¹⁶ Naime, navedenim usvojenjem srodnički odnos je bio zasnovan između usvojenika i njegovih potomaka i usvojioca, ali ne i usvojičevih potomaka, odnosno srodnika, pa tako ovim oblikom usvojenja nisu prestajala prava i dužnosti usvojenika i prirodnih roditelja. U matičnim knjigama su ostajali podaci o prirodnim roditeljima, tako da se ta informacije nije krila od usvojenika. Jednostavno, zakon je nalagao usvojitelju da se brine o djetetu, a za što je prijeko potrebna emotivna povezanost tih lica, ali je zabranjivano da se u svim relevantnim dokumentima brišu podaci o prirodnim roditeljima djeteta. Također, bilo je regulisano da ukoliko usvojitelj i usvojenik žele zaključiti brak, mogu zatražiti od organa starateljstva da raskine usvojenje.¹⁷ No, kako je to i regulisano, oni mogu poći drugim putem i zatražiti od kotarskog suda da im dozvoli zaključenje braka, a da prethodno nisu zatražili izricanje prestanka usvojenja.¹⁸ Ukoliko takvu dozvolu dobiju usvojenje će prestati.¹⁹

Stavovi određenih autora, kada je riječ o nepotpunom obliku usvojenja u FNRJ, baziraju se na tome da je cjelokupna pravna regulacija usvojenja na ovaj način stvarala strah i nesigurnost kod usvojitelja kako se svakog časa mogu

poslije rata. Razumljivo je da se kao supsidijarno vrelo propisa ima primjenjivati Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece ("Službeni list FNRJ" br. 104/1947), jer se ti propisi imaju primjenjivati mutadismutandis na odnose iz usvojenja. osim toga, bit će i propisa drugih zakona koji će se primjenjivati na odnose koji nastaju iz usvojenja, npr. neki propisi iz Osnovnog zakona o braku ("Službeni list FNRJ", br. 29/46, 36/48, 44/51, 18/55, "Službeni list SFRJ", br. 12/65, 28/65 – pročišćeni tekst; u daljnjem tekstu: OZB), Osnovnog zakona o starateljstvu ("Službeni list FNRJ" br. 30/1947), Zakona o nasljeđivanju ("Službeni list FNRJ" br. 20/1955), Zakona o državnim matičnim knjigama ("Službeni list FNRJ" br. 29/1946), Zakona o državljanstvu ("Službeni list FNRJ" br. 54/1946), Zakona o zdravstvenom osiguranju ("Službeni list FNRJ" br. 22/1962), Zakona o mirovinskom osiguranju ("Službeni list FNRJ" br. 51/1957) itd., itd. Naime, svi ovi zakoni, uredbе itd. koji svojim propisima regulišu bilo kakva prava i dužnosti roditelja i djece primjenjuju se i na odnose iz usvojenja, ukoliko, dakako, iz prirode stvari ili izričitih odredaba zakona drugačije ne proizlazi. No, većina zakona kada govori o pravima djece (bračne, vanbračne i pozakonjene), obično uz njih izričito spominje i usvojenu djecu te ih tako izjednačuje. Prokop A., 44.-45. S današnjeg aspekta mogli bi konstatovati da je dodjeljivanje različitih prava djeci shodno njihovom pravnom statusu neprihvatljivo. "djeca rođena van braka imaju ista prava i dužnosti kao i djeca rođena u braku. Izričita odredba o njihovoj ravnopravnosti sa bračnom djecom, kao što je već ranije rečeno, nije sadržana u zakonu. Njeno izostavljanje je posljedica stava o nepotrebnosti normiranja ravnopravnosti, pošto su vanbračna djeca još od 1974. godine izjednačena sa bračnom." Bubić S.; Traljić N., *Roditeljsko i starateljsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., 38.

¹⁶ "Države-potpisnice će poštovati pravo djeteta da sačuva svoj identitet, uključujući državljanstvo, ime i porodične odnose koje priznaje zakon, bez nezakonitog uplitanja." Član 8. stav 1 Konvencije o pravima djeteta, Vid. <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (13.01.2014.).

¹⁷ Prokop, *op.cit.*, 152.

¹⁸ Član 24. st. 2 OZB.

¹⁹ Član 24. st. 4 OZB.

"U našem zakonodavstvu predviđeno je da usvojenje može prestati na jedan od četiri načina. Dok su prva tri normirana Zakonom o usvojenju, četvrti je normiran u Osnovnom zakonu o braku." Tako usvojenje može prestati sporazumom, rješenjem organa starateljstva po službenoj dužnosti, rješenjem organa starateljstva na zahtjev usvojitelja ili usvojenika i brakom usvojitelja i usvojenika. Prokop., *op.cit.*, 179-194.

pojavit će biološki roditelji i tražiti svoje dijete nazad, a što bi dovelo do prestanka usvojenja.²⁰ S druge strane, potpunim usvojenjem je omogućena veća sigurnost potencijalnih usvojitelja, dok je istovremeno aktueliziran opitanje zaštite biološkog porijekla djeteta, odnosno (ne)skrivanja činjenica vezanih za njegovo biološko porijeklo.

"Pretpostavke za usvojenje koje određuje neki zakon uvijek odražavaju izvjesno stanovište, izvjestan cilj koji se usvojenjem želi postići. U našem društvu taj cilj je poznat-usvojenje treba da posluži zbrinjavanju i zaštiti maloljetne djece. S druge strane, usvojenjem se stvara odnos koji postoji između roditelja i djece uz izvjesna manja odstupanja. Prema tome nesumnjivo je da će materijalne pretpostavke biti dirirane od ova dva principa koji se djelomično preklapaju."²¹ Sagledavajući negativno postavljene uslove na strani usvojitelja,²² možemo zaključiti kako je kod određivanja ovih smetnji postojala tendencija da se kao usvajatelj isključi svaka osoba koja nema dovoljno moralnih kvaliteta, koja nema socijalno-pedagoškog kvaliteta i osoba koja nema najosnovnijih zdravstvenih kvaliteta, jer takva osoba nije prikladna da odgoji maloljetnika kao korisnog člana zajednice.²³ Stoga, iako ne možemo konstatovati da je postojao zavidan stepen zaštite interesa djeteta/usvojenika, ipak možemo zaključiti kako je zaštita interesa kako usvojenika tako i usvojitelja pomjerena u stranu, jer se stiče dojam da se prioritet davao interesima društveno-političke zajednice koja je kroz usvojenje pokazala svoju zainteresiranost u segmentu odgojnog djelovanja na usvojenika, čiji zadatak je trebao biti sličan zadatku koji imaju roditelji, a ticao se odgoja djece u duhu odanosti otadžbini,²⁴ a što bi značilo odanosti državnom sistemu vlasti.

Razmatrajući pasivnu adoptivnu sposobnost²⁵ možemo konstatovati da u ZU nije naglašena zaštita interesa maloljetnika, odnosno iščitavajući članove navedenog zakona u kojima su određene materijalne pretpostavke za usvojenje nije direktno spomenuta "korisnost" za usvojenika. "O tome da će se usvojenje

²⁰Bubić;Traljić, *op.cit.*, 111. i 161.

²¹Prokop,*op.cit.*, 53.

²² Član 8. ZU je normirao:

"Usvojiti ne može:

- a) Lice koje je osuđeno na kaznu strogog zatvora ili zatvora za krivična djela iz koristoljublja kao i lice koje je sudskom odlukom lišeno roditeljskog prava;
- b) Lice za koje postoji osnovana sumnja da će položaj usvojioca upotrijebiti na štetu usvojenika;
- c) Lice koje ne pruža dovoljno jamstva da će usvojenika vaspitati i odgajati da bude koristan član društvene zajednice;
- d) Lice koje je duševno bolesno ili slaboumno, kao i ono koje boluje od bolesti koja može dovesti u opasnost zdravlje i život usvojenika."

^{23,24}Prokop,*op.cit.*,56.

²⁴ Član 7. i 8. Osnovnog zakona o odnosima roditelja i djece-OZORD ("Službeni list FNRJ" br. 104/47).

²⁵ Član 4. ZU je regulisao kako se može usvojiti samo maloljetno lice, što znači do navršanih osamnaest godina života. Dijete koje se usvaja može biti bračno, vanbračno, pozakonjeno; usvojeno može biti muško ili žensko dijete, bez obzira kojeg je spola lice koje ga usvaja; isto tako usvojen može biti maloljetnik bez obzira na nacionalnost, rasu, vjeru pa i državljanstvo. Nisu postojala nikakva ograničenja s obzirom na početnu dob usvojenog maloljetnika, već se moglo usvojiti i novorođenče.

odbiti ako nije korisno za usvojenika (član 10), odnosno da će se usvojenje sklopiti ako je korisno za usvojenika (član 13), govori se u članovima koji normiraju postupak kod zaključivanja usvojenja, što je nepravilno. Korisnost usvojenja za budućeg usvojenika tako je važan socijalni i socijalistički cilj, da ga je trebalo staviti na istaknuto mjesto, među ostale materijalne pretpostavke. Kada govorimo o korisnosti za usvojenika, imat ćemo u vidu upravo već spomenuti cilj usvojenja kod nas-zaštiti i zbrinjavanje maloljetnog djeteta, pa ćemo tu korisnost za usvojenika prosuđivati iz spomenutog aspekta. Ne bi bilo pravilno korisnost za usvojenika prosuđivati samo u jednom pravcu, npr. samo u imovinskom, npr. ako je usvojitelj bogatiji, ekonomski bolje situiran, pa bi usvojeniku ostavio nasljedstvo koje mu ne mogu ostaviti njegovi roditelji. Međutim, kod usvojenja se radi o zaštiti i zbrinjavanju maloljetnog djeteta te je u prvom planu staranje o njegovoj ličnosti, dok je maloljetno, dakle pružanje fizičkog, moralnog i intelektualnog odgoja, pravilan razvitak svih njegovih sposobnosti. Prema tome, usvojenje koje je za usvojenika korisno samo u jednom određenom pravcu, a inače štetno, ne bi odgovaralo postavljenom cilju."²⁶

Kako je ustavnom reformom iz 1971. godine u SFRJ nadležnost u oblasti svih privatno-pravnih odnosa, pa time i porodičnog prava sa federalnog prenesena na republički i pokrajinski nivo, u SRBiH je donesen Porodični zakon SRBiH,²⁷ koji je normirao i usvojenje.²⁸ Donošenje zakona je predstavljalo novi zakonodavni pristup u pravnom regulisanju instituta usvojenja u BiH. U uvodnom dijelu zakona iz 1979. godine zakonodavac je naveo cilj usvojenja.²⁹ Osnovna ideja zakonodavca je zaštita interesa maloljetne djece, pa se tako normira da usvojenje mora biti korisno za usvojenika,³⁰ čime se stremlji ka kvalitetnijoj zaštiti djeteta lišenog roditeljske ljubavi i pažnje. Uvedena je kategorija potpunog usvojenja, odnosno oblik neraskidivog usvojenja, pa je tako PZ SRBiH poznavao dva oblika usvojenja i to: potpuno i nepotpuno. Nepotpunim usvojenjem se između usvojioca i usvojenika i njegovih potomaka zasnivaju odnosi srodstva, kao i prava i dužnosti koje postoje između roditelja i djece, ukoliko zakonodavac nije predvidio nešto drugo.³¹ Potpunim usvojenjem između usvojioca i njegovih srodnika i usvojenika i njegovih potomaka dolazi do zasnivanja odnosa srodstva, kao i u slučaju krvnog srodstva.³² Još neki

²⁶Prokop, *op.cit.*, 68.

²⁷"Službeni list SRBiH", br. 21/79 i 44/89.

²⁸Vid. Četvrti dio PZ SRBiH, od člana 142. do člana 171. PZ SRBiH.

²⁹Član 12. PZ SRBiH reguliše kako se usvojenjem između usvojioca i usvojenika uspostavljaju odnosi koji postoje između roditelja i djece s ciljem da se djetetu koje se usvaja pruže uslovi života kakve imaju djeca koja žive u porodici. Oblici usvojenja predviđeni ovim zakonom pružali su mogućnost izbora onog oblika usvojenja koji bi u datom momentu najbolje odgovarao djetetu i štitio njegove interese.

³⁰Član 143. PZ SRBiH.

³¹Član 147. PZ SRBiH.

³²Član 153. PZ SRBiH.

Potpunim neraskidivim usvojenjem nastoji se zaštititi interes usvojenika, pošto usvojenik biva potpuno inkorporiran u porodicu usvojioca, sa svim pravima i obavezama koje proistječu iz roditeljskih odnosa.

iskoraci u odnosu na ranija rješenja se odnose na saglasnost prirodnih roditelja na usvojenje njihove djece od nepoznatih usvojlaca, neprisustvovanje roditelja činu zasnivanja usvojenja, tajnost podataka o usvojenju, upis usvojlaca u matičnu knjigu rođenih kao prirodnih roditelja, te neraskidivost ovog odnosa. Za nas je posebno zanimljiva tadašnja odredba koja je normirala da usvojenje mora biti u interesu usvojenika.³³Iako govorimo o zakonskom tekstu donesenom desetak godina prije usvajanja KPD čini nam se da je pravna konstrukcija odredbe da usvojenje mora biti u interesu usvojenika bila garant zaštite najboljeg interesa djeteta.

Za razliku od Zakona o usvojenju FNRJ koji je korisnost usvojenja za dijete normirao tek u onom dijelu zakona koji je regulisao postupak zasnivanje usvojenja, novim zakonodavnim pristupom usvojenju interes djeteta, odnosno potencijalnog usvojenika je prioritarno regulisan i posebno istaknut kao materijalna pretpostavka za zasnivanje usvojenja. Odnos između usvojioca i usvojenika zakon reguliše i sankcioniše kao odnos prirodnog roditelja i djeteta pa usvojenje predstavlja porodično-pravni odnos. Samim tim stvaraju se pretpostavke za potpuniju zaštitu interesa maloljetnog djeteta.³⁴ Organ starateljstva će u svim fazama postupka za zasnivanje usvojenja voditi računa da usvojenje bude u interesu usvojenika. Ako organ starateljstva nađe da usvojenje nije u interesu usvojenika donijeće rješenje kojim će odbiti zahtjev za usvojenje.³⁵

"Usvojenje ima za cilj da između usvojioca i usvojenika uspostavi odnose koji postoje između roditelja i djece radi pružanja usvojeniku takvih uslova života kakve imaju djeca u porodici. Ovaj institut štiti prvenstveno djecu bez roditeljskog staranja, onu koja nemaju porodične uslove života ili su ti uslovi nepovoljni. Djeca bez roditeljskog staranja su najugroženija i uživaju posebnu zaštitu društva. Sveobuhvatni vid zaštite takve djece je usvojenje koje obuhvata mnogostruke aspekte. Usvojenjem se djetetu obezbjeđuje staranje, vaspitanje i obrazovanje u porodici, u kojoj usvojioci preuzimaju dužnosti i prava roditelja. Ipak usvojiti se mogu i ona djeca koja su živjela sa svojim roditeljima i imala povoljnije uslove života."³⁶

Analizirajući stavove pravne nauke kada je riječ o podjeli usvojenja na potpuno i nepotpuno usvojenje, možemo uočiti kako se za potpuno usvojenje opredjeljuju usvojitelji koji se žele potpuno vezati za usvojenika (jer se potpuno usvojenje ne može raskinuti) tako da prestanu sva međusobna prava i dužnosti između usvojenika i njegovih krvnih srodnika, dok se za nepotpuno usvojenje opredjeljuje onaj usvojlac koji ne želi da dovodi u nepovoljan položaj svoju prirodnu djecu pa ograničava ili sasvim isključuje nasljedna prava usvojenika.³⁷Shodno navedenom čini se očekivanim da će interesi djece biti efikasnije zaštićeni potpunim oblikom usvojenja, koje dijete, odnosno

³³ Član 143. PZ SRBiH.

³⁴Babić I., *Komentar Porodičnog zakona*, Novinsko izdavačka organizacija Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1990, 404.

³⁵ Član 163. PZ SRBiH.

³⁶*Supra note* 34,25.

³⁷*Ibid.*, 407.

usvojenika neće dovoditi u potencijalno neravnopravan položaj u odnosu na prirodnu djecu usvojitelja, a što je predstavljalo opasnost po usvojenika iz nepotpunog oblika usvojenja. Postavljanje svih materijalnih uslova potrebnih za zasnivanje usvojenja na tragu je obligatorne zaštite interesa usvojenika. Tako su postavljeni uslovi koji se traže na strani usvojitelja, usvojenika i njegovih roditelja isključivo u interesu djeteta, jer nemoguće je zasnivanje usvojenja koje je protivno interesima lica koje se usvaja. Tako bi npr. bilo onemogućeno zasnivanje usvojenja ukoliko se kao potencijalni usvojenik javi lice koje ima roditelje koji nad njim vrše roditeljsko staranje, kao i u onim slučajevima u kojima se kao potencijalni usvojilac javlja lice kojem je oduzeto roditeljsko pravo ili mu je ograničena poslovna sposobnost. Ovo su samo neki od slučajeva u kojima se ne bi moglo zasnovati usvojenje jer nam gore navedene činjenice jasno ukazuju na nepotrebnost usvojenja, odnosno mogućnost dovođenja u opasnost djeteta i njegovih ličnih i imovinskih interesa.

3. Odnos principa "najboljeg interesa djeteta" i usvojenja

Usvojenjem se svakako zasnivaju intimni i za dijete posebno bitni sentimentalni odnosi koji imaju neprocjenjivu vrijednost u djetetovom odrastanju, i koji zasigurno predstavljaju jedan od njegovih najboljih interesa.³⁸ Shodno tome i "intimni odnosi koje održavamo i razvijamo tokom našeg postojanja doprinose stvaranju našeg identiteta i generalno gledano učvršćuju naše pripadanje kolektivu, što je naročito značajno za porodicu. Oni su istovremeno i izvor naše sreće, napretka i snage."³⁹

Problem brige o djeci bez roditeljskog staranja predstavljao je stalno pitanje koje je tražilo permanentne odgovore od zakonodavca bilo koje zajednice i u bilo kojem pravnom sistemu. Porodično pravo svim kategorijama djece, bez obzira na porijeklo, mora garantovati ista prava i stabilnost roditeljsko-pravnog odnosa.⁴⁰ Trebamo imati u vidu kako je navedena garancija, kao i svaka druga garancija koja ide ka zaštiti najboljeg interesa djeteta, s pravnog aspekta posmatrana, jača i kvalitetnija onoliko koliko je internacionaliziranija i općeprihvaćenija. Upravo je to slučaj sa principom zaštite najboljeg interesa djeteta.

Usvojenje mora biti u djetetovu korist, odnosno mora poštovati međunarodno prihvaćeni princip zaštite najboljeg interesa djeteta. "Standard "najbolji interes djeteta", u oblasti usvojenja često zamijenjen standardima "dobrobit usvojenika" i "najbolji interes usvojenika", je osnovni kriteriji za donošenje odluke o usvojenju. U pogledu ostalih uslova čijim normiranjem se hoće zaštititi interes djeteta, razlike u zakonodavstvu, u pravilu, nisu tako velike.

³⁸ Više vid. Radočaj T., *Polazišta u planiranju i provođenju UNICEF-ovog programa "Svako dijete treba obitelj"*, Pravo djeteta na život u obitelji, Ured UNICEF-a za Hrvatsku, Zagreb, 2008., 17. <http://www.unicef.hr/upload/file/294/147255/FILENAME/2-Knjiga-FINAL.pdf> (18.02.104.)

³⁹ Ponjavić Z., *"O evoluciji porodičnog prava"*, Zbornik radova, Naučni skup, Razvoj porodičnog prava od nacionalnog do evropskog, Mostar 21.12.2012, Pravni fakultet, Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru, Mostar 2013, 19.

⁴⁰ *Ibid.*, 18.

Bitno je, međutim, da se normiranjem uslova na strani potencijalnog usvojioca- njegovih svojstava, statusa, odnosa u kojem se nalazi s potencijalnim usvojenikom, osigurava interes djeteta- da bude usvojeno od osobe koja će moći uspješno ostvarivati roditeljsko staranje, izvršavati sve dužnosti i odgovornosti koje kao roditelj ima prema djetetu."⁴¹

Tek početkom prošlog vijeka formiralo se uvjerenje da prava djece treba da budu priznata i zaštićena na poseban način i putem specijalnih međunarodnih dokumenata.⁴² U ovom periodu sazrijeva pravna svijest o potrebi za adekvatnijim definisanjem i efikasnijom zaštitom dječijih prava na internacionalnom nivou, a kojima bi se proklamovala i zaštitila prava djeteta te osigurao koncept najboljeg interesa djeteta. Tako KPD proklamuje "daće u svim postupcima koji se tiču djece, bez obzira da li ih preduzimaju javne ili privatne ustanove socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tijela najbolji interes djeteta (the best interests of the child) biti od prvenstvenog značaja."⁴³ Ovaj koncept je kasnije bio promovisan i Europskom konvencijom o usvojenju djece (*in the interest of the child*)⁴⁴ gdje je i pojam djeteta određen u odnosu na njegovu definiciju u Konvenciji o pravima djeteta.⁴⁵ Tako je navedena Konvencija o usvojenju naglasila značaj najboljeg interesa djeteta pri donošenju svih odluka u oblasti usvojenja.⁴⁶

U uporednom pravu i teoriji se koriste termini "najbolji interes djeteta" a uz njega se na području Amerike uvodi i standard "najmanje štetna alternativa za dijete". Uz ove pravno-terminološke odrednice u njemačkom, austrijskom, engleskom i irskom pravu upotrebljen je termin "dobrobiti djeteta".⁴⁷ Pojedini nacionalni pravni sistemi principu "najboljeg interesa djeteta" daju veći značaj i od same KPD. Jednako i engleski Zakon o djeci (Children Act) iz 1989. godine "najboljem interesu djeteta" daje "vrhunski značaj".⁴⁸ Pomenutim zakonom daje se spisak faktora (statutory checklist) koji će olakšati sudovima primjenu principa "najboljeg interesa djeteta".⁴⁹ Tako engleski zakonodavac kao faktore za procjenu pomenutog principa navodi: dokučive želje i osjećanja svakog djeteta (u svjetlu djetetovog uzrasta i razumijevanja), djetetove fizičke, emotivne i obrazovne potrebe, vjerovatno dejstvo promijenjenih okolnosti na dijete, djetetov uzrast, spol, okruženje ili bilo koje drugo svojstvo djeteta koje sud nađe relevantnim, šteta koju je dijete pretrpjelo ili rizik od nanošenja štete, sposobnost bilo kog od roditelja djeteta ili drugog lica kojeg sud smatra značajnim u smislu

⁴¹Bubić, *op.cit.*, 74.

⁴²Čok V., "Smisao i sadržina posebnih prava deteta", Pregled, br. 10/1979, 1143.

⁴³Član 3. st. 1 KPD.

⁴⁴Član 8. st. 1 Europske konvencije o usvojenju djece, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/058.htm> (12.02.2014.).

⁴⁵Bubić, *op.cit.*, 75.-76.

⁴⁶Tako je u članu 4. normirano da će nadležni organ donijeti odluku o zasnivanju usvojenja samo ako će usvojenje biti u najboljem interesu djeteta.

⁴⁷Traljić; Bubić, *op.cit.*, fn. 150, 146.

⁴⁸Vidjeti: Part I, Welfare of the child, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/1> (21.07.2013.).

⁴⁹Vlašковиć, *op.cit.*, 146 -147.

zadovoljavaja potreba djeteta i opseg ovlašćenja koja sudiji stoje na raspolaganju u konkretnom postupku.⁵⁰

Interesantno je da od donošenja KPD usvojenje kao najpogodniji institut za zbrinjavanje djeteta bez (odgovarajućeg) roditeljskog staranja, doživljava promjene. "Susret europskih nacionalnih zakonodavstava sa zahtjevima koje taj najvažniji međunarodni dokument za zaštitu djece stavlja pred njih, nije uvijek jednostavan ni lagan. Naime, na europskom geografskom i pravnom području, uprkos integracijama koje nastoje homogenizirati - harmonizirati - unificirati društvena područja, pa tako i pravo, upravo zbog tradicijskih razloga, i pogledi na usvojenje razlikuju se od sistema do sistema. Zamisli o približavanju jedinstvenoj regulativi porodičnog prava, pa tako i instituteusvojenja, svoj doprinos daju i različite konvencije proizašle iz Vijeća Europe i nekih drugih europskih stručnih tijela."⁵¹

"U mjeri u kojoj se princip "najboljeg interesa djeteta" izmješta izvan granica porodičnog doma, jača i potreba da se njegova sadržina bliže i jasnije odredi u mjeri u kojoj je to moguće".⁵² Snaga ovog načela se ogleda u mogućnosti da sudija ispolji svoju kreativnost i osjećaj pravičnosti u situacijama kada sve ostale pravne norme zataje, a što je prirodnije sucima common law pravnog sistema.⁵³Iza pravnog standarda "najboljeg interesa djeteta" često se kriju moralni kriterijumi, čije uključivanje u pozitivnopravna pravila u pravnoj filozofiji Jürgen Habermas označava kao "deformalizaciju prava".⁵⁴

Načelo zaštite najboljeg interesa djeteta ima utjecaja na više područja, primjerice, od zdravstvene zaštite i obrazovanja do sudskih postupakau kojima su akteri djeca. Kao što navodi profesorica Johanna Shiratzki sam značaj načela zaštite najboljeg interesa djeteta zavisi o području na kojem se princip primjenjuje i varira od jednog pravnog terena do drugog. Proceduralne garancije za prepoznavanje najboljeg interesa djeteta u odlučivanju često su uključene u nacionalne sisteme zaštite djece.⁵⁵

3.1. Usvojenje u službi zaštite najboljeg interesa djeteta

Među najprihvaćenije vidove zaštite djece bez roditeljskog staranja svakako spada usvojenje. Usvojenje predstavlja kvalitetan vid zaštite djece bez roditeljskog staranja, iako se opranim čini postaviti pitanje stepena zaštite najboljeg interesa djeteta, a shodno odredbama međunarodnog prava u ovoj oblasti. Mnogi autori različito definišu usvojenje, zavisno od pozitivnopravnog

⁵⁰Vlašćević V., "Problem određenja sadržine "najboljeg interesa djeteta", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, vol. 60, br. 1, 2012, 361.

⁵¹Hrabar D., "Posvojenje na razmeđu interesa posvojitelja i posvojenika", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 58, (5) 1107-1139 (2008).

⁵²Vlašćević., *supra note* 50,350.-351.

⁵³*Ibid.*, fn. 55, 361.

⁵⁴Vidjeti. Habermas J., *Law and Morality*, Delivered at Harvard University, October 1 and 2 1986. http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/h/habermas88.pdf (22.07.2013.).

⁵⁵Vidjeti: Best Interest of the Child, <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199791231/obo-9780199791231-0109.xml> (21.07.2013.).

uređenja tog instituta ili u zavisnosti od de lege ferenda definisanja usvojenja, a shodno međunarodnim tendencijama i prihvaćenom poimanju istog. No, bilo kako da se usvojenje definisalo kod svih autora se može otkriti jednak cilj, a to je da se što preciznije odredi i konkretizuje pravni standard zaštite najboljeg interesa djeteta.⁵⁶

"U savremenom pravu usvojenje predstavlja najkvalitetniji vid zaštite djece bez roditeljskog staranja. Usvojenjem se zasniva roditeljski odnos. Dijete bez roditeljskog staranja dobiva roditelje, dobiva porodicu i stječe uvjete za sretno odrastanje. Promjena ciljeva usvojenja odražava se na uslove za zasnivanje usvojenja, a posebno kada je riječ o usvojiocu.⁵⁷ U današnjem pravu cilj usvojenja nije produženje porodice usvojioca nego prvenstvena i prijeko potrebna zaštita prava i interesa usvojenog djeteta.⁵⁸ Danas, u našoj državi usvojenje se kao ustanova porodičnog prava, normira u sva tri porodična zakona, sa manjim ili većim odstupanjima.⁵⁹ Tako je određeno da "usvojenje predstavlja poseban oblik porodično-pravne zaštite djece bez roditelja ili bez odgovarajućeg roditeljskog staranja, kojim se zasniva roditeljski, odnosno srodnički odnos."⁶⁰

Inače, današnja zakonska rješenja eurokontinentalnog pravnog sistema, pa tako i našeg, poznaju dva oblika usvojenja i to: potpuno i nepotpuno usvojenje. Potpunim usvojenjem se između usvojioca i njegovih srodnika, sa jedne strane, i usvojenika i njegovih potomaka, sa druge strane, zasniva neraskidiv odnos srodstva jednak krvnom srodstvu. U matičnu knjigu rođenih usvojioci se upisuju kao roditelji usvojenika.⁶¹ Potpunim usvojenjem prestaju međusobna prava i dužnosti usvojenika i njegovih krvnih srodnika, osim ako dijete usvoji maćeha ili očuh. Usvojioci sporazumno određuju ime usvojeniku, koji dobija zajedničko prezime usvojioca. Ako usvojioci nemaju zajedničko prezime, sporazumno će odrediti prezime usvojenika, a ukoliko ne mogu

⁵⁶ "Najbolji interes djeteta" predstavlja izuzetno složen pojam, čija sadržina zavisi od niza spoljnih i unutrašnjih faktora koji se cijene u svakom konkretnom slučaju. Spoljni faktori čine zapravo društveni, odnosno kulturološki kontekst u kome se "najbolji interes djeteta" primjenjuje. Riječ je o najrazličitijim vrijednostima jednog društva, proisteklim iz njegove tradicije, običaja, religijskih uvjerenja, koji se moraju uzeti u obzir, jer dijete ne može biti "samodovoljno biće koje nije u socijalnoj, emotivnoj i duhovnoj korelaciji sa svojom porodicom i društvom". Vlašković V., *supra note 1*, fn. 27., 145.

⁵⁷ Bubić; Traljić., *op. cit.*, 108.

⁵⁸ "O usvojenju u savremenim uvjetima možemo govoriti kao o najkvalitetnijem obliku društvene zaštite djece bez roditeljskog staranja, koju roditelji neće ili ne mogu da zadrže i da u njihovom interesu vrše roditeljsko pravo. No, ne može se osporiti ni značaj usvojenja za roditelje-usvojiocce. Oni na ovaj način zadovoljavaju svoju želju za roditeljstvom i djecom." *ibid.*, 109.

⁵⁹ Od člana 91. do člana 124. PZ FBiH.

Od člana 145. do člana 175. PZ RS.

Od člana 76. do člana 107. PZ BDBiH.

Dok PZ FBiH i PZ BDBiH definišu usvojenje, ovu odredbu ne možemo naći u PZ RS.

⁶⁰ Član 91. st. 1 PZ FBiH, Član 76. st. 1 PZ BDBiH.

⁶¹ Član 113. PZ FBiH, Član 96. PZ BDBiH.

Član 156.-161. PZ RS izričito normira da se potpunim usvojenjem između usvojioca i njegovih srodnika i usvojenika i njegovih potomaka zasnivaju odnosi srodstva, kao da se radi o krvnom srodstvu.

postići sporazum o imenu i prezimenu usvojenika, o istom će odlučiti nadležni organ starateljstva.⁶²

Indikativna je zakonska odredba kojom se osporavanje i utvrđivanje materinstva i očinstva ne dozvoljava nakon zasnivanja potpunog usvojenja.⁶³ Ovakvim pravnim rješenjem je narušeno primarno pravo djeteta da zna ko su mu roditelji, te da shodno KPD svako dijete ima pravo da sačuva svoj identitet,⁶⁴ a što svakako može prijetiti ugrožavanju najboljeg interesa djeteta. Stoga, s pravom možemo strahovati od toga da usvojenik ne upozna svoje biološke roditelje i srodnike. Pozitivnopravne odredbe sva tri porodična zakona u BiH normirajući uslove za postojanje odnosno zaključenje braka regulišu kako je za sklapanje braka neophodno da su lica različitog spola, da daju pristanak na sklapanje braka i da isti sklope pred matičarem.⁶⁵ Kod regulisanja uslova za punovažnost braka u PZ FBiH, odnosno bračnih smetnji i bračnih zabrana u PZ RS-e i PZ BDBiH, postojeća pravna rješenja u našoj državi normiraju kako se pod njih mogu podvesti: već postojeći brak, oduzeta poslovna sposobnost i nesposobnost za rasuđivanje, krvno srodstvo, te srodstvo po usvojenju i tazbini, maloljetstvo i nedostatak volje.⁶⁶

Zasnivanjem potpunog usvojenja svi dotadašnji podaci o usvojeniku bivaju izbrisani, a isto lice dobija novi identitet, prekidajući sve veze sa dotadašnjim srodnici. Pogubnost ovakvog određenja i posljedica ovog oblika usvojenja ne moramo posebno ni akcentirati. Lica koja su do momenta potpunog usvojenja bili stranci postaju srodnici koji ne mogu sklopiti brak. Ovo se odnosi na usvojiteljeve ascende i usvojenika. S druge strane, usvojenik i njegovi srodnici kroz određen vremenski period mogu doći u situaciju da sklope brak, ne znajući da su brat i sestra ili polobrat i polusestra. Shodno svemu navedenom smatramo da potrebno što skorije reformisati institut potpunog usvojenja i kroz očuvanje punog identiteta djeteta pružiti mu svu toplinu porodičnog smještaja i zaštite, bez bilo kakvog oblika brisanja njegovih bioloških veza.

Pored toga, sagledavajući funkcionalnost našeg pravnog sistema otvorenim se čini pitanje (ne)mogućnosti sklapanja braka ili drugih životnih zajednica između usvojenika i njemu bliskih srodnika. Uzimajući u obzir važeća zakonska rješenja, možda bi zarad zaštite najboljeg interesa djeteta zakonodavac mogao normirati obavezu nadležnih tijela da "elektronski uvežu" i redovno ažuriraju evidenciju usvojenika⁶⁷ i njegovih krvnih srodnika, sa ostalim evidencijama poput matičnih knjiga rođenih kako bi se na taj način onemogućilo

⁶²Član 115. PZ FBiH, Član 167. PZ RS i Član 98. PZ BDBiH.

⁶³Član 116. PZ FBiH, Član 99. PZ BDBiH.

⁶⁴Član 8. st. 1 KPD.

⁶⁵Član 7.- 9. PZ FBiH, Član 14. i 15. PZ RS i Član 6. i 7. PZ BDBiH.

⁶⁶Član 10. - 17. PZ FBiH, Član 29. - 39. PZ RS i Član 19.- 39. PZ BDBiH.

⁶⁷"Organ starateljstva vodi spise predmeta i zapisnik o usvojenju, te evidenciju i dokumentaciju o usvojenoj djeci." Član 112 PZ FBiH.

"Organ starateljstva dužan je da vodi evidenciju i dokumentaciju o usvojenoj djeci" Član 170 PZ RS.

"Organ starateljstva vodi spis predmeta o usvojenoj djeci." Član 95. PZ BDBiH.

zasnivanje neželjenih zajednica života, a što bi svakako bilo ne samo u najboljem interesu djeteta nego i cjelokupne zajednice.

Jasno je koliko je topla porodična atmosfera i okruženost ljubavlju i brigom neophodna djeci, posebno onoj najranijeg uzrasta.⁶⁸ Tako na međunarodnom planu posebno se ističe pravo djeteta lišenog vlastitog porodičnog okruženja, da mu se obezbijedi alternativna briga i zaštita,⁶⁹ a što je neupitno na tragu zaštite najboljeg interesa djeteta. Ovaj stav svih potpisnica KPD apostrofira potrebu obezbjeđenja kontinuiteta u odgoju djeteta i posebno posvećivanje pažnje etničkom, religijskom, kulturnom i jezičkom porijeklu djeteta. U KPD možemo primijetiti izvjesnu notu uvažavanja kulturoloških razlika, premda osnovno polazište Konvencije predstavlja model nuklearne porodice unutar modernog liberalnog društva.

Usvojenje se može zasnovati samo ako je u interesu usvojenika, pa shodno tome ne može se usvojiti srodnik po krvi u pravoj liniji, kao ni brat, ni sestra.⁷⁰ Ovakvom pravnom odredbom za pretpostaviti je da je zakonodavca zaštitio najbolji interes djeteta. "On je krenuo od činjenice da je riječ o osobama koje su krvno-srodnički tijesno povezane. Bliskost srodstva koja među njima postoji razumijeva emocionalne i sve druge komponente bliskosti i povezanosti, pa se omogućavanjem usvojenja među ovim osobama ne bi postigli nikakvi pozitivniji pomaci u odnosu na već postojeće stanje. Primjerice ako djed voli svoje unuče, on će se za njega brinuti i nadomjestiti mu ljubav i brigu roditelja bez ikakve pravne intervencije."⁷¹ Pored činjenice da se može usvojiti samo maloljetno lice važno je naglasiti kako se ne može usvojiti dijete prije isteka tri mjeseca od njegovog rođenja i dijete maloljetnih roditelja. Izuzetno, ovo dijete može biti usvojeno po isteku jedne godine od njegovog rođenja ako nema izgleda da će se ono podizati u porodici roditelja, odnosno drugih bližih srodnika. Dijete čiji su roditelji nepoznati može biti usvojeno tek po isteku tri mjeseca od njegovog napuštanja.⁷² Vremenska ograničenja u ovom slučaju imaju svoje opravdanje u tome što se roditeljima daje određen vremenski period kako bi razmislili o tome da li će dati dijete na usvajanje ili će se sami brinuti o njemu. Pored toga potrebno je spriječiti ishitreno donošenje odluka, a pogotovo od strane samohranih majki koje nakon poroda često donose ishitrene odluke o davanju djeteta na usvojenje. "U zakonima zemalja u okruženju, predviđen je vremenski period prije čijeg protoka dijete ne može biti usvojeno. U većini zakona ovaj rok se veže za momenat rađanja djeteta, negdje za momenat napuštanja djeteta, a negdje za momenat u kojem su ispunjeni uslovi za usvojenje. U domaćem pravu rješenja su dijelom slična onim prihvaćenim u zakonima susjednih zemalja. Ovo se odnosi na porodične zakone Federacije BiH i Brčko Distrikta, dok je zakonodavac Republike Srpske ostao pri ranijem

⁶⁸Kordić A., "Usvojenje-jedan od načina planiranja porodice", Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo 1985., 21.

⁶⁹Član 20. KPD.

⁷⁰Član 93. PZ FBiH, Član 150. PZ RS i Član 78. PZ BDBiH.

⁷¹Alinčić M., *et. al.*, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., 334.

⁷²Član 94. PZ FBiH i Član 79. PZ BDBiH.

rješenju, ne propisujući najnižu dob djeteta kao uslov za usvojenje."⁷³ Ovdje se opravdanim čini postaviti pitanje zaštite najboljeg interesa djeteta u našoj državi, jer ovako oprečna zakonska rješenja ne garantuju visok stepen uvažavanja interesa djeteta.

Staratelj ne može usvojiti svog šticećenika dok ga organ starateljstva ne razriješi dužnosti staratelja, jer je starateljstvo oblik zaštite maloljetnih osoba bez roditeljskog staranja i punoljetnih osoba koje nisu sposobne, ili koje nisu u mogućnosti starati se o sebi, svojim pravima, interesima i obavezama.⁷⁴ Govoreći o zaštiti maloljetnih osoba stavljenih pod starateljstvo za očekivati je da će se zadaci koji su postavljeni pred starateljem "preklapati" sa zadacima koji su postavljeni pred usvojiteljem, tako da je u interesu djeteta da se njegovo usvojenje omogući tek nakon što staratelj bude razriješen svoje dužnosti. "Ova zabrana je preventivnog karaktera. Naime, u trenutku kada prestane odnos starateljstva, staratelj mora centru za socijalni rad u određenom roku podnijeti izvještaj o svome radu i stanju šticećenikove imovine, kako bi eventualne zloupotrebe s imovinom šticećenika, kao i ostali propusti bili pravovremeno otkriveni. U protivnom, ako bi se dopustilo da se starateljski odnos neposredno pretvori, putem usvojenja, u roditeljski odnos, staratelj bi mogao izbjeći svakoj kontroli."⁷⁵

Usvojilac može biti državljanin Bosne i Hercegovine, ali je dopušteno da usvojilac bude i strani državljanin, ako je usvojenje u najboljem interesu djeteta i ako dijete ne može biti usvojeno u Bosni i Hercegovini.⁷⁶ Znači, ovdje postoje dva uslova koja nadležni organ posebno treba analizirati i posvetiti im pažnju prilikom donošenja odluke o usvajanju. Tako se ovo usvojenje neće zasnovati bez prethodnog odobrenja federalnog organa nadležnog za poslove socijalne zaštite, a što nam samo potvrđuje da u ovom slučaju nadležni trebaju biti posebno oprezni i pravno pronicljivi, jer diskreciona ocjena koja je data nadležnim organima u ovom slučaju sa sobom povlaćiti i određen stepen odgovornost prema djeci. Veoma je bitno procijeniti momenat kada usvojenje od strane lica koje nije bh. državljanin uistinu i jeste u interesu djeteta. Ovo se čini izuzetno odgovornim zadatkom za koji je potrebno oformiti posebnu grupu stručnih lica koja će biti kompetentna odgovoriti datom zadatku. Stepenn opreznosti koji možemo uočiti kod zakonodavca prilikom normiranja mogućnosti usvojenja od strane potencijalnog usvojitelja koji nije domaći državljanin je na tragu zaštite interesa djeteta koje je domaći državljanin. Dok u FBiH i BDBiH, usvojilac može biti državljanin BiH, u RS to može biti samo državljanin RS-e, pa je shodno tome sasvim izvjesno da će se za usvojioaca iz FBiH i BDBiH, a koji žele usvojiti dijete iz RS, primjenjivati odredba koja normira kako usvojilac može biti i strani državljanin ako za to postoje naroćito

⁷³ Bubić S., 96.

⁷⁴ Član 160. PZ FBiH.

⁷⁵ Alinčić M., *et.al., op.cit.*, 335.

⁷⁶ Član 95. PZ FBiH i Član 80. PZ BDBiH.

opravdani razlozi.⁷⁷Ova diskrepanca između domaćih zakona jasno narušava ostvarenje najboljeg interesa djeteta u BiH.

Posmatrani s aspekta zaštite interesa djeteta dob usvojioca i razlika u godinama između usvojitelja i usvojenika mogu biti od velikog značaja za dijete. "Između domaćih zakona postoje razlike vezane za ovaj uslov, kao i razlike u odnosu na Konvenciju. Dok PZ RS ne normira životnu dob usvojitelja kao uslov, PZ FBiH (član 96. st. 1) i PZ BDBiH (član 81. st. 1) određuju ne samo donju, već i gornju granicu koju potencijalni usvojitelj ne smije preći. Prema ovim zakonima, usvojiti može osoba koja je u životnoj dobi od 25 do 45 godina. Što se tiče gornje dobi usvojitelja ova dva zakonodavca su je postavila rukovodeći se najboljim interesom djeteta: da bude usvojeno od osobe koja je u životnoj dobi u kojoj prirodnim putem može dobiti dijete i najuspješnije ostvarivati roditeljsko staranje, odnosno osigurati najbolji interes djeteta. Ovako određena gornja dob je preniska i sužava krug potencijalnih usvojitelja, čime se smanjuje broj usvojenja, odnosno broj djece kojoj se zaštita pruža na ovaj način. Pored ovoga, rješenju se može prigovoriti i zato što dob iznad normirane ne mora značiti da interes djeteta neće biti osiguran i da takvo usvojenje neće biti u najboljem interesu djeteta. Zbog toga, imajući u vidu potrebu zaštite djeteta i promovisanja njegovog interesa, ovaj uslov bi trebalo da se izostavi. Što se tiče razlike u godinama između usvojitelja i usvojenika u našem pravu ona je određena na 18 godina. Ne postoji potreba za njenom izmjenom, imajući u vidu odstupanja koja zakoni normiraju, a rukovodeći se najboljim interesom djeteta."⁷⁸

S obzirom na dejstva potpunog usvojenja posebne pretpostavke određene za njegovo zasnivanje dosta su strožije postavljene nego li opće pretpostavke za zasnivanje usvojenja. U okviru pretpostavki za zasnivanje potpunog usvojenja zakonodavac je na strani usvojioca odredio da potpuno mogu usvojiti dijete bračni partneri zajednički, te maćeha ili očuh djeteta koje se usvaja. Vanbračni partneri koji žive najmanje 5 godina u vanbračnoj zajednici mogu potpuno usvojiti dijete.⁷⁹ Shodno tome lica koja nisu u braku ili žive u vanbračnoj zajednici koja je trajala kraće od 5 godina, nikada ne mogu usvojiti. U RS postoje drugačije odredbe kojima se normira pravni položaj potencijalnih usvojlaca.⁸⁰Za razliku od rješenja u ranijem Porodičnom zakonu, važeći porodični zakoni u FBiH i BDBiH, kada je riječ o potpunom usvojenju, predviđaju mogućnost da se u ulozi usvojioca pojave i vanbračni partneri, uslovljavajući ovo dodatnim elementom vremenskog trajanja vanbračne zajednice od minimalno 5 godina. I kod ovog zakonskog rješenja polazilo se od toga da je interes djeteta, odnosno potencijalnog usvojenika najbolje zaštićen ukoliko se i vanbračnim partnerima koji su ostvarili trajniju zajednicu života dâ pravo na usvajanje djece.

⁷⁷Član 147. st. 1 i 2 PZ RS.

⁷⁸Bubić S., 84.-85.

⁷⁹Član 102. PZ FBiH, Član 86. st. 2 i 3 PZ BDBiH.

⁸⁰PZ RS u članu 158. st. 1 reguliše kako potpuno mogu usvojiti samo bračni supružnici zajednički, ako su oba ili jedan od njih stariji od usvojenika najmanje osamnaest godina.

Iako još uvijek nije aktuelizirano od strane zakonodavaca u BiH, pitanje usvajanja od strane partnera koji žive u istospolnim zajednicama će biti jedan od izazova sa kojim se valja suočiti i izabrati ono rješenje koje će biti u najboljem interesu djeteta. "Naime, u domaćem pravu nije legalizovan nijedan od oblika zajednice ovih osoba (osoba istospolne seksualne orijentacije op.a.) uređenih u uporednom pravu, niti ima ikakvih naznaka da zakonodavac to planira uraditi. I pored toga što je ona sve prisutnija i prihvaćenija u uporednom pravu i što se stav organa Europske unije i Vijeća Europe prema njoj mijenja, usvajanje zakona o istospolnoj zajednici u našoj zemlji se ne može očekivati u skorije vrijeme. Međutim, onda i kada ona bude legalizovana, sigurno se neće odmah dati mogućnost usvojenja partnerima iz te zajednice. I naše zakonodavstvo će, ako krene putem kojim idu ili koji su već prošla zakonodavstva jednog broja država članica Vijeća Europe, prvo legalizovati istospolnu zajednicu, priznajući istospolnim partnerima neka prava koja imaju homoseksualni partneri."⁸¹

U FBiH i BDBiH je regulisano da se potpuno može usvojiti dijete do desete godine života.⁸² U PZ RS i dalje postoji pravna odredba koja reguliše da se potpuno mogu usvojiti djeca do svoje pete godine života.⁸³ Shodno ovim zakonskim rješenjima slobodni smo zaključiti kako je ovakvim neusklađenim odredbama interes djece u BiH nezaštićen. Ovakvo neusklađeno zakonsko rješenje u BiH nije u skladu sa konvencijskim odredbama o zaštiti najboljeg interesa djeteta. "Pri izmjenama porodičnog zakonodavstva gornju dob bi i u slučaju zasnivanja potpunog usvojenja trebalo pomjeriti naviše, pogotovo u pravu RS jer su, s jedne strane, otpali razlozi za određivanje nižeg uzrasta, a s druge strane ovakvo rješenje u većoj mjeri štiti interes potencijalnih usvojenika-omogućava se većem broju djece da budu usvojena ovim oblikom usvojenja. Možda bi bilo najbolje odrediti i za potpuno usvojenje najviši uzrast od 18 godina, odnosno uzrast normirati kao zajednički uslov za obje vrste usvojenja."⁸⁴

Nepotpuno mogu usvojiti samo bračni partneri zajednički, jedan bračni partner uz pristanak drugog, maćeha i očuh, te lice koje nije u braku i vanbračni partneri za koje zakonodavac određuje i dodatni uslov. Osoba koja nije u braku i vanbračni partneri koji žive u vanbračnoj zajednici koja traje najmanje 5 godina, mogu nepotpuno usvojiti dijete ako za to postoje naročito opravdani razlozi.⁸⁵ Nepotpuno se može usvojiti samo maloljetno dijete, odnosno dijete do navršene osamnaeste godine života, s tim što trebamo imati u vidu da je zakonodavac predvidio obavezu dobijanja pristanka od djeteta koje je starije od 10 godina i koje je istovremeno sposobno shvatiti značaj usvojenja.⁸⁶ Ovako formulisano zakonsko rješenje je na tragu zaštite najboljeg interesa djeteta, jer je zakonodavac vodio računa i o mogućoj činjenici da dijete starije od 10 godina

⁸¹ Bubić S., 93-94.

⁸² Član 101. PZ FBiH, Član 86. st. 1 PZ BDBiH.

⁸³ Član 157. PZ RS.

⁸⁴ *Ibid.*, 98.

⁸⁵ Član 104. st. 2 PZ FBiH, Član 87. st. 4 PZ BDBiH.

Član 153. PZ RS normira kako bračni supružnici mogu zajednički nepotpuno usvojiti isto dijete. Dijete može usvojiti i samo jedan od njih, uz pristanak drugog bračnog supružnika.

⁸⁶ Član 103. st. 2 PZ FBiH, Član 87. st. 2 PZ BDBiH, Član 145. PZ RS.

neće biti u stanju da shvati značaj vlastitog usvojenja, tako da u tom slučaju neće biti potreban njegov pristanak. Nepotpuno usvojenje može raskinuti organ starateljstva po službenoj dužnosti ili na prijedlog usvojioca ako utvrdi da to zahtijevaju opravdani interesi maloljetnog usvojenika.⁸⁷

Kada je riječ o davanju pristanka na usvojenje ne smijemo zanemariti činjenicu kako je zakonodavac odredio da u postupku zasnivanja usvojenja roditelj djeteta, bračni partner osobe koja namjerava usvojiti dijete i samo dijete daju svoj pristanak za usvojenje pred organom starateljstva koji vodi postupak ili pred organom starateljstva svog prebivališta, odnosno boravišta, ako se prebivalište ne može utvrditi.⁸⁸ Ovako širok krug lica je određen prvenstveno da bi se sa što većom preciznošću utvrdio najbolji interes djeteta.

Kako bi se cjelokupna procedura zasnivanja usvojenja ubrzala data je mogućnost da se roditelji o usvojenju svoga djeteta izjasne i prije pokretanja postupka zasnivanja usvojenja, ali tek kada dijete navrší 3 mjeseca života.⁸⁹ U postupku zasnivanja usvojenja organ starateljstva će postupati obazrivo i u duhu toga upozoriti usvojitelje na obavezu da djetetu saopće da je usvojeno, pošto je to isključivo pravo djeteta garantovano međunarodnim aktima. Organ starateljstva će upoznati roditelje djeteta, usvojitelje i dijete starije od 10 godina s pravnim posljedicama usvojenja. Prije donošenja rješenja o zasnivanju usvojenja dijete će, bez naknade, biti smješteno u porodicu budućeg usvojitelja na period od 6 mjeseci ili kraće ako je to u interesu djeteta, a sve da bi se dobila što originalnija slika o adekvatnosti i funkcionalnosti zasnivanja željenog usvojeničkog odnosa.⁹⁰ Za vrijeme trajanja probnog smještaja dijete će biti pod nadzorom organa starateljstva kako bi se utvrdilo da li je usvojenje u njegovom najboljem interesu. Nakon ocjene svih navedenih okolnosti i nakon što je utvrdio da su ispunjeni svi uslovi za zasnivanje jednog funkcionalnog i nadasve po dijete korisnog usvojeničkog odnosa, organ starateljstva će donijeti rješenje kojim se zasniva usvojenje.⁹¹

Prema statističkim podacima, UNICEF procjenjuje da u BiH živi između 3000 i 3500 djece bez roditeljskog staranja. Od tog broja, 41% su djeca bez oba roditelja, 36% je napuštene djece, a oko 16% njih ima roditelje koji se nisu u

⁸⁷ Čl. 120.-124. PZ FBiH.

⁸⁸ "Ako je pristanak dat pred organom starateljstva koji ne vodi postupak zasnivanja usvojenja, ovaj organ će ovjereni zapisnik odmah dostaviti organu koji vodi postupak. Dijete svoj pristanak na usvojenje daje bez prisustva roditelja i osobe koja ga želi usvojiti." Čl. 107. st. 1. i 2. PZ FBiH.

⁸⁹ Čl. 108. PZ FBiH nadalje reguliše da će organ starateljstva upoznati roditelja sa pravnim posljedicama njegovog pristanka i usvojenja prije nego on dá pristanak na usvojenje. Pristanak se daje na zapisnik, a ovjereni prijepis zapisnika uručuje se roditelju. Roditelj može odustati od pristanka na usvojenje u roku od 30 dana od potpisivanja zapisnika. Roditelj čiji pristanak na usvojenje djeteta nije potreban, kao i roditelj koji je pristao da dijete usvoje njemu nepoznati usvojioci, nije stranka u postupku, a što može ugroziti zaštitu najboljeg interesa djeteta.

⁹⁰ Član 110. PZ FBiH, Član 93. PZ BD BiH. Član 166. PZ RS ovaj rok ograničava na maksimalna tri mjeseca.

⁹¹ "U izreci rješenja o zasnivanju usvojenja organ starateljstva navodi: lično ime usvojenika, datum i mjesto rođenja, državljanstvo usvojenika, lično ime jednog roditelja, matični broj i državljanstvo usvojitelja, vrstu usvojenja i novo lično ime usvojenika." Član 11. PZ FBiH, Član 94. PZ BDBiH i Član 167. PZ RS.

stanju starati o njima. Procjenjuje se da je manje od 40% djece bez roditeljskog staranja smješteno u institucije.⁹²

O dosta nepovoljnoj tendenciji kada je riječ o usvojenju svjedoče mnoga istraživanja kojima je zajednička karakteristika mali broj realiziranih usvojenja, s jedne strane i veliki broj potencijalnih usvojitelja, s druge strane.⁹³ Onog momenta kada istraživanja budu pokazivala da je razlika u broju potencijalnih usvojitelja i realiziranih usvojenja približno jednaka s pravom ćemo se nadati kvalitetnijoj zaštiti najboljeg interesa djeteta.

4. Zaključak

"Krivi smo za mnoge propuste i pogreške, ali naš najveći zločin je zlostavljanje djece, negiranja temelja života. Mnoge stvari mogu čekati, ali djeca ne mogu. Njima ne možemo odgovoriti "sutra", oni traže "danas". Ove riječi Gabriel Mistral, prve latinoameričke dobitnice Nobelove nagrade za književnost, iako izrečene još početkom XX stoljeća upozoravaju na odgovorno postupanje prema djeci. U djeci, između ostalog, moramo vidjeti prilike da ispravimo sve greške koje smo napravili u svom životu, te priliku da na kvalitetan način utičemo na buduće društvene procese i kreiranje prihvatljivijeg, poštenijeg i humanijeg društva, koje će biti u stanju prepoznati potrebe drugog i dugaćijeg, te na kvalitetniji način preuzeti brigu o djeci, a posebno djeci bez roditeljskog staranja. No, ono što moramo uraditi "danas", i ne smijemo odgađati za "sutra" je objektivno sagledavanje statusa djece bez roditeljskog staranja kojima je potrebno što skorije zbrinjavanje i odgajanje u okviru porodice za koju je dijete ostalo uskraćeno. Tu posebno moramo biti obazrivi te imati na umu kako je interes djeteta primarna vrijednost na kojoj trebaju biti bazirani svi pravni propisi. Stoga, kod usvojenja uvijek treba voditi računa o zaštiti djeteta i njegovih interesa, pa tek onda o interesima usvojitelja.

⁹²Vidjeti: Djeca bez roditeljskog staranja, http://www.unicef.org/bih/ba/media_7114.html (22.07.2013.).

⁹³Nakon poslanog anketnog upitnika nadležnim službenicima J.U "Kantonalni centar za socijalni rad" u Sarajevu, a u okviru kojega smo tražili podatke o broju, načinu vođenja i vrstama usvojenja, pod brojem: 35/X-04-530-2064/10, od strane direktorice gospođe Mirsade Poturković, dobili smo odgovor u kojem stoji: "Na našoj listi evidentirano je 184 potencijalnih usvojlaca, a broj usvojenja godišnje se kreće između 10 i 14. Lista usvojenja se vodi od 2003.godine. Ona se mijenja u slučajevima kada usvojioprestare (preko 45.godina), usvoje dijete van našeg Kantona ili odustanu od zahtjeva iz ličnih i drugih razloga. Na našoj listi je 184 potencijalna usvojitelja od toga su: iz naše zemlje 140, a stranih državljana 44. Raskinutih usvojenja nema, niti se vode postupci na sudu vezani za naša rješenja o usvojenju. Istraživanje sprovedeno u septembru 2010. godine.

Mr.sc. Ajdin Huseinspahić, senior assistant
Law Faculty of University Zenica

ADOPTION IN THE FUNCTION OF PROTECTING THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

Summary: In accordance with the judicial practice and legal science, adoption is the best way to care for children without parental care. In addition, it is believed that the adoption most adequately protects the interests of the child-adoptee. Based on that understanding, this paper is a detailed analysis of individual domestic divergent legal provisions governing the institution of adoption, and comparing them with international regulations of the care of children without parental care contained in the Convention on the Rights of the Child. Therefore, pointing to some provisions that directly contradict the best interest of the child-adoptee, we came to the conclusion that a redefinition of adoption and affirmation of other institutions of protection of children without parental care, such as foster care should comply with generally accepted international legal standard of protecting the "Best Interests of the Child."

Key words: adoption, child, protection of the best interests of the child.

IMOVINSKI ASPEKT NAJBOLJEG INTERESA DJETETA U ZAKONODAVSTVU I PRAKSI

Pravna priroda i značaj pravnog standarda "najbolji interes djeteta" može se razmatrati i analizirati i kroz imovinski aspekt najboljeg interesa djeteta. Takvo istraživanje je korisno i dobrodošlo i zaslužuje pažnju u zakonodavstvu, teoriji i praksi. U tom smislu autor u radu razmatra ocjenu interesa djeteta u ovoj oblasti odnosa, stavljajući naglasak na učešće organa starateljstva i notara u toj ocjeni.

Ključne riječi: najbolji interes djeteta, imovina, organ starateljstva, notar

1. Uvod

S pravne tačke gledišta, najbolji interes djeteta u imovinskim odnosima djeteta je faktičko pitanje u svakom pojedinačnom slučaju.

Tako je, u materijalnom pravnom smislu, u odredbi člana 287. Porodičnog zakona Republike Srpske¹, a koja se odnosi na otuđenje i opterećenje imovine djeteta, izričito propisano da roditelji mogu samo s odobrenjem nadležnog organa starateljstva otuđiti ili opteretiti vrijednije stvari i prava iz imovine svog maloljetnog djeteta radi njegovog izdržavanja, liječenja, vaspitanja i obrazovanja ili ako to zahtijeva drugi važan interes djeteta. U procesnom pravnom smislu za ostvarivanje pravnog standarda najboljeg interesa djeteta važna je odredba člana 73. stav 1. tačka 2. Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine,² a prema kojoj se pravni poslovi koji za svoju pravnu valjanost zahtijevaju notarsku obradu isprava odnose i na raspolaganja imovinom maloljetnih osoba, s tim što je u stavu 2. istog člana tog zakona izričito propisano da su ništavi pravni poslovi raspolaganja imovinom maloljetnih osoba ako nisu sačinjeni u formi notarski obrađene isprave.

Istraživanje imovinskog aspekta najboljeg interesa djeteta pored zakonodavstva, u praksi se može vršiti naročito kroz obavljanje notarske službe u radu prvih notara u savremenoj Bosni i Hercegovini na zakonskoj obligatornoj notarskoj obradi isprava³.

¹ "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 54/2002 i 41/2008

² "Službene novine Federacije BiH", broj 45/02

³ Tako je djed roditeljima u korist svog unuka za prvi rođendan djeteta predao zemljišnoknjižni izvadak da je njegov unuk vlasnik dva dunuma zemlje.

2. Dijete

Dijete je ljudsko biće od rođenja do sticanja zrelosti; u našem pravu, to je lice koje nije navršilo 18 godina života. U odnosu na roditelje, dijete je lice koje se nalazi u trajnom srodničkom odnosu bez obzira na starost. S obzirom na odnos iz koga proističe, dijete može biti:

- bračno, ako je rođeno ili začeto u braku svojih roditelja,
- vanbračno, ako je rođeno u privremenoj ili trajnoj vanbračnoj zajednici svojih roditelja,
- usvojeno, ako je, ne prekidajući prirodan roditeljski odnos, pravnim putem zasnovalo nov roditeljski odnos.

U građanskom pravu, kao i u drugim granama prava, djeca uživaju posebnu pravnu zaštitu i imaju naročiti pravni položaj. Tako kod poslovne sposobnosti pravi se razlika prema uzrastu: djeca do 14 godina života smatraju se kao poslovno nesposobna i pravni poslovi koje bi zaključila bili bi ništavi. Djeca od 14 do 18 godina života imaju ograničenu poslovnu sposobnost, tj. mogu zaključivati sve vrste pravnih poslova, ali punovažnost poslova zavisi od davanja odobrenja od strane roditelja odnosno staraoca ili, u izvjesnim slučajevima, organa starateljstva. U teoriji ovakvi pravni poslovi poznati su pod imenom *negotium claudicans* ("pravni posao koji hramlje", "viseći" ili "šepavi" pravni posao).

U našem pravu, djeca iznad 14 godina života mogu, zavisno od vrste pravnog posla, punovažno sklapati pravne poslove i bez odobrenja i sa odobrenjem, u zavisnosti od najboljeg interesa djeteta.

Punoljetnom i poslovno sposobnom postaje osoba koja je navršila osamnaest godina života, a poslovnu sposobnost može steći i maloljetnik stariji od 16 godina bilo sudskom odlukom, u slučaju da je postao roditelj, bilo sklapanjem braka uz odobrenje suda.

2.1. Maloljetnik koji je navršio 14 godina života

U odredbi člana 188. stav 2. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine izričito je propisano da maloljetni šticećenik koji je navršio 14 godina života može sam sklapati pravne poslove kojim stiče prava, ako zakon ne odredi drukčije. Pravne poslove kojim raspolaže imovinom ili preuzima obaveze može sklapati samo uz odobrenje roditelja, odnosno staratelja, ako zakon ne odredi drukčije. Maloljetnik sa navršenih 14 godina života stiče ograničenu poslovnu sposobnost.

2.2. Maloljetnik koji je navršio 15 godina života

U odredbi člana 84. stav 3. Porodičnog zakona Republike Srpske izričito je propisano da maloljetniksa navršenih 15 godina života koji radom ostvaruje prihode, može raspolagati ostvarenim ličnim dohotkom i zaradom. Odredba člana 203 stav 2. ovog zakona je istog sadržaja. U njoj je normirana mogućnost

maloljetnika istog uzrasta da zasnue radni odnosa i raspolaže ličnim dohotkom, bez odobrenja staraoca.

Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine normira da maloljetnik koji radom ostvaruje prihode može raspolagati ostvarenim osobnim dohotkom i zaradom (član 137 stav 3).⁴

2.3. Maloljetnik koji je navršio 16 godina života

U odredbi člana 62. stav 1. Zakona o nasljeđivanju, koji se primjenjuje u Federaciji Bosne i Hercegovine⁵, izričito je propisana sposobnost za sačinjavanje testameta: testament može sačiniti svako lice sposobno za rasuđivanje koje je navršilo 16 godina života.

3. Imovina djeteta

Maloljetna djeca mogu imati svoju imovinu, u koju može ulaziti:

- nepokretna imovina,
- pokretna imovina i
- prenosiva prava.

Pravo vlasništva na nekretninama na osnovu pravnog posla dijete stječe upisom u javne knjige o nekretninama. Zakonom dozvoljeni pravni poslovi mogu biti:

- ugovor o prodaji,
- ugovor o poklonu,
- ugovor o zamjeni,
- ugovor o diobi,
- ugovor o prijenosu.

Ako se radi o upisu promjene vlasništva potrebno je priložiti ugovor o otuđenju odnosno prijenosu, a prema načelu konstitutivnosti vlasništvo i druga prava na nekretninama nastaju tek upisom u zemljišnu knjigu u Federaciji Bosne i Hercegovine. Pri tome se u B "Vlasnički list" zemljišnoknjižnog uložka unosi i ime maloljetnog vlasnika zemljišnoknjižnog tijela sa uobičajenom skraćenicom "mldb" i zabilježba maloljetnosti koja se tiče vlasništva. Zabilježba maloljetnosti je od značaja za raspolaganje imovinom maloljetnih osoba - za pravne poslove za koje je zakonom obavezna notarska obrada isprava. Zabilježba je upis u javni registar određenih okolnosti i činjenica koje su od uticaja na raspolaganje nekretninama. Zato se u praksi uvijek mora voditi računa da li se u svakom pojedinom slučaju radi o raspolaganju imovinom maloljetnih osoba.

Kod stjecanja prava vlasništva nasljeđivanjem, maloljetni nasljednik stječe pravo vlasništva na stvari i prava u trenutku otvaranja nasljeđa na imovini ostavitelja, ako zakonom nije drukčije određeno.

⁴ Propisima radnog zakonodavstva za zasnivanje radnog odnosa zahtijeva se uzrast od 15 godina.

⁵ "Službeni list SRBiH", br. 7/80 i 15/80

Prema tome, maloljetna djeca mogu imati svoju imovinu koju steknu radom ili dobiju nasljeđivanjem, poklonom ili po drugom zakonom dozvoljenom osnovu. Takvom imovinom, osim one koju je maloljetnik stekao radom, do njegove punoljetnosti upravljaju roditelji.

3.1. Otuđenje i opterećenje imovine djeteta

U odredbi člana 287. Porodičnog zakona Republike Srpske, koja se odnosi na otuđenje i opterećenje imovine djeteta i koja uglavnom odgovara odredbi stava 1. člana 266. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine i stava 1. člana 243. Porodičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.⁶Razlika između rješenja ovih zakona je u tome što član 287. Porodičnog zakona Republike Srpske ima samo jedan stav, a u odredbi stava 2. navedenih članova ostala dva zakona propisano je da samo s odobrenjem organa starateljstva roditelji mogu preduzimati pred sudom ili drugim organima procesne radnje koje se odnose na imovinu djeteta.

3.1.1. Najbolji interes djeteta

Najbolji interes djeteta je, prije svega, činjenično pitanje. U svakom konkretnom slučaju nužno je utvrditi i zadokumentovati činjenice i okolnosti o postojanju najboljeg interesa djeteta. Radi ilustracije navodimo obrazloženje rješenja drugostepenog organa starateljstva kojim se odbija žalba protiv rješenja prvostepenog organa starateljstva o odbijanju zahtjeva zakonskih zastupnika maloljetnih ugovarača za davanje saglasnosti za zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju. U njemu je samo postavljeno pitanje: "da li je takav ugovor u najboljem interesu maloljetne djece, imajući u vidu da obaveza izdržavanja u praksi ne podrazumijeva samo obavezu obavljanja uobičajenih kućnih poslova?" Pri tome nije dato obrazloženje činjenica i okolnosti konkretnog slučaja koje idu u korist ili na štetu maloljetnika kao davalaca izdržavanja⁷.

3.1.2. Pravna priroda odobrenja nadležnog organa starateljstva za pravne poslove raspolaganja imovinom maloljetnih lica u formi notarski obrađene isprave

U važećim porodičnim zakonima u Bosni i Hercegovini koristi se termin "odobrenje" za akt nadležnog organa starateljstva vezan za pravne poslove raspolaganja imovinom maloljetnih lica koji se, kao što je naprijed istaknuto, obligatorno zaključuju u formi notarski obrađene isprave.

Po svojoj pravnoj prirodi takvo odobrenje je prethodno odobrenje za svaki pojedinačni pravni posao. U praksi se može postaviti pitanje: da li pravni

⁶ "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", broj 3/07

⁷ Rješenje Federalnog ministarstva rada i socijalne politike Sarajevo broj: 05-35/10-941/08 od 14.07.2008.

posao sklopljen bez odobrenja organa starateljstva može konvalidirati naknadnim odobrenjem organa starateljstva? Odgovor na to pitanje je potvrđan ako to zahtijeva najbolji interes djeteta i u suštini takvo odobrenje je saglasnost organa starateljstva, koja može biti data prije sklapanja ugovora kao dozvola, ili poslije sklapanja ugovora kao odobrenje.

Za svaki pojedinačni pravni posao, notarski obrađena isprava o tome mora sadržavati precizne pouke i upozorenja kako ne bi bila ništava. U praksi je uputno da notar ne izdaje otpравak izvornika pravnog posla dok ne pribavi naknadno odobrenje organa starateljstva u takvim slučajevima. Ovo odobrenje je garancija zaštite najboljeg interesa djeteta. U ocjeni najboljeg interesa djeteta u svakom konkretnom slučaju organu starateljstva pomažu i notari, vezano za pitanja koja su u njihovoj nadležnosti..

Treće lice, kao saugovorač maloljetnika koga je zastupao zakonski zastupnik, može pozvati organ starateljstva da se u određenom roku, ali ne kraćem od trideset dana izjasni da li daje ili uskraćuje odobrenje u smislu člana 58. st. 1. i 2. Zakona o obligacionim odnosima. Čutanje organa starateljstva smatra se kao odbijanje odobrenja na zaključeni pravni posao. O odobravanju pravnog posla ili odbijanju odobrenja za zaključeni pravni posao organ starateljstva donosi rješenje protiv koga je dozvoljena žalba.

Ukoliko je pravni posao zaključen i obostrano izvršen bez odobrenja organa starateljstva, a ni jedna strana ne podnese zahtjev za davanje odobrenja, on je relativno ništav. Maloljetnik koji je stekao potpunu poslovnu sposobnost može nakon punoljetstva pravni posao odobriti (ako to nije učinio organ starateljstva dok je maloljetnik bio poslovno nesposoban) ili podnijeti tužbu sudu za poništenje pravnog posla. Pravo na podnošenje tužbe prestaje protekom tri mjeseca od sticanja potpune poslovne sposobnosti, odnosno saznanja za zaključeni pravni posao u smislu člana 59. Zakona o obligacionim odnosima.

Odluku o stavljanju pod starateljstvo maloljetnika koji ima nepokretne imovine organ starateljstva je dužan da dostavi nadležnom općinskom sudu koji vodi zemljišne knjige radi upisa zabilježbe.

3.1.2. Forma i sadržaj isprave koja sadrži najbolji interes djeteta u imovinskim odnosima

Iz procesnih i materijalno-pravnih zakona na koje se ukazuje u ovom radu proizlazi da je forma isprave u koju je ugrađen najbolji interes djeteta u imovinskim odnosima notarski obrađena isprava kao javna isprava.

Zakonodavac ne daje definiciju najboljeg interesa djeteta. Zbog toga se najbolji interes djeteta utvrđuje i obrazlaže u svakom konkretnom slučaju, pri zaključenju pravnog posla u formi notarski obrađene isprave.

3.2. Maloljetnik kao davatelj izdržavanja u ugovoru o doživotnom izdržavanju u formi notarski obrađene isprave

U vezi s pitanjem da li maloljetna osoba može biti davatelj izdržavanja, u praksi je u jednom slučaju nadležni centar za socijalni rad odbio dati saglasnost na notarski obrađen ugovor o doživotnom izdržavanju u kome su se pojavile maloljetne osobe kao davatelji izdržavanja.

Radi se o dopisu JU "Kantonalni centar za socijalni rad" Sarajevo, Služba socijalne zaštite općine Centar, broj: 35/II-02-530-464/08 od 18.04.2008.godine, kojim su ugovorne strane i notar obaviještene da se ne može dati saglasnost na ugovor o doživotnom izdržavanju maloljetnih osoba kao davatelja izdržavanja, u kome je navedeno sljedeće:

" U vezi Vašeg zahtjeva za izdavanje rješenja saglasnosti sa mladb. B. Nejru i Muamera – u svrhu zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju sa njihovim roditeljima B. Rubinom i Mustafom, obavještavamo Vas:

Organ starateljstva ne može dati saglasnost za zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju kojim bi se obavezali mladb. B. Nejra rođena 03.12.1993. godine i mladb. B. Muamer rođen 26.12.1996. godine na izdržavanje svojih roditelja, obzirom da je Porodičnim zakonom FBiH u članu 215. propisano da su roditelji dužni izdržavati maloljetno dijete i u izvršavanju te obaveze moraju iskoristiti sve svoje mogućnosti i sposobnosti.

Članom 213. stav 3. navedenog zakona je propisano da odricanje od prava i dužnosti izdržavanja nema pravnog učinka."

U odgovoru notara na navedeni dopis , sadržano je sljedeće:

"Zahvaljujem se na dopisu, broj i datum gornji, koji ste dostavili Notaru i ugovornim stranama iz ugovora o doživotnom izdržavanju notarski obrađenog pod brojem OPU-374/2008 od 21.03.2008.godine.

Međutim, pravno shvatanje da organ starateljstva ne može dati saglasnost za zaključenje navedenog ugovora , obrađenog po mojoj ocjeni u najboljem interesu maloljetnih ugovarača, koje ste zauzeli u Vašem citiranom dopisu, nezakonito je i neodrživo iz sljedećih razloga:

Sa materijalno-pravnog aspekta ugovor o doživotnom izdržavanju je meritorno institut nasljednog, a ne porodičnog prava.

Ugovor o doživotnom izdržavanju je nasljedno-pravni ugovor, lociran u članu 120.Zakona o nasljeđivanju ("Službeni list SRBiH", br.7/80 i 15/80), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5.Ustava Federacije Bosne i Hercegovine. U članu 120.stav 6.tog zakona izričito je propisano da ugovor o doživotnom izdržavanju mogu međusobno zaključiti i lica koja su po zakonu obavezna da se međusobno izdržavaju.

U konkretnom slučaju se ne radi o izdržavanju kao institutu porodičnog prava, pa nije bilo osnova i mjesta da se Vi u svom dopisu pozivate na čl.213. i 215.Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br.35/05 i 41/05), tako da je u Vašem dopisu očigledno pogrešno primjenjeno i materijalno pravo, kao i pravila postupka, te pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje.

Sa procesno-pravnog aspekta Vi ste o podnesenom zahtjevu odlučili dopisom, a ne rješenjem, tako da niste donijeli meritornu odluku o tom zahtjevu.

Uputno je da preispitate Vaš citirani dopis i nakon toga izdate saglasnost na ugovor o doživotnom izdržavanju notarski obrađen pod brojem OPU-374/2008 od 21.03.2008.godine.

U protivnom, molim da umjesto obavijesti odnosno dopisa, dostavite rješenje kojim se meritorno odlučuje o zahtjevu sa uputstvom o pravnom lijeku sukladno Zakonu o upravnom postupku ("Službene novine Federacije BiH", br.2/98 i 44/99).

Notar prema Evropskom kodeksu prava notarske profesije prevenira sporove, a sudjelovanje notara predupređuje moguće sporove i neizostavni je elemenat efikasnog i funkcionalnog pravosuđa, s tim što su isti principi notarske službe u Federaciji BiH definirani u članu 5. Pravilnika o radu notara ("Službene novine Federacije BiH", br.61/02 i 36/07)."

Rješenjem Federalnog ministarstva rada i socijalne politike Sarajevo od 14.07.2008.godine⁸ odlučeno je da se odbija žalba B. Rubine i B. Mustafe protiv prvostepenog rješenja kojim je odbijen njihov zahtjev za davanje saglasnosti za zaključenje ugovora o doživotnom izdržavanju. U obrazloženju citiranog drugostepenog rješenja organa uprave navedeno je da je "u konkretnom slučaju pitanje da li je takav ugovor u najboljem interesu mladb.djeteta, imajući u vidu da obaveza izdržavanja u praksi ne podrazumijeva samo obavezu obavljanja uobičajenih kućnih poslova ..." Iz takvog obrazloženja je očigledno da ono ne sadrži činjenice i okolnosti konkretnog slučaja za zaključak da ne postoji najbolji interes djece za notarsku obradu ugovora o doživotnom izdržavanju.

U vezi s tim, treba naglasiti da ugovor o doživotnom izdržavanju, prema izričitoj odredbi iz člana 120.stav 6. Zakona o nasljeđivanju, mogu međusobno zaključiti i lica koja su već po zakonu (Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine) obavezna da se međusobno izdržavaju (npr. djeca i roditelji).

Međutim, pravomoćnim rješenjem nadležnog općinskog suda⁹ odlučeno je da se odbija zahtjev za ovjeru ugovora o doživotnom izdržavanju, a u obrazloženju istog je navedeno:

"Notar je dana 10.06.2008.godine podnio ovom sudu zahtjev za ovjeru ugovora o doživotnom izdržavanju notarski obrađen dana 21.03.2008.godine pod brojem OPU – 374/2008, između B. mladb. Nejre, B. mladb. Muamera, B. Rubine i B. Mustafe. Postupajući po zahtjevu, sud je u smislu čl. 66. i 67. ZPP-a a u vezi čl. 2 Zakona o vanparničnom postupku, pozivao podnosioca zahtjeva da se prijedlog uredi a samim tim i obrađeni ugovor u skladu sa pozitivnim zakonskim propisima koji regulišu kako uslove i način zaključenja teretnih ugovora tako i ugovora o doživotnom izdržavanju, da se uskladi sa zakonskim propisima kada se kao stranka u postupku odnosno ugovorna strana pojavljuje maloljetna osoba kod ovakve vrste ugovora i da se odrede stranke u postupku shodno čl. 4. Zakona o vanparničnom postupku. Iz spisa je vidljivo da nije

⁸ Vidjeti Rješenje Federalnog ministarstva rada i socijalne politike Sarajevo broj: 05-35/10-941/08 od 14.07.2008.

⁹ Rješenje Općinskog suda u Sarajevu broj: 65 0 V 046219 08 V od 12.09.2008.

postupljeno po nalogu suda. Iz priloženog obrađenog ugovora, strana druga pasus drugi je navedeno između ostalog "se obavezuju da naknadno pribave od nadležnog organa odgovarajuću saglasnost za mlđb. davatelje izdržavanja uz upozorenje da bez takve saglasnosti ovaj ugovor ima elemenat ništavosti, pa u tom smislu ugovorne strane oslobađaju notara od odgovornosti u tom pogledu". Iz spisa je dalje vidljivo da su pozivani primaoci izdržavanja ali se nisu odazvali na poziv suda.

Kako sud o konkretnoj pravnoj stvari nije mogao u smislu odredbi člana 120. Zakona o nasljeđivanju upozoriti ugovarače, maloljetne davaoocce izdržavanja na posljedice ugovora jer se cijeni da za isto samostalno ne mogu izraziti svoju volju niti primati obaveze (a o zastupanju istih maloljetnika od strane suprotne ugovorne strane i sukobu interesa da se i ne govori) uz činjenicu da nemaju, kako se u ugovoru navodi potrebnu saglasnost nadležnog organa starateljstva, niti po mišljenju ovog suda (imajući u vidu važnost i vrstu ugovora), notar može oslobađati sebe odgovornosti time što je ugovor ništav i uslovljen, to je odbijen zahtjev za ovjeru navedenog ugovora.

Svi navodi u podnescima od 05.08.2008.godine i 28.08.2008.godine su cijijenjeni irelevantnim u ovoj pravnoj stvari."

U svakom konkretnom slučaju potrebno je odgovoriti na pitanje da li maloljetna osoba može biti davatelj izdržavanja. Odgovarajući na postavljeno pitanje prije svega mora se razjasniti pojam i priroda ugovora o doživotnom izdržavanju. Treba istaći da je ugovor o doživotnom izdržavanju zapravo ugovor kojim se jedna strana (davatelj izdržavanja) obavezuje da doživotno izdržava drugu stranu (primatelj izdržavanja), a primatelj izdržavanja, kao protučinidbu na davatelja izdržavanja prenosi cijelu svoju imovinu ili njen dio, pri čemu je prenos te imovine odgođen do smrti primatelja izdržavanja.

Ako se ima u vidu da je u važećem zakonodavstvu izričito propisano da dijete ima pravo znati da je usvojeno najkasnije do njegove sedme godine života; da je za usvojenje djeteta starijeg od deset godina i sposobnog da shvati značenje usvojenja potreban njegov pristanak; da maloljetnik koji je navršio četrnaest godina može sam sklapati pravne poslove kojima stiče prava a preuzeti obaveze samo uz saglasnost roditelja; da maloljetnik koji je navršio petnaest godina života može zasnovati radni odnos i raspolagati svojom plaćom; da testament može sačiniti svako lice sposobno za rasuđivanje koje je navršilo šesnaest godina života, onda se u praksi postavlja osnovano i opravdano pitanje: zašto maloljetnik a posebno maloljetnik koji je navršio četrnaest godina života ne bi mogao biti davatelj izdržavanja u ugovoru o doživotnom izdržavanju u pojedinom konkretnom slučaju? Pri tome ne treba izgubiti iz vida da je za sklapanje pravovaljanog ugovora potrebno da ugovarač ima poslovnu sposobnost koja se traži za zaključenje tog ugovora, ali i da član 56. Zakona o obligacionim odnosima poznaje i ugovor poslovno nesposobne osobe i njegove pravne posljedice, uključujući i naknadno odobrenje nakon punoljetnosti ugovarača. U svakom konkretnom slučaju treba ocijeniti šta za primatelja izdržavanja znači što mu maloljetni davatelj izdržavanja upućuje toplu riječ, pruža čašu vode, donosi lijekove i na drugi pogodan način daje izdržavanje. Uz

to, može se postaviti i pitanje zašto primatelj izdržavanja ne bi ostavio svoju imovinu nakon svoje smrti davatelju izdržavanja na osnovu i u okviru notarski obrađenog ugovora o doživotnom izdržavanju koji je trajao za vrijeme maloljetnosti i punoljetnosti davatelja izdržavanja? Ovo utoliko prije što se navedenim ugovorom primatelj izdržavanja obavezuje da za slučaj smrti svoju imovinu daje u nasljedstvo davatelju izdržavanja, koji se zauzvrat obavezao da primatelja izdržavanja izdržava za života. U naprijed navedenom izlaganju u ovom radu ukazano je da maloljetnik koji je navršio četrnaest godina može sklapati pravne poslove kojima preuzima obaveze samo uz saglasnost roditelja.

U vezi s tim u ovom radu ukazujemo na odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine od 09.10.2013.godine¹⁰ kojom je utvrđena povreda prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda time što je zemljišnoknjižni ured nadležnog suda odbio zahtjev za upis prava vlasništva na određenom stanu po osnovu notarski obrađenog ugovora o doživotnom izdržavanju bez njegove ovjere kod sudije vanparničnog odjeljenja nadležnog općinskog suda. Nakon toga je za formu ugovora o doživotnom izdržavanju u praksi isključivo nužna njegova notarska obrada, a bez ovjere kod sudije. Naime, iz te odluke se vidi da je Ustavni sud Bosne i Hercegovine utvrdio da je povrijeđeno apelantovo pravo na imovinu zato što nije prihvaćen njegov zahtjev da se uknjiži u zemljišnu knjigu temeljem notarskog ugovora koji nije ovjeren od sudije.

4. Mjere radi zaštite imovinskih prava i interesa djeteta

Kada roditelji prihode iz imovine djeteta ne koriste za njegovu izdržavanje, liječenje, odgoj i obrazovanje odnosno izdržavanje članova porodice (na primjer prihode troše na provod ili samo za svoje lične potrebe) ili otuđuju stvari koje čine predmet imovine djeteta ili se nemarno odnose prema njima (ne obrađuju zemljište, ne održavaju građevinske objekte pa oni propadaju itd.), organ starateljstva može preduzeti mjere radi zaštite imovinskih prava i interesa djeteta, i to:

1. zahtijevati u svako doba da roditelji polože račun o upravljanju imovinom djeteta i o prihodima koji se ostvaruju za potrebe djeteta,
2. odlučiti da roditelji u pogledu upravljanja imovinom djeteta imaju položaj staratelja
3. podnijeti prijedlog sudu da odredi mjere osiguranja na imovini roditelja ili

¹⁰ Vidjeti Odluku o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj AP 2423/10 od 09.10.2013.godine.

4.1. Polaganje računa o upravljanju imovinom djeteta

Organ starateljstva može zahtijevati od roditelja polaganje računa o jednom određenom pravnom poslu. To može biti i pravni posao koji je organ starateljstva odobrio (otuđenje ili opterećenje imovine djeteta), kad posumnja da se tako ostvarena sredstva ne koriste u najboljem interesu djeteta.

4.2. Stavljanje roditelja u položaj staraoca

Radi zaštite imovinskih interesa djeteta, organ starateljstva može odlučiti da roditelje u pogledu upravljanja imovinom djeteta stavi u položaj staratelja. Za ovu mjeru će se opredijeliti onda kada utvrdi da će se na ovaj način imovinski interesi djeteta bolje zaštititi.

4.3. Mjere osiguranja na imovini roditelja

S ciljem zaštite imovinskih prava i interesa maloljetnog djeteta organ starateljstva može općinskom sudu podnijeti prijedlog da sud donese rješenje kojim će na imovini roditelja konstituisati sredstvo osiguranja, koje može biti:

- ručna zaloga,
- hipoteka ili
- zaloga na pokretnim stvarima i članskim udjelima.

5. Kratak osvrt na pravni standard najbolji interes djeteta u notarskoj službi

U dosadašnjoj šestogodišnjoj notarskoj praksi¹¹ obrađeno je mnoštvo javnih isprava u formi notarski obrađenih isprava u kojima su se pojavljivala djeca u svojstvu ugovornih strana zastupana od roditelja ili staralaca ili uz odobrenje organa starateljstva.

O tome nije bilo posebnih istraživanja, razmatranja i analiza u svjetlu pravnog standarda najbolji interes djeteta.

To obavezuje da se u narednom periodu obrati posebna pažnja na pravne institute vezane za imovinu i imovinske interese djeteta i na pravnu zaštitu djeteta pri sačinjavanju notarski obrađenih isprava u kojima se pojavljuje dijete, a s ciljem oživotvorenja u praksi pravnog standarda najbolji interes djeteta. Ujedno to nalaže istraživanja, razmatranja i analize o imovinskom aspektu pravnog standarda najbolji interes djeteta i u notarskoj praksi.

¹¹ Od 04.05.2007.godine su počeli sa radom prvi notari u savremenoj Bosni i Hercegovini.

6. Zaključak

Imovinski aspekt je važan dio najboljeg interesa djeteta. U svakom konkretnom slučaju, najbolji interes djeteta je, prije svega, činjenično pitanje. Nužno je pribaviti dokaze i utvrditi činjenice i okolnosti koje su od značaja za postojanje ili nepostojanje najboljeg interesa djeteta kako bi se na osnovu i u okviru činjeničnih utvrđenja mogli sklapati pravni poslovi. U tome je nezaobilazna i veoma značajna zakonska uloga organa starateljstva u procesu davanja odobrenja rukovodeći se najboljim interesom djeteta. Odobrenje organa starateljstva ima konstitutivan pravni značaj. Organ starateljstva je dužan utvrditi i ocijeniti sve činjenice koje idu u prilog i na štetu djeteta u svakom pojedinačnom slučaju u kome se traži odobrenje tog organa kao *conditio sine qua non*. In concreto je bitno pitanje da li je određen pravni posao u najboljem interesu djeteta, od čega zavisi forma i sadržaj ugovora i drugog pravnog posla u imovinskim odnosima u kojima je ugovarač i dijete. U slučaju utvrđenja da je pravni posao u najboljem interesu djeteta, u imovinskim odnosima pravni posao se radi u formi notarski obrađene isprave kao javne isprave.

Pravni standard "najbolji interes djeteta" u imovinskom aspektu se konkretizira u svakom pojedinom slučaju imovine djeteta, kako u pravnim poslovima kojima stiče prava, tako i u pravnim poslovima kojima maloljetnik preuzima obaveze.

Mr. sc. Đemaludin Mutapčić, notary

PROPERTY ASPECT OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN LEGISLATION AND PRACTICE

Summary: Legal nature and importance of the legal standard of "best interests of the child" may be considered and analyzed through the proprietary aspect of the child's best interests. Such research is useful and welcome and deserves attention in the legislation, theory and practice. In this sense, the author of this paper discusses the evaluation of the child's interests in this field, with emphasis on the participation of the guardianship authority and notary in that assessment.

Key words: best interest of the child, property, guardianship authority, notary

NAJBOLJI INTERESI DJETETA - OBAVEZA I ODGOVORNOST NADLEŽNIH INSTITUCIJA -

U radu su, pored Konvencijom o pravima djeteta utvrđenih obaveza države u primjeni i poštivanju principa najbolji interesi djeteta, analizirane i prisutne teškoće da se ovaj princip u okviru nadležnih institucija ispoštuje, u svakom pojedinačnom slučaju. Stim u vezi, na primjeru tri najčešće korištena prijevoda izvornog teksta Konvencije među profesionalcima zaposlenim u nadležnim institucijama na području FBiH, pokazano je da nedosljednosti u prevođenju mogu negativno uticati na razumijevanje obaveznosti primjene samog principa, odnosno na njegovo poštivanje. Ovo tim prije što je iz prezentiranih prijevoda vidljivo da se princip najbolji interesi djeteta i dobrobit djeteta poistovjećuju. Analizom je također utvrđeno da su određene nepreciznosti u prijevodu prisutne/preuzete i u Porodičnom zakonu FBiH, što se posebno odnosi na činjenicu da se u zakonskim odredbama koristi pojam "interes", a ne "interesi", odnosno najbolji interesi djeteta.

Ključne riječi: Konvencija o pravima djeteta, najbolji interesi djeteta, prijevod, institucije, profesionalci.

1. Uvodna razmatranja

UN Konvencija o pravima djeteta (1989) je prvi međunarodni dokument u kojem su u cijelosti obuhvaćene različite kategorije prava djeteta kao zasebnog ljudskog bića/individue, a ne djece kao kolektiviteta ili grupe. Za razliku od drugih međunarodnih konvencija, u kojima su građanska i politička prava odvojena od socijalnih, ekonomskih i kulturnih prava, u Konvenciji sva ova prava po prvi put čine jednu nedjeljivu cjelinu, predstavljajući i danas za veliki broj zemalja potpisnica Konvencije određeni politički izazov.

Usvajanjem Konvencije prava sadržana u članovima: 2, 3, 6, i 12, iako su neka od njih, primjerice pravo na poštivanje "najboljih interesa djeteta", bila zaštićena i ranije u okviru drugih međunarodnih dokumenata, dobivaju status "osnovnih principa", bez čijeg se poštivanja nijedno drugo pravo sadržano u Konvenciji ne može u potpunosti ostvariti. Ti principi su: princip/pravo na nediskriminaciju (čl. 2); princip/pravo na poštivanje najboljih interesa djeteta (čl. 3); princip/pravo na život, opstanak i razvoj (čl. 6); princip/pravo na participaciju (čl. 12).

"Osnovni principi" ili, bolje rečeno, prava koja oni sadrže mogu se ostvarivati i neposredno, kao zasebna prava, primjerice pravo na život. Ono je, iako predstavlja "osnovni princip", samostalno i ne mora uvijek biti uslovljeno ostvarivanjem drugih prava. Naprotiv, ovo pravo/princip, samo po sebi,

predstavlja ključnu mogućnost za ostvarivanje ne samo prava djeteta, nego i svih drugih ljudskih prava.

Princip/pravo "najbolji interesi djeteta", iako prisutan od ranije u odredbama UN Deklaracije o pravima djeteta (1959.), po prvi put je kao posebno pravo promoviran u UN Konvenciji o pravima djeteta. Pri tom su, već od usvajanja Konvencije, prisutne rasprave oko njegovog određenja. Ovo, posebno što pitanje sadržaja samog principa, koji nije definiran u Konvenciji, sve do danas na neki način ostaje otvoreno. Stoga se princip "najbolji interesi djeteta", iako opšteprisutan u porodičnom pravu zemalja potpisnica Konvencije, još uvijek primjenjuje ograničeno. On najčešće obuhvata Konvencijom utvrđena pojedina prava i dužnosti djeteta i roditelja, kao što su: zajednička odgovornost roditelja u podizanju i razvoju djeteta (čl. 18.), zaštita djeteta od zlostavljanja (čl. 19.), zaštita djeteta bez roditeljskog staranja (čl. 20. i 21.), te prava djeteta u sukobu sa zakonom (čl.37. i 40). Istovremeno, ovaj princip prisutan u svim aktivnostima koje se tiču djeteta, prema odredbama Konvencije(čl.3. st.1.), gdje se istovremeno navode pojmovi "djeca" i "dijete", u biti govori o nemogućnosti stroge podjele ljudskih prava na individualna i kolektivna.

2. Obaveze države u provođenju principa/prava "najbolji interesi djeteta"

Ratifikacijom UN Konvencije o pravima djeteta država BiH¹ se obavezala na ostvarivanje i provođenje prava utvrđenih ovim međunarodnim dokumentom u praksu. U svojim odredbama Konvencija posebno ističe/priznaje odgovornost roditelja ili staratelja za podizanje i razvoj djeteta, tako da su "najbolji interesi djeteta" njihova osnovna briga (čl. 18). Međutim, s ciljem ostvarenja "najboljih interesa djeteta", ali i garantiranja i unapređenja drugih prava iz Konvencije, država je obavezna pružiti roditeljima ili starateljima odgovarajuću pomoć u ostvarivanju odgovornosti za podizanje djeteta. Ona je dužna obezbijediti razvoj ustanova, kapaciteta i službi za brigu i dječju zaštitu, s tim da su obaveze države u ostvarivanju prava utvrđenih Konvencijom prema djetetu koje živi izvan porodične sredine znatno šire. Ove obaveze države obuhvaćaju ne samo zaštitu djeteta od svih oblika eksploatacije, zlostavljanja/zanemarivanja, mučenja i sl., nego i obezbjeđenje institucija i mjera kojima se utvrđena prava djeteta, uz poštivanje njegovih "najboljih interesa", ostvaruju. U vezi s navedenim Konvencija (čl. 4.), obavezuje "države potpisnice da će poduzeti sve potrebne zakonodavne, administrativne i ostale mjere" neophodne za ostvarivanje prava priznatih ovim dokumentom, kao i da će "u pogledu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, države potpisnice poduzeti takve mjere maksimalno koristeći

¹ SFRJ je ratificirala Konvenciju 03.01.1991. godine. Raspadom SFRJ BiH je podnijela notifikaciju o sukcesiji, koja je stupila na snagu 06.03.1992. godine.

Konvencija je sadržana u Aneksu I Dejtonskog mirovnog sporazuma, čime je dobila snagu ustavne norme, kao i ostale međunarodne konvencije koje je BiH ratificirala, te stoga ima prioritet u odnosu na domaće zakonodavstvo.

svoja raspoloživa sredstva, a gdje je to potrebno, u okviru međunarodne suradnje".

Osim usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s Konvencijom, država mora poduzeti i druge mjere kako bi se u zakonodavstvu implementirane odredbe provele u praksu, odnosno kako bi se unaprijedio položaj i mogućnosti ostvarivanja prava djeteta u društvu. Te mjere su: formiranje nacionalnih tijela za zaštitu djeteta i ostvarivanje njegovih prava, ombudsmeni za prava djeteta, specijalizirano sudstvo, unapređenje mreže socijalnih ustanova, informiranje djeteta o njegovim pravima itd. Pobražani "pomoćni mehanizmi, uz nevladin sektor, medije i komercijalni sektor" zapravo čine garant u ostvarivanju "najboljih interesa djeteta", koliko god značenje samog pojma bilo neodređeno i podložno različitim interpretacijama. Ovo, posebno što utvrđivanje najboljih interesa od strane drugog za bilo koje ljudsko biće, a za dijete posebno, predstavlja veliku odgovornost, uz mogućnost pojave određenih negativnih posljedica u budućnosti. Stoga, kod donošenja svih odluka koje se tiču djeteta zaposleni u državnim institucijama, uostalom kao i roditelji djeteta, moraju imati na umu da je bit principa u tome da svako dijete, zavisno od njegove psihičke i fizičke razvijenosti, treba samo da kaže i odredi šta su njegovi najbolji interesi.

3. Teškoće nadležnih institucija i profesionalaca u primjeni/poštivanju principa/prava - "najbolji interesi djeteta"

Različiti profili stručnjaka, primjerice socijalni radnici, tužitelji, suci, policijski službenici, prosvjetni i zdravstveni radnici, koji su zaposleni u državnim institucijama i koji su svakodnevno u prilici da odlučuju o djetetu i njegovim pravima, često se susreću s različitim poteškoćama i preprekama koje onemogućavaju poštivanje principa "najbolji interesi djeteta". Prisutni problemi su, s obzirom na složenost samog pristupa i načina utvrđivanja, dodatno opterećeni etičkim i profesionalnim dilemama, iako se u većini slučajeva procjena najboljih interesa djeteta donosi na multidisciplinarnom principu. U ovom kontekstu određene teškoće i dileme kod profesionalaca mogu stvarati i neprecizni prijevodi izvornog teksta Konvencije u kojima se sintagma "najbolji interesi djeteta" prevodi "u duhu našeg jezika", tako da se najčešće riječ "najbolji" izostavi što upućuje na mogućnost da se poštivanje samog principa u pojedinim slučajevima, u smislu obaveznosti, umanjuje ili zapostavlja.

3.1. Prisutne nedosljednosti u prevođenju izvornog teksta Konvencije

U stručnoj javnosti u BiH, posebno kod profesionalaca zaposlenih u nadležnim državnim institucijama, ali i nevladinom sektoru u primjeni principa "najbolji interesi djeteta" najčešće su u upotrebi tri oficijelna prijevoda izvornog teksta Konvencije.² Kako bi konkretno ukazali na prisutne nedosljednosti, za

²Prijevodi UN Konvencije o pravima djeteta koji su najčešće u upotrebi među profesionalcima objavljeni su u sljedećim izdanjima:

potrebe ovog rada, iz integralnog teksta sva tri prijevoda Konvencije prezentiramo izvode čl. 3 i čl. 21.

Tabela br. 1: Princip "najbolji interesi djeteta" - neujednačenosti u prijevodima čl.3., st.1 Konvencije

R. br.	Godina prijevoda Konvencije	Čl.3 st.1: izvod iz sadržaja
1.	1990:	... "interesi djeteta trebaju imati prvenstvo..."
2.	1996:	... "od primarnog značaja su i interesi djeteta..."
3.	2001:	... "najbolji interesi djeteta biće od prvenstvenog značaja..."
4.	Izvorni tekst:	... "the best interests of the child shall be a primary consideration..."

Izvor:

1. Unicef, 1999. god, str.48.;
2. MVP BiH i IBHI, 1996. god., str.257.;
3. Jugoslovenski centar za prava deteta, 2001. god. str. 42.;³
4. <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/540?OpenDocument>.

Analizom prijevoda čl.3. st.1. Konvencije, prezentiranih u tab. br. 1, može se zaključiti da se, za razliku od izvornog teksta,⁴ pod rednim brojem 4., gdje stoji ... "the best"..., pod rednim brojevima 1 i 2 uz riječ "interesi" ne nalazi riječ "najbolji". Ovako nepotpun prijevod stvara prostor za različite interpretacije i tumačenja u praktičnoj primjeni datih odredaba i utvrđivanja najboljih interesa djeteta. U istom kontekstu, sva tri prezentirana prijevoda, sadrže određena kojim se naglašava važnost poštivanja interesa djeteta, koji trebaju imati "prvenstvo" (red. br. 1), koji su od "primarnog značaja" (red. br. 2) i koji će biti od "prvenstvenog značaja" (red. br. 3), što je u skladu s izvornim tekstom. Pri tom se niti u jednom od prijevoda ne koristi jednina riječi "interes", nego isključivo množina – "interesi djeteta". Ovim se očito, pored činjenice da se najbolji interesi djeteta uvijek moraju razmatrati u kombinaciji s drugim pravima djeteta⁵ datim u Konvenciji, želi istaći i to da u svakodnevnom životu djeteta ne postoji samo jedan interes, čije bi ostvarivanje objedinjavalo skup različitih

1. *Djeca prije svega*, J. P. Grand (predgovor), Unicef, New York, 1999. god., str.43-79.

2. *Ljudska prava – odabrani međunarodni dokumenti (Zvanični tekstovi)*, Ministarstvo vanjskih poslova BiH i Nezavisni biro za humanitarna pitanja, Sarajevo, 1996. god., str.252-295.

3. *Prava deteta i Konvencija o pravima deteta* (priredila N. Vučković Šahović), Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 2001. god., str. 53-73.

³Vidjeti: fusnotu br.2 s potpunim podacima o izvoru.

⁴Vidjeti <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/540?OpenDocument>, pristup: 01.09.2013.

⁵Vidjeti: *UNHCR Smjernice o određivanju najboljih interesa djeteta*, 2008. god., (<http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>, 21.10.2014).

interesa koji su u pravilu, ali ne uvijek i obavezno, usko povezani s tzv. glavnim interesom.

Tabela br. 2: Ostvarivanje dobrobiti djeteta - neujednačenosti u prijevodima čl.3 st.2 Konvencije

R. br.	Godina prijevoda Konvencije	Čl.3 st.2: izvod iz sadržaja
1.	1990:	... "skrb kakva je potrebna za njegovu dobrobit..."
2.	1996:	... "briga koja je prijeko potrebna za njegovu dobrobit..."
3.	2001:	... "briga koja je neophodna za njegovu dobrobit..."
4.	izvorni tekst:	... "to ensure the child suchprotection and care as is necessary for his or her well-being..."

Izvor:

1. Unicef, 1999. god, str.48.;
2. MVP BiH i IBHI, 1996. god., str.257.;
3. Jugoslovenski centar za prava deteta, 2001. god. str. 42.;⁶
4. <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/540?OpenDocument>.

Sva tri prijevoda, prezentirana u tabeli br. 2, naglašavaju obavezu države da svakom djetetu pojedinačno obezbjedi odgovarajuću zaštitu i brigu čiji je osnovni cilj njegova dobrobit, koja je sastavni dio poštivanja principa najboljih interesa djeteta. To se odnosi ne samo na odluke koje donose vladina upravna ili zakonodavna tijela nego i na odluke koje donose roditelji, zakonski staratelji ili drugi pojedinci koji su pravno odgovorni za dijete. Podaci u tabeli također pokazuju da u sva tri prijevoda postoje određene gradacije o važnosti izražene brige u kontekstu ostvarenja dobrobiti djeteta. Te gradacije su "potrebna", "prijeko potrebna" i "neophodna" briga. Stoga je moguće zaključiti da riječ "potrebna", prijevod pod redni brojem 1, daje prostor za neobvezujuću, primjereno datim mogućnostima, brigu i zaštitu djeteta koja bi u prvi plan imala njegovu dobrobit.

Neodvojivost primjene principa "najbolji interesi djeteta" od "dobrobiti djeteta" u određenim okolnostima nije jednostavno ispoštovati. To je posebno prisutno u slučajevima kada su želje djeteta u suprotnosti s njegovom dobrobiti ili ako, npr. za dijete s teškoćama u razvoju koje je bez roditeljskog staranja, ne postoji interes za usvojenjem ili zbrinjavanjem u hraniteljsku porodicu. U ovoj situaciji se takvo dijete gotovo od rođenja nalazi u institucionalnom smještaju, koji je za njegov rast i razvoj najnepovoljniji oblik alternativne zaštite/zbrinjavanja.

Donijeti odluku o tome šta je u "najboljim interesima djeteta" uz istovremeno obezbjeđenje zaštite i brige čija je bit dobrobit djeteta nije uvijek jednostavno. Ovo tim prije što se upotreba riječi "interes" i "dobrobit", čije se značenje jezički bitno razlikuje, ponekad u praksi izjednačava. Razlikovanje sadržaja i značenja ova dva pojma, kako bi se izbjegla njihova sinonimna

⁶Vidjeti: fusnotu br.2 s potpunim podacima o izvoru.

upotreba u praksi, potencirana je i u stručnoj literaturi. Tako pojedini autori smatraju da sadržaj riječi "interes" u većini aspekata najčešće označava "određene koristi koje donosi, najčešće ekonomsko politička dimenzija... pod interesom djeteta trebalo bi razumijevati sve oblike standardizovanog načina održavanja života i ambijenta u kojem se dijete kreće, realizaciju njegovog obrazovanja i participaciju u svim dobrima savremenog društva. To u biti znači da su moderne forme naše civilizacije primjerice u aspektima obrazovanja i zdravlja njegova normalna potreba i zakonska obaveza koliko djetetovih roditelja toliko i društvenih institucija". Riječ "dobrobit", ista autorica, smatra "sinonimom" za riječ sreća, što bi se moglo poistovjetiti sa sintagmom "sretno djetinjstvo", koja čini "suštinski sadržajni smisao pojma "najbolji interesi djeteta"... Značenje pojma "dobrobit" utemeljeno jena najljepšim, najboljim, najsvrsishodnijimvaspitnim formama određenja, odnosno oblikovanja djeteta u kompetentnu ličnost budućeg građanina. Sreća je imati dobre, razborite, odmjerene, ugledne, plemenite roditelje, tokom školovanja imati dobre učitelje i profesore, živjeti u standardnom ambijentu doma i skladnog porodičnog okruženja...".⁷

Vezano za ostvarivanje "najboljih interesa djeteta", pored čl.3. Konvencije, smatramo da dodatnu analizu zaslužuju i formulacije, odnosno prijevodi čl. 21., koji govori o usvojenju djeteta.

Tabela br. 3: Standard "najbolji interesi djeteta" i institut usvojenja - nedosljednosti u prijevodu čl. 21 Konvencije

Redni broj	Godina prijevoda Konvencije	Čl.21 (preambula): izvod iz sadržaja
1.	1990:	..."da će se najveća moguća briga posvetiti dobrobiti djeteta..."
2.	1996:	..."da najbolji interesi djeteta budu odlučujući..."
3.	2001:	..."da najbolji interesi djeteta budu od prevashodne važnosti..."
Izvorni tekst:		..."that the best interests of the child shall be the paramountconsideration..."

Izvor:

- 1.Unicef, 1999. god, str.48.;
2. MVP BiH i IBHI, 1996. god., str.257.;
- 3.Jugoslovenski centar za prava deteta, 2001. god. str. 42.;
- 4.<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/540?OpenDocument>.

Prijevod prezentiran u tab. br. 3, pod rednim brojem 1, nedvojbeno pokazuje da se između principa "najbolji interesi djeteta" i "dobrobiti djeteta" stavlja znak jednakosti. Uz navedeno, neujednačenosti u prijevodu također postoje i kod ostvarivanja principa "najbolji interesi djeteta". Tako se kod

⁷Miković, M, *Maloljetnička delinkvencija i socijalni rad*, Magistrat, Sarajevo, 2004., str. 22.

⁸Vidjeti: fusnotu br.2 s potpunim podacima o izvoru.

prijeвода pod red.br. 1, za ostvarivanje "dobrobiti djeteta" koristi pojam "najveća moguća briga". Za razliku od navedenog kod ostvarivanja "najboljih interesa djeteta", pod rednim br. 2., koristi se pojam "odlučujući", a pod red. br. 3 sintagma "od prevashodne važnosti", s tim što posljednja dva pojma ("odlučujući" i "od prevashodne važnosti") imaju gotovo sinonimno značenje. Također, za prijevode pod red. br. 2 i 3 zajedničko je korištenje sintagme "najbolji interesi djeteta", kako i stoji u izvornom tekstu Konvencije, a ne "najbolji interes djeteta" kako je to najčešće u upotrebi.

4. Poštivanje/primjena principa "najbolji interesi djeteta": zakonodavstvo i praksa

Porodično zakonodavstvo BiH, koje je gotovo u cijelosti usklađeno s odredbama UN Konvencije o pravima djeteta, sadrži određene, istina manje, nepreciznosti vezano za izvorni tekst ovog međunarodnog dokumenta. To se posebno odnosi na formulaciju "najbolji interesi djeteta", gdje je, primjerice u PZ FBiH,⁹ (čl. 140., 147., 153.), gdje je pojam "interesi", naveden u jednini, "interes", odnosno "najbolji interes djeteta". U vezi s ovim ističemo da je upotreba jednine, odnosno formulacija "najbolji interes djeteta" prisutna i u praksi Europske komisije za ljudska prava i Europskog suda za ljudska prava, primjerice povodom čl. 8. o pravu na porodični život i privatnost Europske Konvencije o ljudskim pravima. Ipak, bez obzira na navedeno, smatramo da bi, s ciljem izbjegavanja i najmanje mogućnosti neegzaktnog tumačenja u primjeni ovog principa, u novom Porodičnom zakonu FBiH pojam "interes" trebalo zamijeniti pojmom "interesi". Ovo tim prije što je obaveza i odgovornost poštivanja samog principa, čija formulacija u Konvenciji ne utvrđuje specifične obaveze, prvenstveno u nadležnosti javnih/državnih institucija: socijalnog staranja, sudova, administrativnih organa ili zakonodavnih tijela. Stoga se čini da je zapravo više u pitanju princip kojim se ove institucije trebaju rukovoditi pružajući odgovarajuću zaštitu i brigu neophodnu za dobrobit djeteta, ali "uzimajući u obzir prava i obaveze njegovih roditelja, zakonskih staratelja ili drugih pojedinaca koji su pravno odgovorni za dijete..." (čl. 3 st. 2). Uz navedeno, kod primjene samog principa treba imati u vidu i činjenicu da je svako dijete zasebna, neponovljiva jedinka. Ono ne pripada jednoj homogenoj skupini. Svako pojedinačno dijete se nalazi u različitom razvojnom periodu, živi u različitom porodičnom okruženju, ima različito iskustvo i različite mogućnosti suočavanja sa stresnim događajima, kao što su: razvod braka roditelja, gubitak roditeljskog staranja, nasilje u porodici, teškoće u razvoju i sl.

S druge strane, princip "najbolji interesi djeteta" koliko god bio u određenju porodičnog prava "neodređen" istovremeno je i odredivi pravni pojam. On "zahtijeva da se prepozna određena djetetova potreba i da se na najbolji mogući način zadovolji".¹⁰ Stoga je osnovna obaveza i odgovornost državnih institucija da svakom djetetu pojedinačno, čija su prava uslijed

⁹Porodični zakon FBiH, Sl.novine FBiH br. 35/05.

¹⁰Alinčić, M. et al, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2001.

različitih uzroka ugrožena, omogućiti njihovo ostvarivanje uz poštivanje "najboljih interesa".

Prema odredbama aktualnog, posebno porodičnog, socijalnog i krivično-pravnog zakonodavstva u BiH, odnosno FBiH, državne institucije koje imaju najveću odgovornost u primjeni/provođenju principa "najbolji interesi djeteta", uz brigu i zaštitu koje su neophodne za djetetovu dobrobit, su: centri za socijalni rad, pravosuđe, te obrazovne i zdravstvene ustanove. Stručnjaci zaposleni u ovim institucijama većinom se nalaze u procjepu između aktualnim zakonodavstvom utvrđenih prava djeteta, s jedne strane, te stvarnih mogućnosti, koje zavise posebno od ekonomsko socijalnih i političkih uslova društva, s druge strane.

Istraživanja¹¹ koja govore o praksi, posebno centara za socijalni rad, pokazuju da se princip "najbolji interesi djeteta", kao i dječija prava na području FBiH svakodnevno krše. Nepoštivanje principa najboljih interesa je postalo sastavni dio života posebno djeteta koje se nalazi u izrazito rizičnim situacijama. Ovo se, prema rezultatima istraživanja, naročito odnosi na djecu s teškoćama u razvoju koja većinom još uvijek pohađaju nastavu u tzv. specijalnim školama, zavodima, ali i na najveći broj djece bez roditeljskog staranja. Nepoštivanje najboljih interesa djeteta ove skupine djece se posebno ogleda u tome da se na institucionalnom smještaju, koji se smatra najmanje prihvatljivim oblikom alternativnog zbrinjavanja, nalazi više od 50% ukupnog broja ove populacije. Dodatni problem, označen također nepoštivanjem najboljih interesa djeteta, čini i to da je najveći broj djece bez roditeljskog staranja smješten u ustanove koje zbrinjavaju više od stotinu djece, među kojima su većinom i djeca predškolske dobi, posebno mlađa od 3, odnosno 5 godina.

Ovako stanje uzrokovano je nizom različitih problema i poteškoća s kojima se susreću profesionalci u nadležnim državnim institucijama, od kojih na prvom mjestu treba izdvojiti lošu socio ekonomsku situaciju u društvu, što ima za posljedicu nedovoljno razvijen sistem alternativne zaštite djeteta bez roditeljskog staranja, npr. hraniteljstva. Navedeno dodatno usložnjava i izrazito komplikovana zakonska procedura u primjeni instituta usvojenja, ali i kršenje najboljih interesa djeteta kroz zakonsku odredbu da se potpuno može usvojiti dijete samo do desete godine života (čl.101. PZ FBiH). Stoga se čini da su profesionalci zaposleni u nadležnim institucijama, koje i pored zakonom utvrđenih obaveza i odgovornosti za provođenje najboljih interesa djeteta i poštivanje njegovih prava ne stvaraju neophodne pretpostavke za njihovo ostvarivanje, primorani da u svakodnevnom radu s djecom princip "najbolji interesi djeteta" često ne ispoštuju.

¹¹Vidjeti: Miković, Ba, *Analiza trenutne politike u FBiH o djeci bez roditeljskog staranja*, IRI, Sarajevo, 2014.

5. Zaključak

Princip/pravo "najbolji interesi djeteta", kao jedan od četiri osnovna principa data u UN Konvenciji o pravima djeteta, s obzirom da njegov sadržaj nije definisan u Konvenciji, iako opšteprihvaćen u porodičnom pravu zemalja potpisnica još uvijek se primjenjuje ograničeno.

U svojim odredbama Konvencija posebno potencira obavezu države na poduzimanje različitih mjera s ciljem ostvarivanja prava djeteta, među kojima su i obezbjeđenje razvoja ustanova, kapaciteta i službi za brigu i dječiju zaštitu kao što su: formiranje nacionalnih tijela za zaštitu djeteta i ostvarivanje njegovih prava, ombudsmeni za prava djeteta, specijalizirano sudstvo, unapređenje mreže socijalnih ustanova itd.

U nadležnim institucijama na području FBiH poštivanje/provođenje principa najbolji interesi djeteta, u svakodnevnom radu s djecom odnosno tokom pružanja odgovarajuće zaštite i brige o djetetu, ostvaruju različiti profili profesionalaca koji većinom koriste raspoložive prijevode izvornog teksta Konvencije. S tim u vezi, na osnovu analize tri najčešće korištena prijevoda, s fokusom na prijevod sintagme najbolji interesi djeteta, došlo se do saznanja da prisutne nedosljednosti i nepreciznosti u prijevodima u praksi mogu dovesti do nepoštivanja principa najbolji interesi djeteta, posebno u situacijama kada je mogućnost primjene i inače upitna. Ovo tim prije što se i u PZ FBiH kod navođenja principa najbolji interesi djeteta koristi isključivo pojam "interes" umjesto "interesi".

Najbolji interesi djeteta, posebno kod djeteta bez roditeljskog staranja najvećim dijelom su uslovljeni socijalno ekonomskim i političkim prilikama u društvu, koje su u BiH izrazito loše. U ovom kontekstu, na osnovu provedenog istraživanja o trenutnoj politici zaštite djeteta bez roditeljskog staranja u FBiH, konstatovano je da se princip najbolji interesi djeteta u skupu djece bez roditeljskog staranja najviše krši zbog nerazvijenosti hraniteljstva i zakonskih prepreka za usvojenje, odnosno izrazito komplikovane zakonske procedure.

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD – OBLIGATIONS AND RESPONSIBILITIES OF THE COMPETENT INSTITUTIONS -

Summary: The study apart from obligations of the state for the rights of children within the application and respect of the Convention on the Rights of the Child, also provides, for each individual case an analysis of difficulties present while respecting this principle within the competent institutions. With regard to the afore mentioned, the application of the three mostly used interpretations of the original text of the Convention among experts employed in the competent institutions on the territory of the Federation of BiH, indicate that discrepancies within translations might negatively influence the understanding of the necessity to obligatorily apply the very principle, i.e. respect it. Having said that, the presented translations visibly indicate that the principles of the best interests of the child and the wellbeing of the child are being equated with each other. This analysis also determines certain inconsistencies within translations present/also incorporated into the FedBiH Family Law, specially referring to the fact that legal provisions use the term "interest" and not "interests", i.e. best interests of the child.

Key words: Convention on the Rights of the Child, best interests of the child, interpretation/translation, institutions, experts

NAJBOLJI INTERES DJETETA I PRIMJENA MEĐUNARODNIH STANDARDA O ZABRANI DJEČIJEG RADA

Autorica u radu razmatra pitanje zaštite djece koja rade teške i neadekvatne poslove, propisane odredbama međunarodne i domaće regulative, te njihove implementacije, s ciljem utvrđivanja stepena osiguranja zaštite prava djeteta. Prikazala je djelovanje međunarodnih i regionalnih organizacija koje svojim aktivnostima daju doprinos suzbijanju dječijeg rada. Apostrofirala je značaj aktivnosti koje preduzima Međunarodna organizacija rada u ovoj oblasti, pa je dio rada posvetila analizi djelovanja ove organizacije. Nakon toga razmatrala je uređenje zaštite na radu maloljetnih zaposlenika u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, a u svjetlu prihvaćenih međunarodnih standarda. Na osnovu provedene analize autorica je zaključila da postoji nesklad između normativnog i stvarnog stanja, da je i dalje u praksi prisutan problem neimplementacije brojnih usvojenih međunarodnih dokumenata

Ključne riječi: dječiji rad, međunarodni standardi, Međunarodna organizacija rada, radno zakonodavstvo BiH, najbolji interes djeteta.

1. Uvod

Djelovanje međunarodnih organizacija u oblasti zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda obuhvatilo je i zaštitu prava posebno osjetljive kategorije populacije, odnosno djece. Usvojeni su mnogi značajni međunarodni dokumenti koji na neposredan ili posredan način reguliraju dječija prava. Pritom važno je spomenuti aktivnosti Ujedinjenih nacija, Vijeća Evrope, Međunarodne organizacije rada, Evropske unije kao i drugih međunarodnih i regionalnih organizacija koje su usvojile veliki broj konvencija, preporuka i drugih akata kojima su uspostavljeni međunarodni standardi za ukidanje i zabranu najgorih oblika dječijeg rada. Unatoč postojećem zakonodavnom okviru koji zabranjuje takav rad djece, danas je na svjetskom nivou uočen značajan problem jer mnoga djeca rade poslove koji su štetni za njihovo zdravlje i psihofizički razvoj. U okviru Međunarodne organizacije rada¹ (u daljem tekstu: MOR) uspostavljen je i program IPEC - Međunarodni program za ukidanje dječijeg rada,² ali na ovom

¹ Međunarodna organizacija rada osnovana je na Mirovnoj konferenciji u Parizu 1919. godine. MOR je stalna i trajna međunarodna organizacija rada, a zbog svog članstva predstavlja univerzalnu međunarodnu organizaciju. Više o tome: Dedić, S; Gradašćević-Sijerčić, J; *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005. godine, str. 55.

² Ovaj program je kreiran 1992. godine s ciljem progresivne eliminacije dječijeg rada, koji je trebao biti postignut kroz jačanje kapaciteta zemalja u rješavanju problema i promovisanjem svjetskog pokreta u borbi protiv dječijeg rada. IPEC trenutno djeluje u 88 zemalja. To je globalno najveći program takve vrste i najveći pojedinačni operativni program MOR-a. Više o tome na

polju djeluju i mnoge druge međunarodne i nacionalne organizacije, kao i države, ali i pojedinci. Prema podacima MOR-a za 2012. godinu, na svjetskom nivou broj djece koja rade iznosi 168 miliona. Ovo pokazuje pad od 1/3 u odnosu na 2000. godinu, kada je taj broj bio još veći, odnosno 246 miliona.³ Radi se o poslovima koji su teški, opasni i u suprotnosti s odredbama međunarodnih dokumenata koji propisuju zaštitu djece od ekonomskog eksploatiranja i rada koji šteti njihovom obrazovanju i opasan je za njihovo zdravlje i cjelokupan razvoj.

Dječiji rad je predmet pažnje u okviru međunarodne zajednice već skoro jedan vijek i značajno duže na državnom nivou. Najranije reguliranje dječijeg rada datira iz 1284. godine kada je statutom udruženja venecijanskih proizvođača stakla zabranjeno zapošljavanje djece u određenim opasnim aktivnostima u okviru trgovine staklom. Ipak, iako dječiji rad nije jedinstven za sadašnju eru, u novije vrijeme kako su se podaci poboljšali, opseg problema je postao vidljiviji.⁴

Dječiji rad nije nova pojava, postoji od samog nastanka ljudske zajednice, kao i zloupotreba i nasilje nad djecom u procesu rada. Evidentno je postojanje razlika u različitim vrstama rada koji obavljaju djeca. Djeca se angažuju u različitim vrstama radnih aktivnosti koje mogu obuhvatiti teške, zahtjevne i neadekvatne poslove, ali isto tako moguće je da djeca budu angažovana na poslovima koji nemaju nikakav štetan utjecaj na njihov fizički i psihički razvoj.

Učešće djece i adolescenata u poslu koji ne utiče na njihovo zdravlje i lični razvoj ili ne utiče na njihovo školovanje, generalno se posmatra kao nešto pozitivno. Ovo uključuje aktivnosti kao što je pomaganje njihovim roditeljima oko kuće, pomaganje u porodičnom poslu ili zarađivanje džeparca izvan vremena za školu i tokom školskih raspusta. Ove vrste aktivnosti doprinose razvoju djece i dobrobiti njihovih porodica; osiguravaju im sticanje vještina i iskustva, i pomažu u njihovom pripremanju da postanu produktivni članovi društva tokom njihovog života kao odraslih osoba.⁵ Ipak, većina posmatrača i istraživača - i u nekoliko slučajeva čak i cijela međunarodna zajednica - smatraju

službenoj internet stranici Međunarodne organizacije rada. Dostupno na: <http://www.ilo.org/ipecc/programme/lang--en/index.htm>. Pristupljeno 10.02.2014. godine.

³ Azija i Pacifik i dalje imaju najveći broj djece koja rade (skoro 78 miliona ili 9,3 % dječije populacije). Sub-saharska Afrika predstavlja regiju sa najvećom učestalošću dječijeg rada (59 miliona, preko 21 %). U Latinskoj Americi i na Karibima je 13 miliona (8,8 %) djece angažovane u dječijem radu, dok je na Bliskom Istoku i u Sjevernoj Africi 9,2 miliona (8,4 %). Poljoprivreda ostaje najvažniji sektor u kojem se mogu pronaći dječiji radnici (98 miliona ili 59%), ali problemi nisu zanemarljivi ni u uslužnom sektoru (54 miliona) i u industriji (12 miliona) – većinom u neformalnoj ekonomiji. Dječiji rad među djevojčicama je opao za 40% od 2000. godine, a među dječacima za 25 %. Dostupno na službenoj internet stranici Međunarodne organizacije rada: <http://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang--en/index.htm#a2> Pristupljeno 6.12.2013. godine.

⁴ Fassa, G.A.; Parker, L.D.; Scanlon, J.Th; *Dječiji rad: Perspektiva javnog zdravlja, Prvo poglavlje*, Oxford University Press, New York, 2010, str. 1.

⁵ Više o tome na službenoj internet stranici Međunarodne organizacije rada: <http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang--en/index.htm>. Pristupljeno: 22.01.2014. godine.

određene aktivnosti više štetnim, rizičnim i/ili moralno osuđujućim za djecu nego što su druge.⁶ U ovoj analizi će biti razmatrani oni oblici dječijeg rada koji štetno utiču na psihički i fizički razvoj djece, odnosno one vrste radnih aktivnosti djece koje trebaju biti ukinute i zabranjene. Pod pojmom "dječiji rad" najčešće se smatra rad kojim se djeci uskraćuje njihovo djetinjstvo, njihov potencijal i dostojanstvo i koji je štetan za fizički i psihički razvoj. "Takav rad djece može stvoriti nepovratnu štetu za dijete i predstavlja kršenje međunarodnog prava i obično, nacionalnog zakonodavstva."⁷ U tom smislu će u daljnjem radu biti analizirani međunarodni standardi usmjereni na sprječavanje i ukidanje ovih oblika dječijeg rada i efikasnost njihove primjene u praksi.

Djeca su najmlađi dio ljudske populacije na kojem počiva budućnost čovječanstva kao općeljudske zajednice, ali i svakog posebnog i konkretnog ljudskog društva.⁸ To je društvena skupina koja najlakše prihvaća i najdosljednije provodi cjelokupni sistem ljudskih vrijednosti.⁹ Slijedom tih činjenica javlja se kao nužno aktivnije djelovanje raznih faktora u društvenoj zajednici; nevladinih organizacija, naučnika, humanista, ali i državnih institucija na preduzimanju napora u borbi za zaštitu djece od neadekvatnih poslova za koje nisu psihički, fizički ni intelektualno razvijeni. Mogući su različiti pristupi razmatranju problema dječijeg rada. "Fenomenu dječijeg rada moglo bi se pristupiti šematski iz perspektive ponude i potražnje, ili u pogledu institucionalnih, kulturnih i općih socijalno-ekonomskih faktora koji uslovljavaju ponudu i potražnju."¹⁰ Historijski posmatrano uobičajeni i najznačajniji metod borbe protiv dječijeg rada je predstavljalo usvajanje propisa. Skoro sve države su uspostavile zakonodavni okvir kojim se utvrđuju zabrane i ograničenja u pogledu zapošljavanja djece, kao što je zabrana zapošljavanja za djecu ispod određene životne dobi i propisivanje uslova pod kojima je

⁶ Međunarodna organizacija rada/Međunarodni ured rada, *Dječiji rad: udžbenik za univerzitetske studente*, Ženeva, 2004. godine. str. 19. Dostupno na:

[http://www.ilo.org/ipeinfo/product/viewProduct.do;jsessionid=0a038009cf092347d4a598b4732bbfe8cc6d4f5d273.hkzFngTDp6WImQuUaNaLaxD3IN4K-xalah8S-xyIn3uKmAiN-AnwbQbxaNvzaAml-](http://www.ilo.org/ipeinfo/product/viewProduct.do;jsessionid=0a038009cf092347d4a598b4732bbfe8cc6d4f5d273.hkzFngTDp6WImQuUaNaLaxD3IN4K-xalah8S-xyIn3uKmAiN-AnwbQbxaNvzaAml-huKa30xgx95fjWTa3eIpkzFngTDp6WImQuXahySc3yPaxmNcgb48OX3b4Dtgi15eMbyknvrkLOIQzNp65In0__?productId=174)

[huKa30xgx95fjWTa3eIpkzFngTDp6WImQuXahySc3yPaxmNcgb48OX3b4Dtgi15eMbyknvrkLOIQzNp65In0__?productId=174](http://www.ilo.org/ipeinfo/product/viewProduct.do;jsessionid=0a038009cf092347d4a598b4732bbfe8cc6d4f5d273.hkzFngTDp6WImQuUaNaLaxD3IN4K-xalah8S-xyIn3uKmAiN-AnwbQbxaNvzaAml-huKa30xgx95fjWTa3eIpkzFngTDp6WImQuXahySc3yPaxmNcgb48OX3b4Dtgi15eMbyknvrkLOIQzNp65In0__?productId=174). Pristupljeno: 10.02.2014. godine.

⁷ Međunarodna organizacija rada/Međunarodni ured rada, *Borba protiv dječijeg rada: priručnik za inspektore rada*, Ženeva, 2003. godine, str. 3, Dostupno na:

[http://www.ilo.org/ipeinfo/product/viewProduct.do;jsessionid=0a038009cf092347d4a598b4732bbfe8cc6d4f5d273.hkzFngTDp6WImQuUaNaLaxD3IN4K-xalah8S-xyIn3uKmAiN-AnwbQbxaNvzaAml-](http://www.ilo.org/ipeinfo/product/viewProduct.do;jsessionid=0a038009cf092347d4a598b4732bbfe8cc6d4f5d273.hkzFngTDp6WImQuUaNaLaxD3IN4K-xalah8S-xyIn3uKmAiN-AnwbQbxaNvzaAml-huKa30xgx95fjWTa3eIpkzFngTDp6WImQuXahySc3yPaxmNcgb48OX3b4Dtgi15eMbyknvrkLOIQzNp65In0__?productId=2619)

[huKa30xgx95fjWTa3eIpkzFngTDp6WImQuXahySc3yPaxmNcgb48OX3b4Dtgi15eMbyknvrkLOIQzNp65In0__?productId=2619](http://www.ilo.org/ipeinfo/product/viewProduct.do;jsessionid=0a038009cf092347d4a598b4732bbfe8cc6d4f5d273.hkzFngTDp6WImQuUaNaLaxD3IN4K-xalah8S-xyIn3uKmAiN-AnwbQbxaNvzaAml-huKa30xgx95fjWTa3eIpkzFngTDp6WImQuXahySc3yPaxmNcgb48OX3b4Dtgi15eMbyknvrkLOIQzNp65In0__?productId=2619) Pristupljeno: 10.02.2014. godine.

⁸ Žepić, B, *Ukinuće najgorih oblika dječijeg rada i primjena međunarodnih standarda u zaštiti djece i mladeži pri zapošljavanju i radu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, br. XV, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2002. godine, str. 18.

⁹ Ibid.

¹⁰ Rahikainen, M, *Vijekovi dječijeg rada: evropska iskustva od sedamnaestog do dvadesetog vijeka*, Ashgate Publishing, Ltd., Hampshire, England, 2004, str. 8.

maloljetnicima dozvoljen rad. "Prag životne dobi i područje primjene zakonodavstva o dječijem radu, ipak, varira među zemljama i područjima."¹¹

2. Međunarodni standardi u zabrani dječijeg rada

Prisutna je snažna, široko zasnovana međunarodna posvećenost eliminaciji dječijeg rada i zaštiti djece koja rade.¹² Kao što je u uvodu već navedeno, zabrana dječijeg rada regulirana je brojnim međunarodnopravnim aktima usvojenim na međunarodnom i regionalnom nivou. Ova namjera iskazana je kroz usvojene međunarodne dokumente u oblasti zaštite različitih prava djeteta, predviđajući njihovu generalnu zaštitu, ali i onu koja obuhvata pojedinačna prava. "Ukratko, radno zakonodavstvo mora biti praćeno širokim spektrom mjera koje obuhvataju zapošljavanje i stvaranje prihoda, i reforme i proširenje u obrazovanju ako se želi u potpunosti pozabaviti problemom dječijeg rada."¹³

Zajednički zaključak različitih studija o dječijem radu ukazuje da postoji neslaganje normativnog i stvarnog stanja. U sljedećem dijelu rada daje se pregled prihvaćenih međunarodnih standarda u ovoj oblasti.

Konvencija UN-a o pravima djeteta iz 1989. godine predstavlja veoma značajan međunarodni dokument o zaštiti prava djeteta, u kojem se utvrđuje obaveza stranaka na poduzimanje prikladnih zakonskih, administrativnih, socijalnih i edukacijskih mjera za zaštitu djeteta od svih oblika fizičkog i mentalnog nasilja, povrede ili zloupotrebe, zanemarivanja, zlostavljanja ili iskorištavanja.¹⁴ Konvencija prvi put dijete tretira kao subjekt prava, i prilikom njenog donošenja imala se u vidu potreba za posebnom zaštitom djece. Pritom različite potrebe djece određuju se kao njihova specifična prava. Prava djece prema odredbama Konvencije mogu se klasificirati u različite grupe i vrste. Tako se govori o podjeli na sljedeće grupe: lična, obrazovna, društvena, kulturna, zdravstvena, socijalna, ekonomska i pravosudno-zaštitna. U Konvenciji je pored članova kojima se regulira zaštita različitih prava djece, posebna pažnja posvećena i dječijem radu, kao posebnoj kategoriji rada i specifičnosti u realizaciji dječijih prava, tako da je članom 32. naslovljenim "Dječiji rad" određeno da: "Dijete ima pravo na zaštitu od rada koji ugrožava njegovo zdravlje, obrazovanje ili razvoj. Država će propisati minimalnu starost za zapošljavanje i regulirati uvjete rada."

¹¹ Bekele, A; Boyden, J, *Borba protiv dječijeg rada*, Međunarodna organizacija rada, Ženeva, 1988. str. 10.

¹² Bekele, A; Myers, W.E., *Kao prvo u dječijem radu: ukidanje rada štetnog za djecu*, Međunarodna organizacija rada, Ženeva, 1995. godine, str. 88.

¹³ Ibid. str. 16.

¹⁴ Osnovna načela Konvencije o pravima djeteta su sljedeća: Prava djece treba poštovati i osigurati bez ikakve diskriminacije; Najbolji interesi djeteta će prije svega biti uzeti u obzir; Opstanak i razvoj djeteta se mora osigurati do najvišeg mogućeg stepena; Potrebno je pridavati dužnu važnost mišljenju djeteta o svim pitanjima koja mogu utjecati na njega. OSCE, *Priručnik za obuku – ljudska prava za socijalne radnike u teoriji i praksi*, Sarajevo, str. 143. Dostupno na: http://www.oscebih.org/documents/osce_bih_doc_2010092008502234cro.pdf. Pristupljeno: 12.12.2013.

Pored ove Konvencije koja se direktno odnosi na prava djece, pod okriljem UN-a usvojene su međunarodne konvencije koje se bave ljudskim pravima iako nisu neposredno obuhvatile prava djece. To su npr. Povelja UN-a iz 1945. godine, koja "postavlja kao svoje ciljeve očuvanje mira, unaprjeđenje prava čovjeka, ekonomski i socijalni napredak, a to su pretpostavke i za potpunije ostvarenje prava djeteta na radu i u vezi s radom."¹⁵ Pored Povelje UN-a sličan značaj ima i Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima čovjeka i građanina iz 1948. godine, jer to su "dokumenti na čijim je temeljima došlo do pojave brojnih regionalnih i globalnih međunarodnih dokumenata, kojima se na specijaliziran i detaljan način izlažu pojedini domeni ljudskih prava, pa u tom kontekstu i Konvencije o pravima djeteta kao posebnog dokumenta o zaštiti prava djeteta jer naglašava da dijete ima pravo na naročitu brigu i pomoć, te da sva djeca uživaju istu socijalnu zaštitu."¹⁶ U okviru UN-a je 1924. godine usvojena Ženevska deklaracija o pravima djeteta, zatim Deklaracija o pravima djeteta iz 1959. godine. Deset godina poslije, 1989. godine, usvojena je Konvencija o pravima djeteta koja je zamijenila navedenu Deklaraciju i koja formalnopravno osigurava efikasniju zaštitu prava djece, posebno imajući u vidu da su njene odredbe obavezujućeg karaktera. Pored ovih dokumenata treba spomenuti i Međunarodne pakte o ljudskim pravima iz 1966. godine (Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima te Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima), koji u kontekstu zaštite ljudskih prava obuhvataju i prava djece. Ostali značajni dokumenti koji na posredan ili neposredan način reguliraju prava djece su, kako slijedi: Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena¹⁷, Standardna minimalna pravila UN-a za maloljetničko pravosuđe – Pekinška pravila,¹⁸ Rijadske smjernice – Smjernice UN za prevenciju maloljetničke delinkvencije,¹⁹ Pravila UN o zaštiti maloljetnika lišenih slobode,²⁰ Unesco Konvencija protiv diskriminacije u obrazovanju,²¹ Konvencija UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta (Palermo Konvencija).²² Ova Konvencija je dopunjena Protokolom

¹⁵ Marjanović-Kamšigovski, R, *Međunarodni dokumenti u službi zaštite prava djeteta i zabrane dječijeg rada, s osvrtom na Bosnu i Hercegovinu*, Pravna misao, broj 3-4/2013, Federalno ministarstvo pravde, Sarajevo, (81-109) str. 83.

¹⁶ Sadiković, L. *Inicijalno izvješće o nasilju nad djecom u BiH*, Vijeće za djecu BiH, Sarajevo, 2006, str. 5., navedeno prema Marjanović-Kamšigovski, ibid., str. 83.

¹⁷ Usvojena u Generalnoj skupštini UN-a 1979. godine, a stupila na snagu 1981. godine. Dostupno na: <http://www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/05bosniak/BConEliminationDiscriminationWomen.pdf>

¹⁸ Usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN-a, 29. novembra 1985. godine. Dostupno na: <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r033.htm>.

¹⁹ Usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN-a, 14. decembra 1990. godine. Dostupno na: <http://uszm.hr/wp-content/uploads/2010/03/Rijadske-smjernice1.doc>.

²⁰ Usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN-a, 14. decembra 1990. godine. Dostupno na: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/j1unrjdl.htm>.

²¹ Usvojena 1960., a stupila na snagu 1962. godine. Dostupno na: <http://www.ffzg.unizg.hr/hre-edc/Kon-DiskrObraz.htm>.

²² Usvojena 2000. godine. Dostupno na:

http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/konvencija_un_protiv_org_krim_lat.pdf.

za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebno žena i djece.

Vijeće Evrope je također u okviru svog djelovanja usvojilo mnoge međunarodne dokumente kojima se daje doprinos reguliranju različitih aspekata dječijeg rada; putem definiranja prava djece radnika koja ostvaruju neposredno kod poslodavca, zabrani rada djece do određene dobi, socijalnoj i zdravstvenoj zaštiti djece, obrazovanju i drugim pravima djece. U tom smislu treba krenuti od Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine. Iako se odredbama Konvencije ne reguliraju neposredno prava djece, ona se ipak odnosi na svakog pojedinca što podrazumijeva i djecu, u situaciji kada su ugrožena njihova osnovna ljudska prava i slobode. Za zaštitu dječijih prava posebno značajne su odredbe člana 4. koje se odnose na zabranu ropstva i prinudnog rada.

S druge strane, Evropska socijalna povelja iz 1961. godine predstavlja jedan od najznačajnijih dokumenata Vijeća Evrope u području ekonomskih i socijalnih prava.²³ Izmijenjeni tekst Povelje usvojen je u Strasbourgu 1996. godine, gdje se pored postojećih prava uvodi i novih 12 prava, a pored toga Povelja ima i tri dodatna protokola; prvi je prateći dokument koji je zajedno s prilogom usvojen u Strasbourgu 1988. godine, drugi je Protokol o izmjenama iz Torina 1991. godine, a treći je Dodatni protokol kojim se uspostavlja sistem kolektivnih žalbi, iz Strasbourga 1995. godine. Povelja proklamira zaštitu prava djece, ali ne samo kroz odredbe koje se isključivo odnose na prava djece i omladine na zaštitu, već se ta zaštita ogleda kroz cijelu lepezu ekonomskih i socijalnih prava utvrđenih njenim odredbama, koje se primjenjuju na sve radnike, pa i na djecu - radnike. Od ostalih konvencija relevantnih u ovoj sferi zaštite ljudskih prava navode se, prije svega, Konvencija Vijeća Evrope o suzbijanju trgovanja ljudima,²⁴ u kojoj se postavljaju standardi nužne zaštite žrtava trgovanja ljudima, koje su prošle nezamislive patnje nedostojne čovjeka i kojima je ljudski humano garantovati i pružiti svu moguću pažnju, zaštitu, pomoć i skrb, te se u odredbama navodi da djeca koja su žrtve trgovanja neće biti vraćena niti u jednu državu, ako nakon procijenjene opasnosti postoje pokazatelji da takav povratak ne bi bio u najboljem interesu djeteta. Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina,²⁵ daje doprinos zaštiti prava

²³ „Smatrajući da u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda potpisanoj u Rimu, 4. novembra 1950 godine, i Protokolima na tu Konvenciju, Države članice Vijeća Evrope su se saglasile da svom stanovništvu osiguraju građanska i politička prava i slobode u njoj navedene; Smatrajući da u Evropskoj socijalnoj povelji, koja je otvorena za potpisivanje u Torinu, 18. oktobra 1961. godine, i u Protokolima na nju, Države članice Vijeća Evrope su se saglasile da svom stanovništvu osiguraju socijalna prava njima predviđena, kako bi poboljšali njihov standard života i socijalno blagostanje.“ Navedeno u Preambuli Evropske socijalne povelje (revidirana), Strasbourg, 3. maj 1996. godine.

Dostupno na: http://www.coe.ba/pdf/NewRevESC_A6%20Bosnian_21.01.03.pdf Pristupljeno: 20.01.2014. godine.

²⁴ Stupila na snagu 2008. godine. Dostupno na: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/197.htm>

²⁵ Usvojena je 1994. godine. Dostupno na: http://www.advokat-prnjavorac.com/zakoni/Evropska_konvencija_za_zastitu_nacionalnih_manjina.pdf

najugroženije djece na osnovu njihove pripadnosti manjinskoj nacionalnoj grupi. Konvencija Vijeća Evrope o kontaktima u vezi s djecom iz 2003. godine daje primarnu važnost zaštiti najboljih interesa djeteta. Konvencija o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja,²⁶ predstavlja najnoviju konvenciju i prvu čijim odredbama je seksualno zlostavljanje djece definirano kao krivično djelo, kao npr. dječija prostitucija i pronografija, korištenje novih tehnologija, interneta, radi seksualnog iskorištavanja djeteta, zlostavljanje u porodici, putem nasilja, prisile i prijetnji. Treba spomenuti i Evropsku konvenciju o ostvarivanju prava djeteta koja je usvojena u Strasbourgu 1996. godine i usmjerena je na promicanje prava djeteta, olakšavanje i odobravanje proceduralnih prava djeteta, informiranje djeteta i učestvovanje u postupku koji se tiče djeteta, posebno u sudskom postupku.

Ovo dosada rečeno odnosilo se na aktivnosti Vijeća Evrope u pravcu zaštite prava djece i najboljeg interesa djeteta. U okrilju Evropske unije osigurana je zaštita mladih radnika Direktivom²⁷ o zaštiti mladih ljudi na radu iz 1994. godine, a koja je izmijenjena i dopunjena 2007. godine. Cilj Direktive je zabrana dječijeg rada. Njenim odredbama utvrđena je obaveza država članica da poduzimaju mjere zabrane dječijeg rada, da uspostave minimalnu dobnu granicu zapošljavanja koja ne može biti niža od 15 godina ili u nekim državama i iznad 15 godina u zavisnosti od vremena potrebnog za završetak obaveznog školovanja. Direktivom se ističe poštivanje principa MOR-a u pogledu zaštite djece na radu i u vezi s radom.

Mnoge međunarodne organizacije svojim djelovanjem su pokazale namjeru da se nastavi sa aktivnostima usmjerenim na zaštitu prava djece, putem propisivanja i primijene pravnih normi i praktičnog ukidanja dječijeg rada. U okviru međunarodnih standarda usmjerenih ka efikasnom onemogućavanju upotrebe dječijeg rada razlikuju se pojmovi zabranjenog i neadekvatnog rada djece. U tom smislu izdvajaju se definicije na osnovu kojih se pravi razlikovanje između sljedećih oblika rada djece:

1. Zabranjeni dječiji rad – je svaki onaj oblik radne aktivnosti djece koji je izričito zabranjen aktima i normama MOR-a, kao i drugih međunarodnih organizacija, odnosno ustavom, zakonima i drugim propisima pojedinih država, za čiju upotrebu su zapriječene odgovarajuće sankcije prema počiniteljima s ciljem njegova ukidanja.
2. Najgori oblici dječijeg rada – predstavljaju najteže oblike rada djece čije je sprječavanje, odnosno ukidanje prioritetna obaveza, zbog ozbiljno teških posljedica koje ostavljaju na moralni, fizički, psihički i obrazovno-odgojni razvoj djece.
3. Neadekvatni dječiji rad - obuhvata sve vrste i oblike rada djece neadekvatnih njihovom uzrastu, koji nisu u funkciji njihova odgoja ili obrazovanja i nemaju društveno poželjan učinak na njihov psihofizički, intelektualni i moralni razvoj.

²⁶ Usvojena 2007. godine. Dostupno na:

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/Source/LanzaroteConvention_hr1.pdf

²⁷ Direktiva EU 94/33/EC i Direktiva EU 2007/30/EC. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/>.

Pristupljeno: 19.01.2014. godine.

4. Lagani rad – podrazumijeva vrstu dječijeg rada gdje se djeca radno angažiraju na najmanje štetnim poslovima i s najnižim dopuštenim nivoom starosne dobi ispod utvrđenog općeg uvjeta od 15 godina, što obuhvata starost od 13-15, odnosno u državama u razvoju od 12-14 godina. Navedeni izuzetak od općeg uvjeta minimalne dobi može se zakonom predvidjeti u određenim slučajevima, kao što je izvođenje javnih predstava u interesu umjetnosti, nauke i obrazovanja, rad u školama kao dio javno odobrenog programa obrazovanja ili obuke kao i rad u preduzećima pod istim uslovima.

5. Rizični rad – je ona vrsta rada gdje postoji izvjesnost da će ugroziti zdravlje, sigurnost i moral mladih ljudi, a posebno se odnosi na djecu u starosnoj dobi do navršениh 18 godina života.

Značaj ovih međunarodnih instrumenata proizilazi iz činjenice što su oni plodovi historijske borbe protiv dječijeg rada, i zato predstavljaju svojevrsni međunarodni konsenzus u pogledu vrijednosti koje trebaju biti promovisane i normi koje trebaju biti razmotrene kroz usklađenu akciju između država.²⁸

3. Djelovanje Međunarodne organizacije rada u suzbijanju dječijeg rada

Između mnogih međunarodnih subjekata koji svojim aktivnostima djeluju u pravcu ukidanja dječijeg rada, ipak, Međunarodna organizacija rada se smatra najadekvatnijim akterom u smislu posjedovanja potrebnih predispozicija za koordiniranje napora međunarodne zajednice. "Od svog početka, Međunarodna organizacija rada se hrvala sa situacijom djece i mladih ljudi u vezi sa svijetom rada."²⁹ MOR je jedinstvena organizacija na međunarodnoj sceni i predstavlja veliki potencijal u borbi protiv dječijeg rada. Tako različiti autori pišu o brojnim faktorima koji govore tome u prilog.

"U tom području, akcija MOR-a može biti ostvarena postojanjem:

- razumljivog procesa postavljanja standarda,
- pouzdanog sistema nadzora,
- temeljne ekspertize u tehničkoj saradnji, i
- jedinstvenog procesa donošenja odluka inspirisanog tripartizmom."³⁰

Međunarodna organizacija rada je pod svojim okriljem donijela niz konvencija koje su usmjerene u pravcu eliminacije dječijeg rada i poboljšanja uvjeta rada već zaposlene djece, kao i osiguranja adekvatnog obrazovanja i profesionalnog osposobljavanja djece i mladih.³¹ Glavni izvori međunarodnog radnog prava kojima su regulirani oblici zabranjenog dječijeg rada su:

²⁸ Bekele; Myers, op.cit., str. 89.

²⁹ Trebilcock, A; Raimondi, G, *Zakonodavne aktivnosti MOR-a prema iskorjenjivanju dječijeg rada: Pregled*, U: *Dječiji rad u globaliziranom svijetu: Pravna analiza djelatnosti MOR-a, Poglavlje 2*, uređivači: Nesi, G; Pertile, M; Nogler, L, Ashgate Publishing, Ltd., Hampshire, England, 2008. godine, str. 17.

³⁰ Pertile, M, *Uvod: Borba protiv dječijeg rada u globaliziranom svijetu, Poglavlje 1*, U: Nesi, Pertile, Nogler, ibid., str. 13.

³¹ Marjanović-Kamšigovski, R, op.cit., str. 97.

Konvencija o minimalnoj dobi br. 138³² i Preporuka br. 146 iz 1973. godine te Konvencija o najgorim oblicima dječijeg rada br. 182³³ i Preporuka br. 190 iz 1999. godine. "Aktivnosti zemalja članica koje ratificiraju ove konvencije trebaju biti usmjerene na učinkovitu primjenu standarda predviđenih ovim konvencijama i preporukama te središte njihove politike normiranja i djelovanja na ovom planu."³⁴ Pored ovih važnih konvencija i preporuka, postoje i mnogi drugi međunarodni dokumenti iz ove oblasti koji se odnose na minimalnu dob za zapošljavanje u različitim granama, zdravstvene preglede djece i mladih, noćni rad u različitim djelatnostima.³⁵

Pored konvencija i preporuka MOR koristi i druge pravne instrumente u borbi protiv dječijeg rada. Pritom je bitno spomenuti Filadelfijsku deklaraciju iz 1944. godine, koja je sastavni dio Ustava MOR-a i Deklaraciju o osnovnim principima i pravima na radu i njenom praćenju iz 1998. godine, kojima je uspostavljen novi pravni okvir za ukidanje dječijeg rada. "Naime, u Deklaraciji o osnovnim principima i pravima na radu iz 1998. godine zauzet je stav da sve države članice, čak iako nisu ratificirale osam suštinskih konvencija³⁶ imaju obavezu koja proizlazi iz same činjenice njihovog članstva u MOR-u, da poštuju, unapređuju i ostvaruju, u dobroj namjeri načela koja se tiču temeljnih prava, a koja se vezuju za:

- slobodu udruživanja i djelotvorno priznavanje prava na kolektivno pregovaranje;
- ukidanje svih oblika prinudnog rada;
- ukidanje dječijeg rada;
- ukidanje diskriminacije u odnosu na zapošljavanje i zanimanje."³⁷

"Ovi principi predstavljaju "jezgro radnih standarda" (core labour standards), odnosno kako navodi C. Kaufmann "jezgro radnih prava" (core labour rights), koji pretendiraju da budu općeprihvaćeni standardi, odnosno prava na radu ne samo u okviru članica MOR-a, nego u čitavom svijetu."³⁸

³² Usvojena na pedeset i osmom zasjedanju MOR-a 6. juna 1973. Uz Konvenciju usvojena je i Preporuka. BiH ju je ratificirala 2.6.1993. Dostupno na: <http://uznr.me/138.pdf>.

³³ Usvojena na osamdeset i sedmom zasjedanju 1. juna 1999. BiH ju je usvojila 17.6.1999. Uz Konvenciju je usvojena i Preporuka broj 190. Dostupno na: <http://uznr.me/182.pdf>.

³⁴ Žepić, B, op.cit. str. 22.

³⁵ Konvencija broj 5 iz 1919. godine o minimumu godina za prijem djece u industrijska preduzeća, Konvencija broj 90 (revidirana) 1948. o noćnom radu djece u industriji, Konvencija broj 123 o minimalnim godinama života za zapošljavanje na podzemnim radovima u rudnicima.

³⁶ To su sljedeće konvencije: Konvencija o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje, br. 87 iz 1948. godine; Konvencija o pravu na organiziranje i kolektivno pregovaranje, br. 98 iz 1949. godine; Konvencija o prinudnom radu, br. 29 iz 1930. godine; Konvencija o ukidanju prinudnog rada, br. 105 iz 1957. godine; Konvencija o minimalnoj dobi za zasnivanje radnog odnosa, br. 138 iz 1973. godine; Konvencija o najgorim oblicima dječijeg rada, br. 182 iz 1999. godine; Konvencija o jednakom nagrađivanju, br. 100 iz 1951. godine i Konvencija o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja, br. 111 iz 1958. godine.

³⁷ Gradašćević-Sijerčić, J, *Radnopravni aspekt trgovine ljudskim bićima*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, broj LV – 2012., (181-205) str. 184.

³⁸ Hadžić, M, *Redefinisanje sadržaja osnovnih međunarodnih radnopravnih standarda*, Nova pravna revija - časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, godina 4, vol. 6., juni 2013., 1/2013. (29-36) str. 32.

U daljem radu bit će analizirane samo temeljne konvencije koje se odnose na zabranu dječijeg rada u širem smislu, jer obim rada ne ostavlja prostor za obuhvatnu analizu svih dokumenata koji se odnose na ovu oblast. Pored ranije navedenih osnovnih konvencija i preporuka u analizi će biti obuhvaćene i Konvencija o prinudnom ili obaveznom radu broj 29 i Konvencija o zabrani prinudnog rada broj 105.

Konvencija o prinudnom ili obaveznom radu broj 29³⁹ pod pojmom prinudni ili obavezni rad označava svaki rad ili uslugu koji se zahtijeva od jednog lica pod prijetnjom ma koje kazne i za koji se to lice nije ponudilo dobrovoljno.⁴⁰ Države članice konvencije obavezuju se napustiti sve oblike prinudnog ili obaveznog rada u, što je moguće, kraćem roku. Ovakva formulacija je upotrijebljena iz razloga što nije moguće očekivati da se odmah ukine takva praksa, već kada za to budu ispunjeni uslovi. Konvencija samo spominje status djece, odnosno osoba mlađih od 18 godina, bez direktnog detaljnog analiziranja, iako je važna za reguliranje radno-pravnog statusa djece, te sprječavanje i ukidanje prinudnog rada djeteta.

Konvencija o zabrani prinudnog rada broj 105⁴¹ utvrđuje obavezu država članica da poduzimaju efikasne mjere u cilju osiguranja trenutnog i potpunog ukidanja prinudnog ili obaveznog rada.⁴² Svaka država članica će zabraniti i neće se koristiti nikakvim oblikom prinudnog ili obaveznog rada. Ove dvije konvencije su doprinijele detaljnom ispitivanju ropskoga rada koji pogađa djecu radnike, kao i drugih sličnih praksi.

U skladu sa odredbama Konvencije o minimalnoj dobi br. 138 proizilazi obaveza za sve države članice MOR-a da svojim zakonodavstvima osiguraju efikasno eliminiranje rada djece u svim sektorima ekonomije, a posebno su obavezne:

- utvrditi minimalnu dob za prijem na rad,
- obezbijediti efikasne mjere primjene i provođenja zakona,
- usvojiti socijalne i ekonomske mjere čiji je cilj sprječavanje rada djece i zaštita i rehabilitacija djece koja su već uključena u proces rada.

1. Minimalna dob za prijem na rad

Opći uvjet minimalne dobi za zasnivanje radnog odnosa za sve vrste rada treba biti utvrđen zakonom o minimalnoj dobi za zapošljavanje, pri čemu ne smije biti utvrđen ispod dobi obaveznog obrazovanja, odnosno ne ispod 15 godina.⁴³ Konvencija predviđa izuzetke za zemlje u razvoju, tako da te države imaju pravo na smanjenje općeg uvjeta o minimalnoj dobi na 14 godina, a što se opravdava postojanjem nedovoljno razvijenih ekonomskih i obrazovnih mogućnosti.⁴⁴ Zakonom treba biti postavljen uvjet da je osoba navršila 18 godina

³⁹ Usvojena je 10. juna 1930. godine. Dostupno na:

<http://www.minoritycentre.org/sites/default/files/ILO-29-o-prinudnom-ili-obaveznom-rad.pdf>

⁴⁰ Član 2. Konvencije o prinudnom ili obaveznom radu.

⁴¹ Usvojena je 1957. godine. Dostupno na: <http://www.crnabelo.com/wp-content/uploads/2012/04/MOR-105-Konvencija-o-ukidanju-prinudnog-rada-1957.pdf>

⁴² Član 2. Konvencije zabrani prinudnog rada.

⁴³ Konvencija broj 138, član 2 stav 3.

⁴⁴ Član 2. stav 4. Konvencije broj 138.

života za rad na onim poslovima kod kojih postoji realna mogućnost da će ugroziti zdravlje, sigurnost i moral mladih ljudi, tzv. rizični rad, ali i precizirati rizična zanimanja, utvrditi nadležni organ za davanje dozvole i nadzor nad takvim radom.⁴⁵ Uz sve navedeno postoji mogućnost da države uvedu i nižu dobnu granicu za stupanje na lagani rad, tj. od 13 – 15, a u državama u razvoju od 12 do 14 godina. Radi primjene ovih izuzetaka zakonom mora biti utvrđen nadležni organ koji će davati odobrenja u pojedinačnim situacijama, te ograničiti radno vrijeme i propisati uvjete rada.⁴⁶

2. Obezbjedivanje efikasnih mjera primjene i provođenja zakona

Da bi se obezbijedile efikasne mjere primjene i provođenja zakona, MOR postavlja zahtjeve pred države da u nacionalnim zakonodavstvima predvide sankcije za one koji prekrše odredbe zakona o minimalnoj dobi i odgovarajuću istragu, kao i inspekciju radnih mjesta. Članom 9. Konvencije propisuje se da sve potrebne mjere, uključujući odredbu o odgovarajućoj kazni, preduzeće nadležni organ radi efikasnog sprovođenja odredaba ove konvencije. Nacionalni zakoni, odnosno propisi ili nadležni organ treba da odrede lica koja su odgovorna za poštovanje odredaba o primjeni Konvencije. Nacionalnim zakonom, odnosno propisima ili od strane nadležnih organa propisaće se registri ili druga dokumenta koje poslodavac treba da vodi i stavlja na raspolaganje. Ovi registri, odnosno dokumenti, po mogućnosti propisno ovjereni, treba da sadrže ime i godine starosti ili datum rođenja lica koja se zapošljavaju ili koja rade a mlađa su od 18 godina.

3. Socijalne i ekonomske mjere za udidanje rada djece

Usvajanje i provedba socijalnih i ekonomskih programa usmjerenih na smanjenje i ukidanje dječijeg rada predstavlja značajan oblik aktivnosti koji trebaju da provode sve države članice. To podrazumijeva prije svega pripremu programa za staranje i pomoć djeci koja su prinuđena raditi. "Učinkovito ukinuće rada djece zahtijeva provedbu socijalnih i ekonomskih programa kreiranih tako da spriječe upotrebu dječijeg rada u budućnosti i, također, da zaštite djecu koja već rade. Da bi ove mjere bile najučinkovitije, moguće zainteresirane skupine, kao što su organizacije roditelja, organa za zaštitu djece, poslodavaca i skupina djelatnika i nevladine organizacije trebaju biti uključene u izradu socijalnih i ekonomskih mjera potrebnih za borbu protiv rada djece."⁴⁷ Sve države članice MOR-a su obavezne da u svom domaćem zakonodavstvu propišu adekvatne zaštitne mjere za borbu protiv rada djece. Pri tom primarno treba biti osiguranje djeci uslova za obrazovanje u cilju njihovog osposobljavanja i stručnog usavršavanja, da bi mogli nakon završenog školovanja, stečenih znanja i odgovarajuće dobne zrelosti da se zaposle.

U skladu s Konvencijom broj 182. u pogledu ukidanja najgorih oblika dječijeg rada, nacionalne politike trebaju biti vođene na način koji ima za cilj ukidanje svih oblika dječijeg rada, a prvenstveno zabranu i ukidanje najgorih

⁴⁵ Član 3. stav 1 i 2. Konvencije broj 138.

⁴⁶ Član 7 i 8. Konvencije broj 138.

⁴⁷ Smjernice o radnom zakonodavstvu, Geneva, 2001. godine, s. 345, prema Žepić, B, *op.cit.*, s. 25.

oblika dječijeg rada, zbog teških posljedica koje ima za cjelokupni psihofizički razvoj djece. Konvencijom su definirani najgori oblici dječijeg rada, a to su:⁴⁸

1. sve vrste ropstva ili ropstvu slične prakse, kao što je prodaja djece i trgovina djecom, dužničko ropstvo i kmetstvo, te prinudni ili obavezni rad, uključujući prinudno ili obavezno regrutovanje djece za njihovo korištenje u oružanim sukobima;
2. korištenje, podvođenje ili nudenje djeteta za prostituciju, proizvodnju pornografskog materijala ili pornografske priredbe;
3. korištenje, podvođenje ili nudenje djeteta za nezakonite djelatnosti, a osobito za proizvodnju droge i trgovinu drogom na način definiran odgovarajućim međunarodnim ugovorima;
4. rad koji bi, zbog svoje naravi i okolnosti u kojima se obavlja, mogao štetiti zdravlju, sigurnosti i moralu djece.

Naprijed navedeni oblici rada djece moraju biti zabranjeni zakonom, i pri tome je potrebno propisati najteže sankcije za učinioce. Da bi cilj Konvencije, a to je ukidanje najgorih oblika dječijeg rada, bio postignut, potrebna je institucionalizirana kontrola i praćenje teških oblika rada djece, saradnja različitih institucija i pravna pomoć ugroženoj djeci, te neizostavna međunarodna saradnja. Prema ovoj Konvenciji svaka članica mora, kao prioritetnu zadaću, osmisliti i provoditi programe djelovanja kako bi ukinula najgore oblike dječijeg rada. Takvi programi djelovanja moraju se osmisliti i provoditi uz savjetovanje s odgovarajućim vladinim institucijama, te organizacijama poslodavaca i radnika, uzimajući u obzir, ako je to primjereno, mišljenja drugih zainteresiranih grupa. To ipak ne znači da države članice odmah ukidaju najgore oblike dječijeg rada, već da postoji obaveza da preduzmu efikasne mjere radi postizanja tog cilja. One su obavezne da primjenom odgovarajućih mjera nastoje ukinuti najgore oblike dječijeg rada, jer je nemoguće da se odjednom i zauvijek prekine njihovo postojanje, zato što to nije novija pojava i prisutna je odavno u društvenoj zajednici. Navedena Konvencija ubraja se u dvanaest najvažnijih konvencija MOR-a. I u pogledu ove Konvencije vrijedi redovni sistem nadzora MOR-a. Konvencija obavezuje sve članice da preduzmu trenutačne i efikasne mjere radi zabrane i iskorjenjivanja rada djece, što vrijedi i za Bosnu i Hercegovinu (u daljem tekstu BiH). Uz Konvenciju je jednoglasno usvojena i Preporuka broj 190 čije odredbe dopunjuju Konvenciju i primjenjuju se isključivo u vezi s njom. "Preporuka bi se mogla protumačiti i kao praktičan obavezujući priručnik i pomoć u provedbi odredaba Konvencije."⁴⁹

U okviru materije koja obuhvata oblast zabrane dječijeg rada svakako treba napraviti i poseban osvrt na zaštitu djece i omladine invalida, kojima je potrebna posebna zaštita. MOR je usvojila Preporuku br. 99 o stručnom osposobljavanju i preosposobljavanju invalida, koja obuhvata i odredbe o posebnim mjerama u korist djece i omladine invalida. Predviđeno je osnivanje službi stručnog osposobljavanja i prekvalifikacije koje se trebaju uspostavljati

⁴⁸ Član 3. Konvencije broj 182. Dostupno na: <http://uznr.me/182.pdf>

⁴⁹ Marjanović-Kamšigovski, *op.cit.*, str. 104.

postepeno u skladu sa posebnim uvjetima svake zemlje. Osnovni cilj je razvijati stručne sposobnosti invalida, u mjeri u kojoj je moguće, kao i stvarati mogućnosti za njihovo zaposlenje i ukinuti diskriminaciju po osnovu invaliditeta.

4. Zaštita na radu maloljetnih zaposlenika prema pozitivnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine

Radno zakonodavstvo BiH čine propisi (heteronomni i autonomni) koji se donose i primjenjuju u FBiH, RS, te Brčko Distriktu BiH.⁵⁰ Usvajanjem zakona o radu u entitetima BiH učinjen je pomak u pravcu usklađivanja sa međunarodnim standardima, tako što je propisana minimalna dob od 15 godina za zasnivanje radnog odnosa, ali je i drugim odredbama zakona izvršeno usklađivanje u reguliranju zakonom dopuštenog rada djece između 15 i 18 godina te ukidanju najgorih oblika dječijeg rada.

"Normativni okvir zaštite na radu u našem pravnom sistemu vezuje se za dva nivoa. Prvi se odnosi na sve zaposlenike, a drugi na: (a) zaposlenike koji obavljaju poslove radnog mjesta pod posebnim uslovima, i (b) posebne kategorije zaposlenika (žene, maloljetni zaposlenici, zaposlenici sa invalidnošću)."⁵¹ Prema tome maloljetni zaposlenici ubrajaju se u posebne kategorije zaposlenika i oni su posebno zaštićeni na radu i u vezi sa radom, kroz propisivanje posebnih odredbi za ovu kategoriju zaposlenika, i to:

1. Opći uslov za zasnivanje radnog odnosa je 15 godina života.⁵²
2. Lice između 15 i 18 godina života može se zaposliti pod uvjetom da od ovlaštenog liječnika ili nadležne zdravstvene ustanove pribavi potvrdu kojom dokazuje da ima opću zdravstvenu sposobnost za obavljanje tih poslova.⁵³ Ovakvo je rješenje u Zakonu o radu FBiH, dok prema odredbama Zakona o radu RS lice između navršениh 15 i 18 godina života može zaključiti ugovor o radu pod uslovom da pribavi uvjerenje ovlašćenog doktora medicine da posjeduje opštu zdravstvenu sposobnost za rad i saglasnost zakonskog zastupnika, te lice koje nije navršilo 18 godina života ne može zaključiti ugovor o radu za

⁵⁰ „U prethodnom periodu od pet godina, polazeći od potrebe usklađivanja radnog zakonodavstva sa: a) novim ustavno-pravnim rješenjima u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini, te b) reformama ekonomsko-socijalnog sistema u kontekstu procesa tranzicije u kome se našla država BiH, poslije duge i najčešće mučne procedure, usvojeni su zakoni o radu u BiH.“ Radi se o slijedećim zakonima: - u FBiH – Zakon o radu („Sl.novine FBiH“, br.43/99, 32/00 i 29/03), - u RS – Zakon o radu („Sl.glasnik RS“, br. 38/00, 40/00, 47/02, 38/03 66/03 i 20/07), - u Brčko Distriktu BiH-Zakon o radu („Sl.glasnik Brčko Distrikta BiH“ br. 19/06, 19/07, 25/08 i 20/13). Gradašević-Sijerčić, J, *Aktuelna pitanja radnog zakonodavstva BiH*, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, broj XLVII, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2004. godine, (120-137), str. 122 i 123.

⁵¹ Dedić, S; Gradašević-Sijerčić, *op.cit.*, str. 286.

⁵² Član 15. st. 1. Zakona o radu Federacije BiH (u daljem tekstu FBiH), član 14. st. 1 Zakona o radu Republike Srpske (u daljem tekstu RS), gdje se još traži i da maloljetnik ima opštu zdravstvenu sposobnost; član 10. st. 1. Zakona o radu Distrikta Brčko BiH (u daljem tekstu BDBiH).

⁵³ Član 15. st. 2 Zakona o radu FBiH.

obavljanje poslova na kojima postoji povećana opasnost od povreda ili povećan štetni uticaj na zdravlje,⁵⁴ a u Zakonu o radu Brčko Distrikta BiH maloljetnik se ne smije zaposliti ako nisu prethodno ispunjeni sljedeći uslovi: da je ovlašten liječnik ili nadležna medicinska ustanova izdala potvrdu koja pokazuje da je maloljetnik pregledan i da je fizički i psihički sposoban ostvarivati zadatke koje zahtijeva to radno mjesto; i da su jedan ili oba roditelja ili zakonski staratelj maloljetnika dali svoj pristanak. Vidimo da se u zakonodavstvu Brčko Distrikta BiH koristi pojam maloljetnik, a ne precizira da se radi o licu između 15 i 18 godina života kao u zakonima o radu entiteta.⁵⁵

3. Zabrana rada na određenim poslovima, tako da maloljetnik ne može da radi na naročito teškim fizičkim poslovima, radovima pod zemljom ili pod vodom, ni na ostalim poslovima koji bi mogli štetno i sa povećanim rizikom da utiču na njegov život i zdravlje, razvoj i moral, s obzirom na njegove psihofizičke osobine.⁵⁶

4. Radno vrijeme –maloljetnim zaposlenicima nije dozvoljen prekovremeni rad.⁵⁷

5. Noćni rad – zabranjen je noćni rad maloljetnih zaposlenika.⁵⁸ Za maloljetne zaposlenike u industriji, rad u vremenu između 19 sati uvečer i 7 sati ujutro idućeg dana smatra se noćnim radom. Za maloljetne zaposlenike koji nisu zaposleni u industriji, rad u vremenu između 20 sati uvečer i 6 sati ujutro idućeg dana smatra se noćnim radom.⁵⁹ U FBiH izuzetno, maloljetni zaposlenici privremeno mogu biti izuzeti od zabrane noćnog rada u slučaju havarija, više sile i zaštite interesa Federacije, na osnovu saglasnosti nadležnog organa kantona.⁶⁰ U RS izuzetno, radnici mlađi od 18 godina života mogu biti privremeno izuzeti od zabrane noćnog rada u slučaju otklanjanja posljedica više sile, havarija i zaštite interesa Republike, na osnovu saglasnosti nadležnog inspektora rada.⁶¹ U Brčko Distriktu maloljetni zaposlenici privremeno mogu biti izuzeti od zabrane noćnog rada u slučaju havarija, više sile, vanrednih okolnosti ili zbog zaštite zdravlja i sigurnosti Distrikta, ukoliko je dobijena pismena saglasnost inspektora za rad.⁶²

6. Godišnji odmor – maloljetni zaposlenik ima pravo na duži godišnji odmor u odnosu na opći standard od 18 radnih dana koji se primjenjuje na ostale zaposlenike, pa maloljetni zaposlenik ima pravo na godišnji odmor u trajanju od

⁵⁴ Član 14. st. 1. i 2. Zakona o radu RS.

⁵⁵ Član 10. st. 2. Zakona o radu BDBiH.

⁵⁶ Član 51. st. 1. Zakona o radu FBiH, član 75. st. 1. Zakona o radu RS, član 41. st. 1. Zakona o radu BDBiH.

⁵⁷ Član 32. stav 4. Zakona o radu FBiH, član 47. stav 1. alineja 1. Zakona o radu RS.

⁵⁸ Član 36 st. 1. Zakona o radu FBiH, čl. 51. st 1 Zakona o radu RS, član 28. st. 1. Zakona o radu BDBiH.

⁵⁹ Član 36 st. 1 i 2, Zakona o radu FBiH, član 50 st. 2, Zakona o radu RS, član 28. st. 2. Zakona o radu BDBiH.

⁶⁰ Član 36. st. 3. Zakona o radu FBiH.

⁶¹ Član 51. st. 2. Zakona o radu RS.

⁶² Član 28. st. 3. Zakona o radu BDBiH.

najmanje 24 radna dana.⁶³ Za vrijeme rada na sezonskim poslovima, maloljetni zaposlenik ima pravo na dnevni odmor između dva uzastopna radna dana u trajanju od najmanje 12 sati neprekidno.⁶⁴

U BiH je nakon minulog rata zabranjeni i prikriveni rad došao do punog izražaja, pa je samo u 2002. godini zatvoreno 152 bara i registrirano 246 žrtava trgovine ljudima, uglavnom mladim osobama iz zemlje i inostranstva.⁶⁵ Trgovina djecom je izražen problem u BiH, i podaci pokazuju da je većina djece koja su žrtve trgovine ljudima u BiH izložena nasilju, te dolaze iz romskih porodica, kao i iz disfunkcionalnih porodica i djeca bez roditelja. Trgovci maloljetnicima najviše djecu koriste da bi ih radno eksploatisali, a u posljednje vrijeme i sve više radi seksualne eksploatacije. Ovi poražavajući podaci dolaze od Ministarstva sigurnosti BiH, ali i institucije Ombudsmena u BiH, pri čemu se ističe da često podaci ne odgovaraju stvarnom stanju jer su ti brojevi još veći zbog mnogih slučajeva koji ostaju neprijavljeni.⁶⁶ Trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije postoji u BiH i nadležni organi vlasti obavezni su poduzeti potrebne korake, kako bi spriječili ovu vrstu kriminalne aktivnosti, krivično gonili počiniocima i zaštitili žrtve.⁶⁷

Prema Izvještaju državnog koordinatora za borbu protiv trgovine ljudima za 2010. godinu, najprisutniji oblik radne eksploatacije je prosjačenje djece. U prošlosti, problem djece, koja žive i rade na ulici, nije bio kvalificiran kao trgovina ljudima. Postoje povremeni izvještaji, opservacije i vijesti u medijima, kako djeca rade cijeli dan na ulici i tako zarađuju, međutim, neka ozbiljnija intervencija nadležnih institucija i službi, je izostala.⁶⁸ Trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije smatra se manje vidljivim oblikom trgovine ljudima, pa se preporučuje da relevantni akteri budu osposobljeni za identifikaciju potencijalnih slučajeva eksploatacije radne snage, kako bi se žrtvama pružila zaštita, a počinioci bili kažnjeni. To zahtijeva multidisciplinarni pristup i koordinaciju svih napora koji se ulažu.

5. Zaključna razmatranja

Potreba za učinkovitim ukidanjem dječijeg rada u svim sektorima ekonomije, a u zemljama u kojima to nije moguće, za što boljom zaštitom djece i

⁶³ Član. 41. st. 2. Zakona o radu FBiH, član 57. st. 1. Zakona o radu RS, član 32. st. 2 Zakona o radu BDBiH.

⁶⁴ Član 38. st. 2. Zakona o radu FBiH, član 55. st. 2. Zakona o radu RS, član 30. Zakona o radu BDBiH.

⁶⁵ Podaci navedeni prema: Žepić, *op.cit.*, str. 31.

⁶⁶ Više na: <http://etrafika.net/dosije/trgovina-djecom/16794-sve-vise-djece-u-bih-u-kandzama-trgovaca-ljudima>. Pristupljeno: 02.04.2014. godine

⁶⁷ OSCE, *Trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije – referentni materijal s osvrtom na Bosnu i Hercegovinu*, Sarajevo, 2011. godine, str. 51. Dostupno na:

<http://www.osce.org/bs/bih/106978?download=true>. Pristupljeno: 04.04.2014. godine.

⁶⁸ Ibid.

maloljetnika pri radu ne prestaje ni danas na početku 21. vijeka.⁶⁹ Vodeći računa o međunarodnim standardima u zabrani dječijeg rada BiH je usvojila brojne propise iz oblasti rada i socijalne sigurnosti, ali problem u pogledu ukidanja dječijeg rada nije u potpunosti uklonjen, jer zemlje u tranziciji i razvoju, među kojima je i BiH, suočavaju se sa problemom neizvršavanja ili samo djelimičnog izvršavanja zakona i drugih propisa.

Neophodno je da zakonodavna aktivnost, ali i sve druge mjere država članica MOR-a, što uključuje i BiH, koja je članica ove organizacije, budu okrenute prema ukidanju najgorih oblika dječijeg rada, koje imaju dalekosežne posljedice za psihofizički razvoj djece. Države članice su obavezne da prilikom ratificiranja konvencija i usklađivanja domaćeg zakonodavstva predvide određene efikasne sankcije odvratanja i druge mjere za slučaj kršenja odredaba koje se odnose na rad djece, uspostave odgovornost svih osoba koje su uključene u rad djece, prije svega poslodavce, roditelje, staratelje, omogućće djeci pristup pravnim lijekovima, te zaštitu djece od kažnjavanja u procesima rada, i kada je rad nezakonit. Učinkovito ukidanje rada djece zahtijeva izradu i usvajanje odgovarajućih ekonomskih i socijalnih programa. Ovi programi trebaju ne samo spriječiti upotrebu dječijeg rada u budućnosti, već i zaštititi djecu koja rade. Iako je MOR svojom normativnom djelatnošću sveobuhvatno regulirala materiju dječijeg rada, ipak je predviđen veći broj izuzetaka, kao što su npr. izuzeci od općeg uvjeta minimalne dobi za zapošljavanje, uzimajući u obzir da u različitim zemljama postoje različiti društveno-politički, ekonomski i socijalni uvjeti. Time se stvara prostor nerazvijenim zemljama da se formalno-pravno obavežu odredbama konvencija, njihovim potpisivanjem i ratificiranjem, čime se ne garantuje i stvarno ostvarivanje prava i interesa djece. Međutim, konvencije su značajne i usmjerene su na ukidanje dječijeg rada, pri čemu predviđaju i određene mehanizme nadzora njihove primjene.

BiH je ratificiranjem većine relevantnih međunarodnih dokumenata iz ove oblasti uglavnom uskladila svoje zakonodavstvo sa međunarodnim standardima u oblasti dječije zaštite, ali je evidentno postojanje raskoraka između normativnog i stvarnog stanja. Poseban problem nastaje zbog složenosti državno-pravnog uređenja BiH, i dodjeljivanje oblasti rada i socijalne politike u nadležnost entiteta, odnosno u FBiH u podijeljenu nadležnost FBiH i kantona, te da na državnom nivou nije predviđeno osnivanje ministarstva rada i socijalne zaštite. Zaštita djece od neadekvatnog rada ostvaruje se na nivou entiteta, tako da se na državnom nivou ne provode nikakve vrste socijalnih zaštitnih mjera, zbog čega nedostaje koordinirano i efektivno djelovanje institucija, što se negativno odražava na zaštitu prava djece. Praktična implementacija ovih standarda obilježena je i drugim problemima, zbog poteškoća da se u konkretnim slučajevima otkriju, suzbiju ili eliminiiraju ugrožavanja dječijih prava. Kao što je ranije navedeno, prvi korak u udovoljavanju ovim standardima bio je usvajanje zakona o radu u BiH, ali ipak preostaje daljnja borba za

⁶⁹ Rozić, I, *Dječiji rad i njegov tretman u međunarodnom radnom i socijalnom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, br. XVII, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2004. godine, (239-252) str. 239.

osavremenjivanje radnog i socijalnog zakonodavstva. Zato je ukidanju dječijeg rada posvećena posebna pažnja kroz zajedničko djelovanje različitih struktura, kako međunarodnih tako i domaćih. Ovdje se prvenstveno misli na MOR koja preko svojih institucija i stručnjaka pruža značajnu pomoć državama članicama. U kontekstu Bosne i Hercegovine ovdje je važna i uloga inspekcije rada, koja je zadužena za nadzor i osiguravanje pravilne primjene zakona o radu, ali u praksi je primjetno da inspekcija rada nailazi na brojne poteškoće. Potrebno je osigurati uključivanje inspekcija rada u državne koordinirajuće mehanizme, te odgovarajuće organe nadzora. Posebna pažnja problemu dječijeg rada posvećena je kroz djelovanje institucije Ombudsmena, koja svoju djelatnost u značajnoj mjeri usmjerava na zaštitu ljudskih prava u oblasti rada i radnih odnosa, a posebno na slučajeve suzbijanja najgorih oblika prikrivenog i zabranjenog rada djece. Unatoč svim nastojanjima, nisu riješeni problemi koji nastaju zbog društvenih i ekonomskih uvjeta koji još uvijek onemogućavaju efikasno ostvarivanje zakona i drugih propisa.

mr. Emina Hasanagić, Senior Assistant,
Law Faculty of University Dzemal Bijedic in Mostar

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AND IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL STANDARDS ON THE PROHIBITION OF CHILD LABOUR

Summary: The author in this paper analyzes the issue of protection of children who are engaged in difficult and inadequate work, as regulated by the provisions of international and domestic legislation and its implementation, with the aim to determine the extent to which the protection of rights of children is insured. The author analyzes the activity of international and regional organizations whose activities contribute to combating child labour. The author emphasized the importance of the activities undertaken by the International Labour Organization in this area, so the special section is devoted to the analysis of activity of this organization. Then it is addressed the protection at work of minor employees in the legislation of Bosnia and Herzegovina, in the light of implemented international standards. The conclusion after the analysis shows that there is a discrepancy between the normative and the actual situation, because even though a numerous international documents were adopted, remains a problem of their implementation in practice.

Key words: child labour, international standards, International Labour Organization, labour legislation of BH, the best interest of the child.

Mr. sc. Denis Pajić, viši asistent
Sunčica Vežović, asistentica
Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

OSNOVNE KARAKTERISTIKE NOVOG MALOLJETNIČKOG ZAKONODAVSTVA U BOSNI I HERCEGOVINI

U Bosni i Hercegovini procesno postupanje prema maloljetnicima koji su u sukobu sa zakonom propisano je na četiri zakonodavna nivoa (BiH, FBiH, RS i BD BiH). Od 2010. godine pristupilo se izradi teksta posebnog Zakona na entitetskim nivoima, s obzirom da zbog nepostojanja političke volje nije bilo moguće usvojiti jedinstveni zakon, na državnom nivou, koji bi rješavao pitanja maloljetnika koji su u sukobu sa zakonom. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku prvo je donesen u Republici Srpskoj, zatim u Brčko Distriktu BiH, te na kraju u Federaciji BiH. Bosna i Hercegovina na normativnom planu potencira izgradnju posebnog odnosa prema maloljetnicima i načelo najboljeg interesa djeteta je prihvaćeno kao temeljno načelo u okviru maloljetničkog pravosuđa. U radu je dat pregled osnovnih karakteristika novog maloljetničkog zakonodavstva u entitetima BiH, objašnjeni su principi sadržani u Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, organi uključeni u postupak, vrste alternativnih mjera i sankcija koje se izriču maloljetnim učiniocima krivičnih djela, te postupak za krivična djela na štetu djece i maloljetnika.

Ključne riječi: maloljetnik, najbolji interes djeteta, minimalna prava, alternativne mjere, policijsko upozorenje

1. Uvodne napomene

U Bosni i Hercegovini procesno postupanje prema maloljetnicima koji su u sukobu sa zakonom regulisano je na četiri zakonodavna nivoa: na nivou Bosne i Hercegovine (BiH), Federacije Bosne i Hercegovine (FBiH), Republike Srpske (RS) i Brčko Distrikta (BD). S obzirom na četiri zakonodavna okvira u Bosni i Hercegovini koji regulišu pitanja djece i maloljetnika u sukobu sa zakonom, javljaju se i razni problemi praktične prirode koji se tiču provođenja zakona, te izvršenje mjera i sankcija koje sudovi izriču maloljetnicima. Dodatan problem predstavlja i činjenica što su u Bosni i Hercegovini na snazi "paralelni sistemi zakonskih propisa o maloljetnicima" u smisli da se na nivou institucija BiH i FBiH ova pitanja uređuju posebnim i specifičnim pravnim normama u okviru materijalnog, procesnog i izvršnog krivičnog prava, a u RS i BD BiH prema odvojenom zakonodavstvu prema maloljetnicima.¹

¹ Sijerčić-Čolić, H.; *Krivično procesno pravo, Knjiga II, Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci*; Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje; Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012., str. 185.

Zbog nepostojanja političke volje nije usvojen od strane Parlamentarne skupštine BiH tokom 2008. godine jedinstven zakon u oblasti maloljetničkog zakonodavstva. Shodno tome pristupilo se izradi teksta zakona na entiteskim nivoima i na nivou Brčko Distrikta. Republika Srpska je u januaru 2010. godine usvojila Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku² (u daljem tekstu ZZPDM RS) koji je stupio na snagu 1. januara 2011. godine. Na ovaj način u Republici Srpskoj su specifična pravila o maloljetnim delikventima izdvojena iz materijalnog, procesnog i izvršnog zakonodavstva i na taj način su ugrađena u jedinstven zakonski tekst. Na isti način postupljeno je i u Brčko Distriktu BiH gdje je donešen Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (u daljem tekstu ZZPDM BD).³ U Federaciji Bosni i Hercegovini također je donešen Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku⁴ (u daljem tekstu Zakon), a primjenjivat će se istekom godinu dana nakon stupanja na snagu.

2. Princip najboljeg interesa djeteta u krivičnom pravu

Specifičan položaj maloljetnih učinilaca krivičnih djela u BiH je najbolje sagledati iz aspekta međunarodnih standarda o zaštiti prava djece i maloljetnika. Međunarodni okvir za maloljetničko pravosuđe čine: Konvencija UN-a o pravima djeteta (1989), Standardna minimalna pravila UN-a za primjenu sudskih postupaka prema maloljetnicima ili "Pekinška pravila" (1985), Pravila UN-a za zaštitu maloljetnika od neosnovanog lišenja slobode ili "Pravila iz Havane" (1990), Smjernice UN-a za prevenciju maloljetničke delikvencije ili "Smjernice iz Rijada" (1990), Evropska konvencija o ostvarivanju prava djeteta (1996), te preporuke Vijeća Evrope o maloljetničkoj delikvenciji. Ovi dokumenti nisu direktno obavezujući u BiH, ali je njihova primjena poželjna kod uređenja maloljetničkog pravosuđa, s obzirom da predstavljaju dobru praksu.

Konvencija UN-a o pravima djeteta (u daljem tekstu: Konvencija) naročito naglašava obavezu država koje su je ratifikovale da poštuju i osiguraju utvrđena prava svakog djeteta koje se nalazi pod jurisdikcijom te države, bez diskriminacije po bilo kojem osnovu. Posebna pažnja posvećena je pravima djece koja su došla u sukob sa zakonom. Naglašava se i potreba postupanja prema njima kao prema ravnopravnim ljudskim bićima, što podrazumijeva napuštanje rigidnog *parens patriae* odnosa koji ograničava njihove mogućnosti da izraze svoje mišljenje i da učestvuju u svim aktivnostima koje se tiču njihovog života.

² Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku ("Službeni glasnik RS", br. 13/10).

³ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku ("Službeni glasnik Brčko Distrikta", br. 44/11)

⁴ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku ("Službene novine FBiH", br. 7/14).

UN-ov Komitet za prava djeteta identifikovao je četiri opća načela na kojima se zasnivaju sva prava sadržana u Konvenciji:

- Načelo nediskriminacije
- Pravo na život i razvoj
- Najbolji interes djeteta
- Sloboda izražavanja mišljenja⁵

Najbolji interes djeteta je istaknut kao najvažnije načelo koje pri donošenju svih odluka i izvršenju odluka koje utiču na dijete ili na djecu kao skupinu. Sva navedena načela mogu se primjeniti jednako i na maloljetnike, a ne samo na djecu. U presudi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu EKLJP), *Sahin protiv Njemačke*⁶ Sud je istakao važnost poštovanja prava navedenih u Konvenciji navodeći da su "ljudska prava koja imaju djeca i standardi prema kojima sve države članice trebaju težiti u ostvarivanju prava djece navedeni u Konvenciji o pravima djece."

Bitan segment načela najboljeg interesa djeteta jeste načelo učešća ili pravo na izražavanje svog mišljenja, koje podrazumijeva da djeca imaju pravo da iskažu svoje mišljenje i da iznesu svoje stavove o svim pitanjima koja se njih tiču jedno je od rukovodećih načela Konvencije.⁷ Iako to ne znači da će njihovo mišljenje uvijek biti prihvaćeno i da će se po njemu postupati, mišljenju djece treba posvetiti dužnu pažnju i ozbiljno uzeti u obzir, naravno u skladu sa njihovim uzrastom, zrelošću i okolnostima samog predmeta. Pominjanje formulacije "omogućava da dijete u skladu sa uzrastom i zrelošću izrazi svoje mišljenje o svim pitanjima koja se na njega odnose"⁸ ne treba tumačiti kao ograničenje, već prije kao dužnost organa krivičnog postupka da u potpunosti procjene, koliko je to moguće, odgovarajuću sposobnost djeteta. Umjesto da olako zaključuje da dijete nije u stanju da formira sopstveno mišljenje, treba poći od pretpostavke da dijete, u suštini, posjeduje tu sposobnost.⁹ Pri tome uzrast ne treba da predstavlja prepreku za pravo djeteta da u potpunosti učestvuje u pravosudnom postupku.¹⁰

⁵ Analiza usklađenosti zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa Konvencijom o pravima djeteta, Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine u saradnji sa Save the children, Norway, Sarajevo, 2009., str. 9.
(http://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obudsmen_doc2013032607124915bos.pdf)(datum posjete stranice 18.11.2013.)

⁶ *Sahin protiv Njemačke*, zahtjev br. 30943/96; (2003) ECHR 340, presuda od 08. jula 2003., par. 39.

⁷ Čl. 12. Konvencije UN-a o pravima djeteta

⁸ Čl. 1. Zakona

⁹ U predmetu *Sahin protiv Njemačke*, predstavka br. 30943/96, presuda od 8. jula 2003. godine, Evropski sud za ljudska prava je zaključio da je došlo do suštinskog kršenja prava iz Evropske konvencije o ljudskim pravima zbog toga što nisu saslušani stavovi samog djeteta, i ukazao na to da je domaći sud trebao da preduzme znatne korake kako bi obezbijedio neposredan kontakt sa djetetom jer su, isključivo na taj način, mogli da budu utvrđeni najbolji interesi djeteta.

¹⁰ Čl. 18. Smjernica UN-a o pravosuđu i stvarima u kojima su djeca žrtve i svjedoci krivičnih djela (ECOSOC Res 2005/20, 22. juli 2005. godine).

Usko povezano sa najboljim interesom djeteta je i njegovo pravo na pravično suđenje (*fair trial*). Pristup prema djeci koja su u sukobu sa zakonom treba biti u skladu sa odredbom člana 40. stava 1. Konvencije, a to je da države stranke priznaju svakom djetetu koje je osumnjičeno ili optuženo, ili za koje je utvrđeno da je prekršilo krivični zakon, pravo da se sa njim postupa na način koji je u skladu sa promicanjem njegovog osjećaja dostojanstva i vrijednosti, kojim se jača djetetovo poštovanje ljudskih prava i temeljnih sloboda drugih i koji uzima u obzir djetetovu dob i poželjnost promicanja njegovog povratka u zajednicu te njegovog preuzimanja poslovne uloge u toj zajednici. Prema tome cilj je maloljetničkog pravosuđa rehabilitacija i socijalna integracija djeteta.¹¹ Zbog specifičnosti maloljetničkog pravosuđa, proceduralne mjere zaštite djeteta kao počinioca krivičnog djela imaju dodatnu važnost jer one moraju, između ostalog, zaštititi najbolji interes djeteta i osigurati poštovanje prava djeteta da bude saslušano, ali i u konačnici dovesti do njegove socijalne integracije.¹² Član 40. stav. 2. b) Konvencije propisuje da svako dijete koje je osumnjičeno ili optuženo za povredu krivičnog zakona ima najmanje sljedeća jamstva:

- (i) smatra se nevinim dok mu se krivnja ne dokaže
- (ii) da bude odmah i direktno obaviješteno o optužbama protiv njega i ukoliko je potrebno preko njegovih roditelja ili zakonskih staratelja i da ima pravnu i drugu odgovarajuću pomoć u pripremi i prezentiranju svoje odbrane
- (iii) da se postupak vodi bez odlaganja od strane nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog organa ili sudskih tijela, u pravičnom saslušanju u skladu sa zakonom, u prisustvu pravne ili druge odgovarajuće pomoći, i osim ako se ne smatra da to nije u interesu djeteta, posebno uzimajući u obzir njegove godine, ili položaj njegovih roditelja ili zakonskih staratelja
- (iv) da ne bude prisiljeno da svjedoči ili prizna krivicu; da se ispituju ili da budu ispitani svjedoci druge strane i da se obezbijedi učešće i ispitivanje njegovih svjedoka pod jednakim uslovima
- (v) da ukoliko se smatra da je prekršilo krivični zakon, ovu odluku i svaku donesenu mjeru koja iz toga proizilazi, ponovo razmatra viši, nadležni, nezavisni i nepristrasni organ, ili sudsko tijelo u skladu sa zakonom
- (vi) da ima besplatnu pomoć prevodioca ukoliko dijete ne može da razumije ili ne govori jezik koji se koristi
- (vii) da se poštuje njegova privatnost u svim fazama postupka.

Bosna i Hercegovina je Konvenciju o pravima djeteta preuzela notifikacijom o sukcesiji 23. novembra 1993. godine, što je prema međunarodnom pravu stvorilo obavezu BiH da Konvenciju implementira i da uskladi svoje zakonodavstvo u skladu sa odredbama ovog instrumenta, te da preduzme sve neophodne korake kako bi osigurala efikasnu implemenciju

¹¹Human Rights in the Administration of Justice; A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, Office of the High Commissioner for human rights in corporation with the International Bar Association, UN; New York and Geneva, 2003., str. 408.

¹² Ibidem, str. 411.

ugovornih odredbi. Iz toga jasno proizilazi obaveza BiH da svoje zakonodavstvo, vezano za krivičnu odgovornost djece i maloljetnika, uredi na način da će se prvenstveno voditi principom najboljeg interesa djeteta, te potom i svih načela koja su usko povezana sa ovim glavnim načelom.

3. Odredbe Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH

Usvojeni zakoni o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u RS, BD BiH te FBiH su po mišljenjima mnogih stručnjaka dobro urađeni i koncipirani. Bitna i pozitivna karakteristika ovih zakona jeste što je po prvi put u krivičnom zakonodavstvu u BiH u posebnom zakonskom tekstu objedinjen materijalni, procesni i izvršni pravni aspekt oblasti maloljetničkog zakonodavstva. Bez namjere da detaljno analiziramo sve odredbe Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u FBiH u nastavku rada ćemo se osvrnuti na njegove osnovne karakteristike (principe i načela sadržane u Zakonu, organe u postupku prema maloljetnicima, alternativne mjere i sankcije i postupak za krivična djela na štetu djece i maloljetnika).

3.1. Osnovni principi sadržani u Zakonu

Novi propisi afirmišu dosadašnji razvoj, unapređuju položaj maloljetnika u krivičnom pravu i utiču na stepen harmonizacije nacionalnih propisa sa međunarodnim dokumentima o sudstvu za maloljetnike.¹³ U okviru opštih odredbi (članu 1-11. Zakona) naglašena su osnovna načela i rukovodeći principi koji se protežu kroz cijeli zakonski tekst i oslikavaju sam karakter zakona, a sve u cilju zadovoljavanja principa najboljeg interesa djeteta.

Uvažavanje dostojanstva maloljetnika i njegova zaštita od diskriminacije izražena je u član 1. Zakona gdje se između ostalog navodi "dužnost sudova, tužilaštava, ovlaštenih službenih osoba, organa starateljstva, porodice, škole, kao i svih drugih institucija na svim nivoima društvene zajednice kao i drugih učesnika uključenih u krivičnu proceduru da postupaju na način kojim se bez diskriminacije unapređuje osjećaj dostojanstva i lične vrijednosti djeteta". Nadalje, u članu 4. Zakona naglašeno je načelo nediskriminacije prema kojem se nalaže obaveza jednakog postupanja "prema maloljetnicima i mlađim punoljetnim osobama u svim fazama krivičnog postupka bez obzira na: rasu, boju kože, spol, jezik, vjeroispovjest, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno, etničko ili socijalno porijeklo, imovinsko stanje, status stečen rođenjem ili drugi status maloljetnika, njegovog roditelja, usvojioca ili staratelja, kao i na druge oblike različitosti." Riječ je o osnovnim zahtjevima na planu ljudskih prava, koji su naglašeni u brojnim međunarodnim dokumentima i kao takva implementirana u domaća zakonodavstva.¹⁴

¹³ Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 195.

¹⁴ Vidi čl. 2. i čl. 40. st. 1. Konvencije UN o pravima djeteta.

Maloljetniku pripadaju minimalna prava koja se poštuju u svim fazama krivičnog postupka i ona se odnose na pravo maloljetnika da mu se jasno kaže zbog čega se optužuje, da se smatra nevinim dok se ne dokaže suprotno, da se brani šutnjom, da mu se priznanje ne iznuđuje silom, pravo na pravnu pomoć advokata (maloljetnik mora imati branioca prilikom prvog ispitivanja od strane tužioca ili ovlaštene službene osobe, kao i tokom cijelog postupka), pravo na prisustvo roditelja ili staratelja, pravo na provođenje postupka "bez odlaganja", pravo na unakrsno ispitivanje svjedoka suprotne stranke kao i pravo na pozivanje i saslušanje vlastitih svjedoka pod jednakim uvjetima, te pravo na djelotvoran pravni lijek (član 5. Zakona). Djeca treba da budu obavještena o svojim pravima¹⁵, ali isto tako trebaju biti obavještena o instrumentima koje mogu koristiti kako bi zaista ostvarili svoja prava ili kako bi, kada je to potrebno, odbranili ili zaštitili ta prava.

Pravo na privatnost maloljetnog učinioca krivičnog djela se poštuje u svim fazama postupka tako da se medijima neće objaviti ime i drugi podaci koji otkrivaju identitet maloljetnika (čl. 7. Zakona). Anonimnost i zaštita podataka o ličnosti maloljetnog učinioca krivičnog djela posebno je važna u odnosu na sredstva javnog informisanja.¹⁶ Mogući načini zaštite privatnosti u medijima između ostalog se odnose na prihvatanje anonimnosti ili pseudonima, izostavljanje iz svih dokumenata imena i drugih elemenata na osnovu kojih bi se maloljetnik mogao identifikovati ili zabrana bilo kakvog vida snimanja (fotografskog, zvučnog ili video zapisa).¹⁷

U kontekstu restorativne pravde i pokušaja usavršavanja instrumenata u borbi protiv maloljetničke delikvencije s jedne strane i uspješne resocijalizacije maloljetnika s druge strane, u posljednje vrijeme sve više pažnje se poklanja alternativnim mjerama. Tu se prije svega misli na alternativne mjere koje se mogu izreći prije pokretanja krivičnog postupka u vidu ograničenja načela legaliteta krivičnog gonjenja, odnosno primjene načela oportuniteta za maloljetne učinioce krivičnih djela.¹⁸ I novi zakonski tekst afirmiše načelo oportuniteta kroz primjenu odgojnih preporuka. Tako, tužilac za maloljetnike i sudija za maloljetnike u skladu sa principima i pravilima propisanim ovim zakonom i podzakonskim aktima, razmotrit će mogućnost da ne pribjegavaju vođenju formalnog krivičnog postupka nego da slučaj maloljetnog učinioca krivičnog djela riješe primjenom odgojnih preporuka kada su one u najboljem interesu maloljetnika (čl. 8. Zakona).

¹⁵ Čl. 42. Konvencije UN o pravima djeteta

¹⁶ Čl. 8. Standardnih minimalnih pravila UN za maloljetničko pravosuđe (Pekinška pravila) navodi da će "pravo na privatnost maloljetnika biti poštovano u svim fazama postupka kako bi se izbjegle štetne posljedice po njega uslijed neodgovarajućeg publiciteta ili etiketiranja. U načelu, neće se objavljivati nikakve informacije na osnovu kojih se može identifikovati maloljetni prestupnik."

¹⁷ U predmetu *V. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka br. 24888/94, presuda od 16. decembra 1999. godine, Evropski sud za ljudska prava je zaključio da "s obzirom na to da je riječ o mladm maloljetniku koji je optužen za teško krivično djelo koje privlači visok nivo pažnje medija i veliki javni interes, potrebno organizovati ročište na način da se na najmanju moguću mjeru svede osjećaj zastrašenosti i inhibiranosti optuženog maloljetnika."

¹⁸ Sijerčić-Čolić, H., Vranj, V., *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2011, str. 158.

Potencirajući dobrobit maloljetnika koji se nalazi u sukobu sa zakonom, propisana je mogućnost izbora i primjene zakonom predviđenih sankcija i mjera koje su prilagođene ličnim karakteristikama, sredinama i prilikama u kojima maloljetnik živi i u srazmjeri sa okolnostima i težinom učinjenog krivičnog djela i uvažavanjem prava osobe oštećene krivičnim djelom (čl. 9. Zakona). Dakle, u pogledu krivičnih sankcija za maloljetnike, novo zakonodavstvo se temelji na principu postupnosti u izricanju krivičnih sankcija¹⁹ (koji znači da, ukoliko nisu primjenjene odgojne preporuke kao primarni odgovor na maloljetničku delikvenciju, u izricanju krivičnih sankcija prednost treba dati prvo mjerama upozorenja, zatim mjerama pojačanog nadzora, te na posljednjem mjestu kazni maloljetničkog zatvora) i principu srazmjerenosti (koji podrazumjeva mogućnost izbora i primjene zakonom predviđene sankcije i mjere koje su prilagođene ličnim svojstvima, sredini i prilikama u kojima maloljetnik živi koje su u srazmjeri sa okolnostima i težinom učinjenog krivičnog djela, uz uvažavanje prava osobe oštećene krivičnim djelom).

3.2. Organi u postupku prema maloljetnicima

Jedna od karakteristika Zakona jeste i specijalizacija svih organa koji učestvuju u postupku prema maloljetnicima. U skladu s tim propisane su i nove nadležnosti organa starateljstva, policije, tužilaštva, suda, kao i nadležnih ministarstava.

Zakon predviđa formiranje posebnih odjeljenja za maloljetnike pri sudovima prvog stepena, tužilaštvu i u policijskom organu, koja se sastoje od jednog ili više (sudija, tužilaca ili ovlaštenih službenih osoba) i jednog ili više stručnih savjetnika. Predviđeno je da sudije i tužioci moraju imati izražene sklonosti za odgoj, potrebe i interese mladih i posebna znanja.²⁰ Stručni savjetnici mogu biti: socijalni pedagozi – defektolozi, socijalni radnici, pedagozi i psiholozi. Obim njihovih nadležnosti definisan je u članu 22. stavu 1. i 2. Zakona.²¹

¹⁹ Ovaj opšti princip predviđen je Pravilima UN za zaštitu maloljetnika lišenih slobode i konkretizovan je kroz niz rješenja u postupku primjene mjera i sankcija u novom zakonodavstvu.

²⁰ Član 18. Zakona.

²¹ Stručni savjetnik tužilaštva može u toku pripremnog postupka prikupljati podatke koje se tiču ličnosti maloljetnika: prikupljati podatke i davati mišljenja tužiocu za donošenje odluke o cjelishodnosti pokretanja postupka; prikupljati podatke koji se odnose na primjenu odgojnih preporuka; davati mišljenje o potrebi preduzimanja mjere smještaja maloljetnika u prihvatilište i preduzimanje mjera za osiguranje prisustva maloljetnika tokom postupka; običi pritvorene maloljetnike i tužiocu podnositi izvještaje i, ako je potrebno, predlagati preduzimanje potrebnih mjera; davati mišljenje o opravdanosti primjene konkretnih odgojnih preporuka, odgojnih mjera i mjera sigurnosti i njihovoj zamjeni drugim mjerama ili obustavi postupka; voditi evidenciju i prikupljati statističke i druge podatke i mišljenja po nalogu i zahtjevu tužioca.

Stručni savjetnik suda može u toku postupka prikupljati podatke potrebne za donošenje odluke o primjeni odgojnih preporuka; prikupljati podatke koji se odnose na primjenu odgojnih preporuka; davati mišljenje o potrebi smještaja maloljetnika u prihvatilište i preduzimanje drugih mjera za osiguranje prisustva maloljetnika tokom postupka; običi pritvorene maloljetnike i sudiji podnositi izvještaje i, ako je potrebno, predložiti preduzimanje potrebnih mjera; prisustvovati sjednici ili glavnom pretresu i davati stručno mišljenje o potrebi preduzimanja određenih mjera prema djeci

Organi starateljstva dobijaju širok dijapazon nadležnosti, jer se, između ostalih, shodno pravilima koja se primjenjuju prilikom izricanja odgojnih preporuka, oni pojavljuju kao organi posredovanja, praćenja i izvršenja odgojnih preporuka, u situaciji kada su potpuno neadekvatno osposobljeni, kako u pogledu kadrova, tako i sa materijalnog i tehničkog aspekta.

Također, u odnosu na ministarstva unutrašnjih poslova potrebne su određene kadrovske i organizacione promjene, posebno zbog primjene instituta "policijskog upozorenja", ali i zbog načina ispitivanja, odnosno saslušanja djece i maloljetnika, u zavisnosti da li su počinioci ili žrtve krivičnih djela. Ujedno, pojedina nadležna ministarstva, posebno ministarstvo pravde, a cijeneći prelazne i završne odredbe, obavezna su da u roku od šest mjeseci od dana stupanja na snagu Zakona donesu određene podzakonske akte.

U kontekstu naprijed navedenog, Zakon predviđa i obavezu unaprijeđenja procesa edukacije. Naime, CEST FBiH brine se o kontinuiranom stručnom osposobljavanju i usavršavanju sudija i tužilaca i osigurava im uvjerenja ili certifikate o stručnoj osposobljenosti za obavljanje poslova iz oblasti prestupništva mladih i njihove krivično-pravne zaštite, bez kojih oni neće moći obavljati ove poslove. Takođe, ovlaštena službena lica iz organa unutrašnjih poslova, socijalnog staranja, ali i advokati, te uposlenici u ustanovama i zavodima koji obavljaju ove poslove će morati proći specijalističke edukacije, odnosno stručno se osposobiti u roku od deset mjeseci od dana stupanja na snagu zakona, o čemu brinu nadležna ministarstva, Udruženje medijatora i Advokatska komora FBiH, a prema programu edukacije koji donosi federalni ministar pravde.²²

koja su žrtve ili svjedoci učinjenog krivičnog djela; voditi evidencije i prikupljati statističke i druge podatke po nalogu i zahtjevu sudije i davati mišljenja o drugim pitanjima kada postoji suglasnost stranaka i branitelja ili sud ocijeni da je to neophodno.

²² Čl. 198. Zakona.

3.3. *Ovlaštenja tužioca*

Posebnu pažnju u Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u FBiH treba posvetiti ovlaštenjima koja su data tužiocima. Najvažnije ovlaštenje koje su tužioci dobili ovim Zakonom jeste da su ovlašteni da donose naredbu o pokretanju pripremnog postupka, i da o tome obavijeste organ starateljstva. Ovo je jedno potpuno novo ovlaštenje tužioca, a koje je propisano članom 91. Zakona. Pored ovog novog ovlaštenja, proširena su prava i obaveze tužioca u postupku prema maloljetnicima na sljedeći način:

- a) preusmjeravanje od redovnog postupka podrazumijeva obavezu tužioca da ne pribjegava vođenju formalnog krivičnog postupka
- b) tužilac (kao i sudija za maloljetnike) mora imati izraženu sklonost za odgoj, potrebe i interese mladih i posebna znanja²³

Sljedeća novina koju predviđa Zakon jeste da tužilac mora voditi računa o postupnosti u izricanju krivičnih sankcija, te ukoliko nije primijenio princip oportuniteta ili odgojnu preporuku, prednost u izricanju krivičnih sankcija uvijek će imati mjere upozorenja ili usmjeravanja, nakon njih mjere pojačanog nadzora, pa zavodske mjere, te na kraju kao najteža mjera kazna maloljetničkog zatvora, koja je u Zakonu promijenjena na način da više nema propisanog minimuma kazne, a maksimum kazne je najviše do deset godina.

Novina je, također, da sud može na prijedlog tužioca izreći deset posebnih obaveza, a predviđene su kao posebna vrsta mjera upozorenja i usmjeravanja, što do sada nije bio slučaj. Do sada je sud imao mogućnost da pri izricanju neke od odgojnih mjera pojačanog nadzora odredi jednu ili više posebnih obaveza.

Šira ovlaštenja tužioca su vidljiva i kod primjene načela oportuniteta, s obzirom da tužilac može odlučiti da ne pokrene krivični postupak iako postoje dokazi da je maloljetnik učinio krivično djelo, ako smatra da ne bi bilo cjelishodno da se prema njemu vodi postupak, s obzirom na prirodu krivičnog djela i okolnosti pod kojima je učinjeno, raniji život maloljetnika i njegova lična svojstva, kao i u slučaju kad je izvršenje kazne ili odgojne mjere u toku.²⁴

Tužilac je u RS i BD dužan okončati pripremni postupak u roku od 90 dana, odnosno u FBiH tri mjeseca od donošenja naredbe o pokretanju pripremnog postupka,²⁵ a ako se isti ne završi, važi supsidijarna primjena odredbi Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZKP FBiH) o obustavi i okončanju istrage u odnosu na punoljetne učinioce krivičnih djela.²⁶

Tužilac daje prijedlog sudiji, a koji može odrediti da se maloljetnik u toku pripremnog postupka privremeno smjesti u prihvatilište ili sličnu ustanovu

²³ Čl. 18. Zakona.

²⁴ Član 89. Zakona.

²⁵ Iako je bila predviđena dužnost hitnog postupanja, do sada nije postojalo ograničenje dužine trajanja pripremnog postupka.

²⁶ Član 240. st. 2. ZKP FBiH.

za prihvata. Izvršenje ove mjere provodi se prema odredbama koje vrijede za ustanove, dok se na dužinu trajanja, kontrolu opravdanosti trajanja ovog smještaja i drugih prava primjenjuju odredbe koje se odnose na maloljetnika u pritvoru.

Prema Zakonu tužilac je dužan da vrši i neposredni nadzor i kontrolu izvršenja odgojnih mjera. U tom smislu nadležni organ starateljstva je dužan tužiocu svakih šest mjeseci dostaviti izvještaj o izvršenju pojedinih mjera, dok je uprava ustanove u kojoj se izvršava kazna maloljetničkog zatvora ili zavodska odgojna mjera dužna to uraditi svaka dva mjeseca.

Zbog svih novih i proširenih ovlaštenja koja tužilac ima prema Zakonu, jasno je da tužilac mora biti osoba koja će imati posebna znanja iz oblasti prava djeteta i krivičnopravne zaštite maloljetnika.

3.4. Odgojne preporuke

Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH predviđa da se odgojne preporuke mogu izreći maloljetniku koji je učinio krivično djelo za koje se prema zakonu može izreći novčana kazna ili kazna zatvora do tri godina, a za krivična djela za koja je zapriječena kazna duža od tri godine zatvora, ako je takvo postupanje u skladu sa principom srazmjernosti (čl. 24. st. 1. Zakona). Zakon propisuje ukupni šest odgojnih preporuka, i svih šest odgojnih preporuka, i to jednu ili više njih kumulativno, mogu izreći i sudija i tužilac (čl. 26. st. 2. Zakona).²⁷

Vrste odgojnih preporuke koje propisuje odvojeno zakonodavstvo o maloljetnicima u FBiH su: lično izvinjenje oštećenom, naknada štete oštećenom, redovno pohađanje škole ili redovno odlaženje na posao, uključivanje u rad, bez nakanade, u korist humanitarne rganizacije ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja, liječenje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, te uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman odgojnih, obrazovnih, psiholoških i drugih savjetovališta (čl. 26. st. 1. Zakona).

Svrha odgojnih preporuka jeste da se njihovom primjenom ne pokreće krivični postupak, te da se utiče na jačanje lične odgovornosti maloljetnika kako ubuduće ne bi činio krivična djela (čl. 25. Zakona). Organ starateljstva je dužan, nakon što je maloljetniku izrečena neka odgojna preporuka, da odredi stručnu osobu za provođenje postupka posredovanja, praćenja i izvještavanja. Prilikom izbora odgojne preporuke mora se postupati pažljivo, u dogovoru sa roditeljima, usvojiteljima ili starateljima maloljetnika, te organom starateljstva, kako bi se odgojnom preporukom postigla što bolja svrha resocijalizacije maloljetnika, te da se ne bi poremetilo njegovo redovno školovanje tokom trajanja odgojne preporuke.

²⁷ KZ FBiH propisuje da od osam vrsta odgojnih preporuka, četiri može izreći tužilac, a četiri sudija za maloljetnike.

3.5. Policijsko upozorenje

Također, Zakon propisuje primjenu vansudskih mjera i slabije formalne reakcije tužilaštva i policije prema maloljetnim učinocima krivičnih djela, pa tek onda propisuje izricanje krivičnopравниh sankcija. Može se zaključiti da je glavni cilj Zakona da maloljetnik shvati šta je učinio, i šta njegovo djelo znači kako za njega samog, tako i za cjelokupno društvo, te da se nakon prevaspitanja i preodgoja vrati u društvo kao koristan član. Zbog navedenog u Zakon je uveden potpuno novi institut koji dosadašnje maloljetničko zakonodavstvo u BiH nije poznavalo, tzv. "policijsko upozorenje". To je nova, vrlo važna alternativna mjera. Ova alternativna mjera se može izreći maloljetniku pod sljedećim općim uslovima:

- a) da je počinio krivično djelo za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine
- b) ako je to srazmjerno okolnostima i težini učinjenog krivičnog djela
- c) da je ovlaštena službena osoba dobila odobrenje od nadležnog tužioca da maloljetniku izrekne policijsko upozorenje.²⁸

Pored navedenih općih uslova predviđeni su i posebni uslovi koji moraju biti kumulativno ispunjeni. Ti uslovi su:²⁹

- a) da maloljetnik priznaje krivično djelo
- b) da je priznanje dato slodobno i dobrovoljno
- c) da postoji dovoljno dokaza da je maloljetnik učinio krivično djelo
- d) da prema maloljetniku nije ranije izricano policijsko upozorenje, primjenjena odgojna preporuka ili izricana krivična sankcija.

Policijsko upozorenje se izriče prije pokretanja pripremnog postupka.³⁰

3.6. Odgojne mjere prema maloljetnicima

KZ FBiH predviđa tri vrste odgojnih mjera, a to su: disciplinske mjere, mjere pojačanog nadzora i zavodske mjere. Zakonom o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u FBiH kao odgojne mjere propisane su: mjere upozorenja i usmjeravanja (sudski ukor, posebne obaveze i upućivanje u odgojni centar), mjere pojačanog nadzora (pojačani nadzor od strane roditelja, usvojitelja ili staratelja, pojačani nadzor u drugoj porodici, i pojačani nadzor od nadležnog organa socijalnog staranja), i zavodske mjere (upućivanje u odgojnu ustanovu, upućivanje u odgojno-popravni dom, i upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje).

Novina koju predviđa Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u FBiH jesu mjere upozorenja i usmjeravanja: sudski ukor, posebne obaveze i upućivanje u odgojni centar, koje

²⁸ Čl. 23. st. 1. Zakona.

²⁹ Čl. 23. st. 2. Zakona.

³⁰ Postupak izricanja policijskog upozorenja uređen je u čl. 88. Zakona.

se izriču kada je potrebno i dovoljno takvim mjerama uticati na ličnost i ponašanje maloljetnika, dok se prema KZ FBiH disciplinske mjere izriču maloljetnom učiniocu krivičnog djela kojem nije potrebno izreći trajnije mjere odgoja i preodgoja, naročito ako je učinio krivično djelo iz nepromišljenosti ili lakomislenosti. Pri izboru vrste odgojne mjere sud uzima u obzir nekoliko faktora koji su propisani članom 33. Zakona.³¹

Kao prvu od mjera upozorenja i usmjeravanja Zakon propisuje sudski ukor, koji se izriče maloljetniku ako se iz njegovog odnosa prema učinjenom krivičnom djelu i njegovoj spremnosti da ubuduće ne čini krivična djela može zaključiti da će se i prijekorom postići svrha odgojnih mjera (čl. 34. st. 1. Zakona). Sudskim ukorom se nastoji maloljetniku ukazati na društvenu neprihvatljivost i štetnost njegovog ponašanja, posljedice tog ponašanja, kao i na to da mu se u slučaju ponovnog izvršenja može izreći druga sankcija (čl. 34. st. 2. Zakona).

Članom 35. Zakona propisane su posebne obaveze koje sud može izreći maloljetniku, a koje su taksativno navedene u stavu 2. ovog člana.³² Kada sud bira koju od obaveza da izrekne maloljetnom učiniocu krivičnog djela mora voditi računa o spremnosti maloljetnika da saraduje u ostvarivanju te obaveze, kao i o tome da obaveza bude prilagođena maloljetniku i uslovima u kojim on živi. Posebne obaveze koje sud propisuje mogu trajati najduže godinu dana. Nadzor nad provođenjem ovih obaveza vrši sud, koji može tražiti izvještaj i mišljenje organa socijalnog staranja. Sud tokom trajanja neke od obaveza može obavezu izmijeniti ili obustaviti od izvršenja. Sud, također ima obavezu da prilikom izricanja neke od posebnih obaveza mora ukazati maloljetniku, njegovim roditeljima ili usvojiocu, odnosno staratelju, da u slučaju nemogućnosti ispunjenja izrečene posebne obaveze, obavezu može zamijeniti drugim obavezama ili drugom odgojnom mjerom, a u slučaju kad maloljetnik posebne obaveze ne izvršava bez posebnog razloga, da može biti upućen u odgojni centar.³³

³¹ Član 33. Zakona propisuje: "Pri izboru odgojne mjere sud će uzeti u obzir uzrast i zrelost maloljetnika, druga svojstva njegove ličnosti i stepen poremećaja u društvenom ponašanju, njegove sklonosti, težinu djela, pobude iz kojih je djelo učinio, sredinu i prilike u kojima je živio, dosadašnji odgoj, njegovo ponašanje nakon izvršenja krivičnog djela, posebno da li je spriječio ili pokušao da spriječi nastupanje štetne posljedice, nadoknadio ili pokušao nadoknaditi pričinjenu štetu, da li je prema njemu ranije bila izrečena krivična sankcija, kao i sve druge okolnosti koje mogu biti od uticaja na izbor one odgojne mjere kojom će se moći najbolje ostvariti svrha odgojnih mjera.

³² Sud maloljetniku može izreći obavezu: a) da redovno pohađa školu; b) da ne izostaje sa posla; c) da se osposobljava za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima; d) da se uključi u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja; e) da se uzdrži od posjećivanja lokala, odnosno priredbi, i kloni društva i određenih osoba koje na njega mogu štetno uticati; f) da se maloljetnik uz saglasnost zakonskog zastupnika podvrgne stručnom medicinskom postupku ili postupku odvikavanja od droge i drugih vrsta ovisnosti; g) da se uključi u pojedinačni ili grupni rad u savjetovalištu za mlade; h) da pohađa kurseve za stručno osposobljavanje i da se priprema i polaže ispite na kojima se provjerava određeno znanje; i) da se uključi u određene sportske i rekreativne aktivnosti i j) da bez posebne saglasnosti suda ne može da napusti mjesto prebivališta ili boravišta

³³ Član 35. st. 8. Zakona

Kao zamjenu za disciplinsku odgojna mjera, upućivanje u disciplinski centar za maloljetnike, koja je propisana KZ FBiH, zakon predviđa mjeru upozorenja i usmjeravanja, upućivanje u odgojni centar. Kada je potrebno da se odgovarajućim kratkotrajnim mjerama utiče na ponašanje maloljetnika, sud maloljetnika može uputiti u odgojni centar:

- a) na određeni broj sati tokom dana u trajanju od najmanje 14 dana, a najduže 30 dana
- b) na neprekidni boravak u trajanju od najmanje 15 dana, ali ne duže od tri mjeseca³⁴

Ukoliko maloljetnik neopravdano odbija ili na drugi način ometa izvršenje izrečenih posebnih obaveza ili odgojne mjere pojačanog nadzora, sud može zbog toga odlučiti da ga uputi u odgojni centar na neprekidni boravak u trajanju od najduže mjesec dana (čl. 36. st. 7. Zakona).

Sud mora voditi računa da maloljetnik prilikom izvršenja ove mjere ne izostaje s redovne školske nastave ili posla. Boravak maloljetnika u odgojnom centru mora biti ispunjem djelatnostima primjerenim njegovim osobinama, učenjem, korisnim radom koji odgovara njegovim sposobnostima i interesima, kao i drugim odgojnim sadržajima usmjerenim na razvijanje osjećaja odgovornosti (čl. 36. st. 4. Zakona). Sud također, može tokom trajanja odgojne mjere, upućivanja u odgojni centar za maloljetnike, izmijeniti ranije donesenu odluku, tako da maloljetniku odredi boravak u odgojnom centru za određeni broj dana, ili odredi boravak na određeni broj sati u toku dana, a može i skratiti ili produžiti trajanje neprekidnog boravka u centru, ili trajanje boravku u centru na određeni broj sati.

Što se tiče odgojne mjere pojačanog nadzora roditelja, usvojitelja ili staratelja, izmjena u odnosu na odredbu KZ FBiH ogleda se u trajanju ove mjere. Naime, prema čl. 90. st. 3. KZ FBiH ova odgojna mjera ne može trajati manje od jedne ni duže od tri godine. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u FBiH propisuje u svom čl. 37. stavu 4. da mjera pojačanog nadzora roditelja, usvojitelja ili staratelja može da traje najmanje šest mjeseci, a najviše dvije godine, s tim da sud naknadno odlučuje o njenom prestanku. Novinu također predstavlja st. 5. čl. 37. Zakona u kojem stoji da "kad ovlaštena osoba organa starateljstva utvrdi da roditelj, usvojitelj ili ne postupa po posebnim uputama i ne saraduje sa stručnom osobom, mora o tome obavijestiti tužioca".

Što se tiče mjere pojačanog nadzora u drugoj porodici, novinu u odnosu na odredbu KZ FBiH, predstavlja st. 2. čl. 38. Zakona u kojem je propisano da ova mjera može da traje najmanje šest mjeseci, a najduže dvije godine, s tim da sud naknadno odlučuje o njenom prestanku. Nadzor nad provođenjem ove mjere vrši organ starateljstva, koji ukoliko ustanovi da porodica u kojoj je maloljetnik smješten ne postupa po posebnim uputama i ne saraduje sa stručnom osobom mora o tome obavijestiti tužioca koji dalje postupa shodno odredbama koje predviđa ovaj Zakon.

³⁴ Član 36. st. 2. Zakona

I kod mjere pojačanog nadzora nadležnog organa socijalnog staranja propisano je drugačije vrijeme trajanja ove mjere u odnosu na odredbe KZ FBiH. Naime, ova mjera sada može da traje najmanje šest mjeseci, a najviše dvije godine, s tim da sud naknadno odlučuje o njenom prestanku (čl. 39. st. 4. Zakona)..

Pored ovih mjera sud može maloljetniku kumulativno propisati i jednu od posebnih obaveza iz člana 35. Zakona.

Ako je ponašanje maloljetnika takvo da ga je potrebno odvojiti od sredine u kojoj živi i osigurati mu pomoć i stalni nadzor stručnih odgajatelja, onda sud može maloljetniku izreći mjeru upućivanja u odgojnu ustanovu. Ova mjera može trajati najmanje šest mjeseci a najduže dvije godine, s tim da sud svakih šest mjeseci razmatra da li ima osnova za obustavu izvršenja mjere ili zamjene nekom drugom odgojnom mjerom (čl. 41. Zakona). Ako je ponašanje maloljetnika takvo da treba primijeniti pojačane mjere nadzora i stručne programe preodgoja, onda sud maloljetniku može izreći mjeru upućivanja u odgojno-popravni dom. U odgojno-popravnom domu maloljetnik može ostati najmanje šest mjeseci i najduže četiri godine, s tim da opet sud svako šest mjeseci razmatra da li postoje osnovi za obustavu izvršenja ili zamjenu ove mjere nekom drugom odgojnom mjerom (čl. 42. Zakona).

Novina koju predviđa Zakon jeste uvjetni otpust. Maloljetnika kojem je izrečena zavodska odgojna mjera, sud može uvjetno otpustiti iz zavodske ustanove ako je u toj ustanovi proveo najmanje šest mjeseci i ako se na osnovu postignutog uspjeha u odgoju može opravdano očekivati da maloljetnik ubuduće neće činiti krivična djela i da će se u sredini u kojoj bude živio dobro ponašati (čl. 43. st. 1. Zakona). Uvjetni otpust traje najduže do isteka zakonskog roka trajanja izrečene zavodske mjere ili dok sud ovu mjeru ne obustavi od izvršenja ili je zamijeni nekom drugom mjerom (čl. 43. st. 3. Zakona). Sud može i opozvati uvjetni otpust ako maloljetnik za vrijeme trajanja uvjetnog otpusta počini novo krivično djelo, ili ako određena mjera pojačanog nadzora ne postigne svrhu ili maloljetnik bez opravdanog razloga ne ispunjava posebne obaveze koje su mu određene uz odgojnu mjeru pojačanog nadzora (čl. 43. st. 4. Zakona).

Posljednja zavodska mjera koju propisuje Zakon jeste mjera upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje. Ova mjera se može izreći maloljetniku koji je ometen u psihičkom ili fizičkom razvoju. Maloljetnik ostaje u ustanovi za liječenje i osposobljavanje dok je to potrebno radi njegovog liječenja ili osposobljavanja, ali ne duže od tri godine, s tim da sud svaka tri mjeseca ispituje da li postoje osnovi za obustavu ove mjere ili njene zamjene drugom mjerom (čl. 44. Zakona).

Novinu u odnosu na odredbe o maloljetnicima iz KZ FBiH predstavlja i član 48. Zakona, koji se odnosi na izricanje odgojnih mjera za krivična djela u sticaju. Sud cijeni jedinstveno sva djela koja su izvršena u sticaju i izriče samo jednu odgojnu mjeru, osim u slučaju predviđenom u članu 40. stav 1. kada maloljetniku odredi jednu ili više posebnih obaveza uz izricanje neke od odgojnih mjera pojačanog nadzora.

Evidenciju o izrečenim mjerama vode nadležni organi starateljstva na osnovu propisa koje donosi federalno ministarstvo nadležno za poslove socijalne zaštite (čl. 49. st. 1. Zakona). Ovi podaci se mogu dati samo sudu, tužilaštvu, organu unutrašnjih poslova i organima starateljstva u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi osobe kojoj je izrečena odgojna mjera. (čl. 49. st. 2. Zakona). Podaci o izrečenoj odgojnoj mjeri brišu se iz evidencije nakon proteka roka od tri godine od dana kada je prestalo izvršenje odgojne mjere, a u svakom slučaju nada evidentirani napuni 23 godine života (čl. 49. st. 3. Zakona). Ako evidentirani bude u međuvremenu osuđen na kaznu zatvora ili maloljetničkog zatvora, podaci o odgojnoj mjeri se brišu iz evidencije kada proteknu rehabilitacijski rokovi utvrđeni ovim zakonom (čl. 49. st. 4. Zakona).

3.7. Maloljetnički zatvor

Kaznom maloljetničkog zatvora se može kazniti samo krivično odgovoran stariji maloljetnik koji je učinio krivično djelo s propisanom kaznom zatvora težom od pet godina, a zbog teških posljedica djela i visokog stepena krivične odgovornosti ne bi bilo opravdano da mu se izrekne odgojna mjera (čl. 50. Zakona). Kazna maloljetničkog zatvora koja se izriče maloljetnom učiniocu krivičnog djela ne može biti duža od deset godina, a izriče se na pune godine ili mjesece. Za krivično djelo za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora duža od deset godina, maloljetnički zatvor može trajati do deset godina (čl. 51. st. 1. Zakona).³⁵ Maloljetna osoba koja je osuđena na kaznu maloljetničkog zatvora može biti uvjetno puštena ako je izdržala najmanje trećinu izrečene kazne i ako se na osnovu postignutog uspjeha izvršenja može opravdano očekivati da će se na slobodi dobro ponašati i da neće činiti krivična djela, ali ne prije nego što je provela šest mjeseci u kazneno-popravnoj ustanovi (čl. 53. st. 1. Zakona).

Sud može izreći kaznu maloljetničkog zatvora i istovremeno odrediti da je neće izvršiti kada se opravdano može očekivati da se i prijetnjom naknadnog izricanja kazne može uticati na maloljetnika da ubuduće ne čini krivična djela (čl. 54. st. 1. Zakona).³⁶ Ako maloljetnik kome je odgođeno izricanje maloljetničkog zatvora iz člana 54. ovog Zakona bude osuđen ili mu bude izrečena odgojna mjera zbog novog krivičnog djela učinjenog prije isteka vremena provjeravanja, sud izriče kaznu za prije učinjeno krivično djelo, ako bi to, s obzirom na novoizrečenu kaznu ili odgojnu mjeru, bilo potrebno radi odvratanja maloljetnika od činjenja krivičnih djela (čl. 55. st. 1. Zakona). Pri izricanju jedinstvene kazne sud postupuje u skladu sa članom 52. ovog Zakona.

³⁵ Čl. 51. st. 2. Zakona propisuje da sud pri odmjeravanju kazne starijem maloljetniku za krivično djelo ne može izreći kaznu maloljetničkog zatvora u trajanju dužem od kazne zatvora propisane za to krivično djelo, a nije vezan za najmanju propisanu mjeru te kazne.

³⁶ Čl. 54. st. 3. Zakona propisuje da nakon što protekne najmanje jedna godina vremena provjeravanja, sud može nakon što pribavi izvještaj organa starateljstva, izreći konačni odustanak od izricanja kazne, ako nove činjenice potvrđuju uvjerenje da maloljetnik neće učiniti nova krivična djela.

Kazna se može naknadno izreći najkasnije šest mjeseci nakon proteka vremena provjere ili nakon okončanja postupka zbog novog krivičnog djela (čl. 55. st. 4. Zakona).

Kazna maloljetničkog zatvora neće se izvršiti kad od dana pravosnažnosti presude kojom je kazna izrečena proteknu rokovi zastare propisani odredbom člana 56. Zakona. Brisanje osude na kaznu maloljetničkog zatvora iz kaznene evidencije nastupa po proteku roka od jedne godine od dana izdržane, zastarjele ili oprostene kazne, ako za to vrijeme osuđeni maloljetnik ne učini novo krivično djelo. Osuda se ne može brisati dok traje primjena mjera sigurnosti koje su propisane članom 61. tačkama od a) do e) ovog Zakona.

Maloljetniku kojem je izrečena kazna maloljetničkog zatvora ili odgojna mjera, može se izreći jedna ili više mjera sigurnosti. Te mjere prema zakonu su: obavezno psihijatrijsko liječenje³⁷, obavezno liječenje od ovisnosti³⁸, obavezno ambulantno liječenje na slobodi³⁹, zabrana upravljanja motornim vozilom⁴⁰ i oduzimanje predmeta.⁴¹ U odnosu na mlađe punoljetne učinioce krivičnih djela važe odredbe Krivičnog zakona, a pod uvjetima propisanim ovim zakonom, na njih se primjenjuju i odredbe za maloljetne učinioce.

3.8. Postupak za krivična djela na štetu djece i maloljetnika

Specifične odredbe odvojenog zakonodavstva o maloljetnicima primjenjuju se u krivičnom postupku u kome se kao oštećena osoba pojavljuje dijete ili maloljetnik (član 185-191. Zakona). Posebne odredbe primjenjuju se u

³⁷ Čl. 63. Zakona o propisuje da kada su ispunjeni uvjeti iz člana 74. st. 1. KZ FBiH maloljetniku se izriče mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja, koja traje dok ne prestanu razlozi zbog kojih je izrečena, ali najduže do isteka trajanja odgojne mjere ili kazne maloljetničkog zatvora ili dok traje odgođeno izvršenje ove kazne ili uvjetni otpust iz zavoda ili ustanove. Mjera sigurnosti obaveznog psihijatrijskog liječenja se ne može uz odgojnu mjeru sudskog ukora i posebnih obaveza.

³⁸ Čl. 64. Zakona propisuje da kada su ispunjeni uvjeti iz člana 75. stav 1. KZ FBiH maloljetniku se može izreći mjera sigurnost obaveznog liječenja od ovisnosti u skladu sa članom 63. ovog Zakona. Umjesto mjere obaveznog liječenja od ovisnosti, maloljetniku se na osnovu nalaza i mišljenja vještaka može izreći mjera ambulantnog liječenja na slobodi ako postoji opasnost da će maloljetnik zbog ovisnosti od alkohola ili opojnih droga i ubuduće činiti krivična djela, a za otklanjanje te opasnosti je dovoljno njegovo ambulantno liječenje na slobodi.

³⁹ Čl. 65. Zakona propisuje da se mjera obaveznog ambulantnog liječenja na slobodi može izreći maloljetniku umjesto mjere obaveznog psihijatrijskog liječenja i obaveznog liječenja od ovisnosti kada su ispunjeni uvjeti za njihovo izricanje i kada se na osnovu nalaza i mišljenja vještaka da za provođenje tih mjera nije potrebno zadržavanje i liječenje u zdravstvenoj ustanovi i da je dovoljno ambulantno liječenje na slobodi.

⁴⁰ Čl. 66. Zakona propisuje da se prema maloljetniku i mlađoj punoljetnoj osobi sud može izreći mjeru sigurnosti zabrane upravljanja motornim vozilom u skladu sa članom 77. st. 1, 2. i 3. KZ FBiH. Ako učinilac krivičnog djela kojem je zabranjeno upravljanje motornim vozilom ne postupi po toj zabrani, mjera sigurnosti se zamjenjuje jednom ili više posebnih obaveza iz člana 35. ovog Zakona, odnosno u skladu sa članom 46. KZ FBiH, vrši se opoziv uvjetnog otpusta.

⁴¹ Čl. 67. Zakona propisuje se da se prema maloljetniku može izreći i mjera sigurnosti oduzimanja predmeta u skladu sa članom 78. KZ FBiH.

predmetima protiv punoljetnih učinilaca taksativno navedenih krivičnih djela.⁴² Samo provođenje postupka odvija se prema odredbama Zakona o krivičnom postupku FBiH, s tim da se ne primjenjuju odredbe koje se odnose na kazneni nalog (član 186. stav 1. Zakona).

Posebna pravila ovog postupka zahtijevaju da istragu vodi tužilac koji je stekao posebna znanja iz oblasti prava djeteta i krivičnopravne zaštite maloljetnih osoba, te da u istražnim radnjama postupaju specijalizovane ovlaštene službene osobe koje su stekle posebna znanja iz oblasti prava djeteta i krivičnopravne zaštite maloljetnika (član 186. stav 2. i 3. Zakona).

Kod postupanja u krivičnim predmetima protiv učinilaca krivičnih djela na štetu djece i maloljetnika, pri provođenju procesnih radnji posebno obazrivo se odnosi prema djetetu ili maloljetniku na čiju štetu je učinjeno krivično djelo, imajući u vidu njegov uzrast, osobine njegove ličnosti, obrazovanje i prilike u kojima živi, kako bi se izbjegle moguće štetne posljedice na njegov budući život, odgoj i razvoj. Saslušanje djeteta ili maloljetnika se u pravilu obavlja uz pomoć pedagoga, psihologa ili druge stručne osobe (član 187. stav 1. Zakona). Ako se kao svjedok sasluša dijete ili mlađi maloljetnik oštećen taksativno navedenim krivičnim djelom, saslušanje se može provesti najviše dva puta. Tužilac ili ovlaštena službena osoba sasluša svjedoka putem tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka, a bez prisustva tužioca ili ovlaštene službene osobe u prostoriji gdje se svjedok nalazi. Saslušanje djeteta ili maloljetnika se u pravilu obavlja uz pomoć pedagoga, psihologa ili druge stručne osobe (član 187. stav 2. Zakona) Dijete ili mlađa maloljetna osoba može se saslušati u svom stanu ili drugom prostoru u kome boravi ili u centru za socijalni rad (član 187. stav 3. Zakona).

Kad sud sasluša dijete ili maloljetnika kao svjedoka oštećenog krivičnim djelom postupa u skladu sa prethodno opisanim pravilima, tako da sud, stranke u postupku i branilac mogu postavljati pitanja, a da ne budu prisutni u istoj prostoriji sa svjedokom. Saslušanje djeteta ili maloljetnika se obavlja tako da se pitanja postavljaju posredstvom suda, a po potrebi uz pomoć pedagoga, psihologa ili druge stručne osobe (član 187. stav 4. Zakona). Također, u svrhu zaštite djece i maloljetnika oštećenih krivičnim djelom primjenjuju se odgovarajuće odredbe zakona o zaštiti svjedoka u krivičnom postupku. Na isti način se postupa i onda kada se sasluša dijete ili maloljetnik koji je svjedok-očevidac učinjenog djela taksativno navedenog u zakonima o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku.

Ako se kao svjedok sasluša dijete ili maloljetnik koji je ozbiljno fizički ili psihički traumatizovan okolnostima pod kojima je izvršeno krivično

⁴² To su sljedeća krivična djela: ubistvo, čedomorstvo, učestvovanje u samoubistvu, teška tjelesna povreda, protupravno lišenje slobode, otmica, silovanje, spolni odnos s nemoćnom osobom, spolni odnos zloupotrebom položaja, spolni odnos sa djetetom, bludne radnje, zadovoljavanje pohote pred djetetom ili maloljetnikom, navođenje na prostituciju, iskorištavanje djeteta ili maloljetnih radi pornografije, upoznavanje djeteta sa pornografijom, rodoskrvnuće, vanbračna zajednica sa mlađim maloljetnikom, oduzimanje djeteta ili maloljetnika, promjena porodičnog stanja, zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetnika, napuštanje djeteta, nasilje u porodici, izbjegavanje izdržavanja, sprečavanje i neizvršavanje mjera za zaštitu maloljetnika, omogućavanje uživanja opojnih droga, razbojnička krađa i razbojništvo.

djelo ili pati od ozbiljnih psihičkih poremećaja koji ga čine posebno osjetljivim, zabranjeno je vršiti njegovo suočenje sa osumnjičenim, odnosno optuženim (čl. 188. Zakona). Ako prepoznavanje osumnjičenog, odnosno optuženog vrši maloljetnik oštećen krivičnim djelom, ili je očevidac učinjenog krivičnog djela, takvo prepoznavanje u svim fazama postupka vrši se na način koji u potpunosti onemogućava da osumnjičeni, odnosno optuženi, vidi maloljetnu osobu (čl. 189. Zakona).

Odredbe o zabrani objavljivanja toka postupka prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela primjenjuje se i u krivičnom postupku protiv učinilaca krivičnih djela na štetu djece i maloljetnika. Konačno, krivični postupak za krivična djela na štetu djece i maloljetnika je hitan (čl. 191. Zakona).

4. Završne napomene

Cijeneći sve navedeno, možemo konstatovati da su zakonski propisi o maloljetnicima, regulisani Zakonom o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku FBiH, uređeni u skladu sa principom najboljeg interesa djeteta. Pri tome treba naglasiti da ovaj Zakon ne reguliše samo strukturu i tok krivičnog postupka prema maloljetnicima, već sadrži i materijalne krivičnopravne odredbe, kao i odredbe o izvršenju krivičnih sankcija prema maloljetnicima, te što je izuzetno važno, odredbe koje se odnose na položaj maloljetnika kao oštećenih odnosno žrtava krivičnih djela. Izdvajanje krivičnopravnih normi koje se odnose na maloljetnike u poseban zakonski tekst predviđeno je i u većini savremenih evropskih pravnih sistema i doprinosi kvalitetnijem tretmanu maloljetnih učinilaca krivičnih djela. Na taj način, a uvažavajući osjetljivost kategorija koje ovi zakoni tertiraju, kroz adekvatan pristup, maloljetnicima se pruža posebna zaštita ne samo kao učiniocima krivičnog djela, već i onda kada su i sami žrtve krivičnih djela.

Uvažavajući specifičnost maloljetnika kao učinioca krivičnog djela Zakon predviđa specijalizaciju svih organa, daje prioritet alternativnim mjerama, te su sankcije prilagođene uzrastu učinioca krivičnog djela i usmjerene prvenstveno ka njegovoj resocijalizaciji i rehabilitaciji, a što u konačnici doprinosi i zaštiti društva od maloljetničkog kriminaliteta.

Ono što može predstavljati probleme u budućnosti jeste činjenica da će primjena Zakona u praksi zahtjevati pravovremeno reagovanje i adekvatno osposobljavanje svih nadležnih organa. Pri tome je posebno važno da domaće vlasti ne budu pasivne kao do sada i da, što hitnije, daju prioritet ovoj oblasti, te da planiraju i obezbijede neophodna finansijska sredstva za stvaranje preduslova i provođenje Zakona. Posebno treba imati u vidu da Zakon predviđa obavezu formiranja posebnih odjeljenja za maloljetnike u tužilaštvima, sudovima, organima unutrašnjih poslova, organima socijalnih staranja i dr., što za posljedicu ima potrebu dodatnog zapošljavanja novih profila stručnjaka.

Takođe, provođenje odgojnih preporuka, ali i ostalih alternativnih modela postupanja, zahtjeva stvaranje potrebne infrastrukture, jer se za njihovu primjenu moraju, prvenstveno iz temelja reorganizovati, kadrovski i materijalno

opremiti organi starateljstva koji će provoditi i postupak medijacije. Dodatna finansijska sredstva su neohodno potrebna i za implementaciju odredbi koje se odnose na saslušanja djece i maloljetnika koja su oštećena krivičnim djelom ili su očevici događaja, jer se moraju obavljati putem tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka, što podrazumijeva da će se policiji i tužilaštvima morati obezbjediti odgovarajuća oprema i dodatne specijalističke edukacije i za njeno korištenje.

Konačno, s obzirom da je uočljiv nedostatak adekvatnog institucionalnog tretmana maloljetnika potrebno je u Budžetu FBiH i budžetima kantona FBiH obezbijediti sredstva za adekvatno i kontinuirano finansiranje postojećih, rekonstruisanih i novih ustanova te omogućiti njihovo nesmetano funkcionisanje kako bi se dosljedno tome ostvarila svrha i cilj zbog kojeg su osnovane. To podrazumijeva i upošljavanje nedostajućeg kadra kao i provođenje potrebnih programa edukacije za uposlene u cilju sticanja potrebnih teoretskih znanja i praktičnih vještina za rad sa maloljetnicima u ustanovama.

Mr.sc. Denis Pajić, senior assistant
Sunčica Vejzović, assistant
Law Faculty of University Džemal Bijedić Mostar

BASIC FEATURES OF NEW JUVENILE JUSTICE LEGISLATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: In Bosnia and Herzegovina procedural treatment of juveniles who are in conflict with the law is prescribed on four legislative levels (Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina Republic of Srpska and Brčko District). Since 2010. there were an efforts to pass the text of a special law on the entity level, but there was a lack of political will and has not been possible to adopt a single act that will deal with issues of juveniles who are in conflict with the law at the state level. Law on protection and treatment of children and juveniles in criminal proceedings was first enacted in Republic of Srpska, then in Brcko District, and finally in the Federation of Bosnia and Herzegovina. Bosnia and Herzegovina on the normative plan emphasizes a special relationship with the minors and the principle of the best interests of the child that is accepted as a fundamental principle within the juvenile justice system. The paper gives an overview of the main characteristics of the new juvenile law in Bosnia and Herzegovina's entities, explained the principles contained in the Act, the authorities, types of alternative measures and sanctions for juvenile offenders, and the procedure for crimes against children and minors.

Key words: minor, the best interests of the child, the minimum rights, alternative measures, police caution

mr. sc. Jasmin Branković
Federalno ministarstvo obrazovanja i nauke
Mostar

POLOŽAJ I ZAŠTITA MALOLJETNIH LICA U KONTEKSTU ŠERIJATSKOG PORODIČNOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI 1878 - 1946.

U ovom radu su predstavljene osnovne karakteristike pravnog položaja maloljetnika u kontekstu šerijatskog porodičnog prava, te zaštita njihovih interesa pred šerijatskim sudovima u Bosni i Hercegovini u periodu od 1878. do 1946. godine. Također je uvršten i kraći historijski pregled razvoja roditeljskog prava i s njim povezanog porodičnog i društvenog statusa maloljetnih lica u prošlosti.

Ključne riječi: šerijatsko pravo, šerijatski sudovi, maloljetnici, Bosna i Hercegovina, pravni položaj, zaštita interesa

1. Uvodne napomene

Šerijatsko pravo je vjersko pravo muslimana, koje u normativnom smislu predstavlja skup pravnih pravila utemeljenih ili izvedenih iz osnovnih izvora islama (Kur'ān, sunnet, iğmā i qiyās).

Šerijat se u Bosni i Hercegovini kao pozitivno pravo primjenjivao od uspostave osmanske vlasti na ovim prostorima do ukidanja šerijatskih sudova 1946. godine.¹

Islam je u Osmanskom carstvu imao status državne ideologije. Istovremeno su norme šerijatskog prava bile potpuno inkorporirane u sve sfere društvenog života. Pored šerijatskog, primjenjivalo se i kanunsko (državno) pravo, koje je bilo rezultat zakonodavne aktivnosti sultana, uzrokovane naraslim potrebama Carstva za pravnim uređenjem izmijenjenih društvenih odnosa. Šerijat se, kao pravo personalnog karaktera, u osnovi primjenjivao samo na muslimane, dok su pripadnici drugih konfesija, ako to nije ugrožavalo interese Osmanskog carstva, uživali visok stepen pravno-sudske autonomije u ličnim, porodičnim i nasljednim stvarima (sistem *milleta*).

Šerijatsko pravo je, u vrijeme austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini, uključeno u državno-pravni sistem Dvojne monarhije, čime su

¹ Predsjedništvo Narodne skupštine Republike Bosne i Hercegovine je 5. marta 1946. donijelo Zakon o ukidanju šerijatskih sudova na području Narodne republike Bosne i Hercegovine ("Službeni list Narodne republike Bosne i Hercegovine", broj 10, god. II, Sarajevo, 6. marta 1946.). Ministar pravosuđa NR BiH je, 15. marta iste godine, donio Uputstvo za izvršenje Zakona (br. II 4453/46), poslije čega su svi nezavršeni predmeti koji su do tada spadali u djelokrug šerijatskih preneseni u nadležnost narodnih, odnosno građanskih sudova.

šerijatski sudovi postali dio njenog pravosudnog sistema.² Primjena šerijata je, u odnosu na osmanski period, reducirana na porodične, nasljedne, lične i vakufske poslove muslimana.

U vrijeme Kraljevine SHS, odnosno Jugoslavije, šerijat je za pripadnike islamske vjeroispovijesti nastavio važiti u istom obimu, dok su šerijatski sudovi zadržali status državnih ustanova.³ Ovakvo stanje se zadržalo sve do završetka II svjetskog rata,⁴ odnosno do donošenja Zakona o ukidanju šerijatskih sudova. Ukidanjem državnih institucija za njegovu primjenu, šerijatsko pravo u Bosni i Hercegovini gubi svoju normativnu funkciju, odnosno pravnu sankciju, čime prelazi u sferu morala i običaja pripadnika islama.

2. Maloljetnici i njihov pravni položaj u prošlosti

Maloljetništvo, po definiciji, predstavlja obilježje pravnog statusa fizičkog lica u periodu od rođenja do momenta sticanja punoljetnosti. Činjenica, da neko lice ima status maloljetnika je u direktnoj vezi sa njegovom poslovnom sposobnošću, koju ono u ovom životnom dobu ili uopće ne posjeduje ili je ista limitirana. Maloljetnici, u pravilu, podliježu posebnoj zakonskoj zaštiti i kao takvi imaju ograničena prava i obaveze.

Maloljetništvo se u pojedinim pravim sistemima određuje na različit način. U većini zemalja, status maloljetnika je vezan za postizanje određene životne dobi, odnosno starosne granice.⁵ Ovakav sistem sticanja punoljetstva je utemeljen na pravnoj pretpostavci da se u određenim godinama *ipso iure* stiče i odgovarajuća poslovna sposobnost, pri čemu se ne uvažavaju individualne razlike.

Pravni status i zaštita interesa maloljetnih lica su kroz historiju bili regulirani na različit način.

Briga o djeci je u prvobitnoj zajednici svedena na nastojanje da im se osiguraju najosnovniji uslovi za život i odrastanje, s ciljem njihovog osposobljavanja za samostalnu egzistenciju. U periodu grupnog braka, biološki otac nije poznat, a djeca pripadaju cijeloj generaciji unutar grupe. U doba matrijarhata obaveza staranja o potomstvu, bez obzira na poznatog genitora djeteta, pripada majci i njenim krvnim srodnicima.

² Temeljni akt kojim je pravno uređeno šerijatsko sudstvo u Bosni i Hercegovini pod austrougarskom vlašću bila je Naredba o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova iz 1883. godine (Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu, 1883, 538-542).

³ Zakon o uređenju šerijatskih sudova i o šerijatskim sudijama od 21. marta 1929. ("Službene novine Kraljevine SHS", br. 73-XXIX, Beograd, 28.3.1929.).

⁴ Zakon o uređenju šerijatskih sudova i o šerijatskim sudijama iz 1929. godine se, uz određene korekcije, nastavio primjenjivati i na području Nezavisne države Hrvatske. O tome bliže: Durmišević, E, *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Sarajevo, 2008, 192-196.

⁵ Punoljetstvo se najčešće stiče sa navršениh 18, a u zemljama anglosaksonskog prava sa navršenom 21. godinom života. Pojedine zemlje ne određuju starosnu granicu za sticanje punoljetnosti, nego u svakom pojedinačnom slučaju utvrđuju stepen biopsihičke zrelosti maloljetnog lica.

Nakon pojave države i klasnog društva, odnosi između roditelja i djece dobijaju pravni karakter. U ovom periodu se učvršćuje patrijarhalna porodica, sa sve evidentnijim jačanjem, a potom i potpunom dominacijom muškarca kao muža i oca (*pater familias*). Tipičan primjer je rimska porodica, gdje je očinska vlast (*patria potestas*) nad djecom bila apsolutna. Otac je imao neograničeno pravo, kako u pogledu ličnosti djeteta, tako i u pogledu raspolaganja njegovom imovinom. Očinska vlast je, u pravilu, trajala sve do smrti *pater familiasa*.⁶ Kasnije su ovlaštenja starješine porodice znatno ograničena dok su, s druge strane, djeca ostvarila određena poboljšanja svog imovinskopravnog položaja.⁷

Maloljetnicima (*impubes*) su u rimskom pravu označavana lica koja nisu dostigla spolnu zrelost. Okolnost da je kod neke osobe nastupila zrelost se u klasično doba utvrđivala individualno. U postklasično doba je prihvaćena pretpostavka, da žene stiču punoljetnost (*puberes*) sa navršениh 12, a muškarci sa navršениh 14 godina života. Sa punoljetnošću se sticala puna poslovna sposobnost.

Maloljetnik je mogao biti *infans* (dijete do navršene 7 godine života) sa potpunom poslovnom nesposobnošću, ili *impubes infantia maior* (u dobi između sedme i dvanaeste, odnosno četrnaeste godine života), kada je imao ograničenu poslovnu sposobnost. Maloljetna osoba, koja se ne nalazi pod očinskom vlašću, povjeravala se tutoru, koji se u prvom redu brinuo o njevoj imovini. Nakon prestanka tutorstva, tutor je morao položiti račun o svom postupanju i punoljetnom šticheniku predati svu preostalu imovinu na samostalno upravljanje.

Patrijarhalni porodični sistem, donekle ublažen pod uticajem crkve, predstavlja jedno od bitnih obilježja evropskog srednjovjekovnog prava. Maloljetnici se, u pogledu uslova za sticanje poslovne sposobnosti, tretiraju po uzoru na rimsko pravo. Položaj maloljetnih lica u feudalizmu je općenito bolji nego u robovlasničkom periodu, izuzev u slučaju vanbračne djece, koja su i dalje bila diskriminirana u odnosu na bračnu.

Odnosi stvoreni uspostavom kapitalističkog sistema, u prvom redu uključivanjem žena i djece u proizvodne procese, ozbiljno nagriza temelje patrijarhalne porodice, što dovodi do drugačijeg društvenog pozicioniranja njenih članova. Buržoaska zakonodavstva zadržavaju institut očinske vlasti, ali istovremeno uvode zakonske obaveze roditelja u pogledu brige o njihovom maloljetnom potomstvu. U pojedinim državama dolazi do određenog poboljšanja položaja vanbračne djece (mogućnost pozakonjenja i ograničenog utvrđivanja očinstva), mada su ona generalno još uvijek diskriminirana kako u porodičnom, tako i u nasljednom pravu.⁸

⁶ *Patria potestas* je, izuzev smrću porodičnog starješine, prestajala i u slučaju kada otac ili njemu podređena osoba izgubi jedan od statusa rimskog građanina (*capitis deminutio*), te ako sin postigne neku visoku državnu ili religijsku funkciju. Istu posljedicu je imalo i dobrovoljno oslobađanje od očinske vlasti (*emancipatio*).

⁷ Ovakav režim roditeljskog prava važio je samo za slobodne rimske građane. Robovi nisu bili subjekti prava te su, kao i njihova djeca, potpadali pod očinsku vlast gospodara.

⁸ Predrasude o vanbračnoj djeci prisutne su čak i u nekim onovremenim zakonskim tekstovima (poput Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine), gdje se za njih koriste različiti pogrdni termini (kopile i sl.). Izuzetak u tom pogledu predstavlja revolucionarno zakonodavstvo Francuske

Savremeni pravni sistemi, sa progresivnim rješenjima u oblasti roditeljskog prava, uspostavljaju niz novih ustanova namijenjenih zaštiti prava maloljetnih lica, a briga o djeci pored porodične dobija i svoju društvenu dimenziju.

3. Maloljetna lica u kontekstu šerijatskog porodičnog prava

Šerijat spada u one pravne sisteme koji ne propisuju određenu životnu dob kao uslov za nastupanje punoljetnosti, nego je osnovni kriterij za sticanje ovog statusa psihofizička zrelost maloljetnika.

Šerijatsko pravo, u svom izvornom obliku, poznaje punoljetnost (*bulug*) i zrelost (*rušd*) djeteta. Sticanje punoljetnosti omogućava samostalnost u ličnim, a zrelosti u imovinskim stvarima, uz uslov da je osoba duševno zdrava i razumna.⁹

Djetinjstvo (*sabavet*) obuhvata tri perioda. Prvi traje do navršene 7 godine života, a dijete u ovom uzrastu se smatra potpuno poslovno nesposobnim (*gajri mumejiz*). Drugi period traje od sedme do devete (za djevojčice), odnosno do dvanaeste godine (za dječake). Maloljetnici u ovom životnom razdoblju (*sini temjiz*) mogu bez dozvole staratelja ili tutora sklapati samo one poslove koji im donose korist. Nakon navršene devete, odnosno dvanaeste godine nastupa treći period djetinjstva u kome se, ako se utvrdi da je maloljetno lice postalo spolno zrelo, ono proglašava punoljetnim. Ako takvih dokaza nema, onda se dijete neće smatrati punoljetnim prije navršene 15. godine života.

Sticanje punoljetnosti se u šerijatskom pravu ne poklapa sa postizanjem zrelosti, koja nastupa sa navršenom 25. godinom života.¹⁰ Sve do tada su punoljetne osobe u pogledu raspolaganja vlastitom imovinom ovisne o svom zakonskom zastupniku (*veliji*) ili tutoru.

Šerijatsko pravo propisuje, da je temelj islamske porodice bračna veza. Porodicu u prvom redu čine muž i žena te, ako dođe do njihovog stvaranja, u braku stečena djeca. Drugim riječima, roditeljima se u pravnom smislu smatraju samo oni bračni drugovi, koji su svoje potomstvo stekli u zakonitom braku. U vezi sa ovim stanovištem šerijatskog porodičnog prava je reguliran pravni položaj bračne i vanbračne djece.

Bračnim djetetom se smatra lice rođeno u braku, bez obzira na njegovu pravnu valjanost (sa izuzetkom apsolutno ništavih brakova). Ipak, valjanost

buržoasko revolucije koje je u oblasti porodičnog prava, između ostalog, izjednačilo položaj bračne i vanbračne djece prilikom nasljeđivanja.

⁹ Bušatlić, A, *Porodično i nasljedno pravo Muslimana*, Sarajevo 1926, 116 - 117.

¹⁰ Osmanlijskim Zakonom od 16. *zuhlidže* 1286. (20.3.1869.), koji se primjenjivao na muslimansko stanovništvo u Bosni i Hercegovini sve do ukidanja šerijatskih sudova, utvrđeno je da zrelost nastupa sa navršenom 20. godinom života. Ovakva praksa je nastavljena i nakon donošenja jugoslavenskog Zakona o punoljetstvu od 31.7.1919. godine, po kome su ostali jugoslavenski građani sticali punoljetnost sa navršenom 21. godinom života. O tome bliže: Karčić, F, *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918-1941*, Sarajevo 2005, 107.

braka ima svoje posljedice u pogledu pravnog položaja djeteta. Kao vanbračno se po odredbama šerijata tretira svako dijete koje je rođeno izvan braka.¹¹

Šerijatsko pravo u različitim situacijama predviđa prilično komplicirane procedure vezane za utvrđivanje porijekla i pripadnosti djeteta, što se nužno odražava i na njegov pravni položaj.¹² Tako muž može kao svoje priznati dijete rođeno prije isteka minimalnog propisanog trajanja bračne zajednice (6 mjeseci), ali u određenim slučajevima i osporavati da mu dijete pripada bez obzira na činjenicu da je rođeno u braku.¹³ Muž, također, može dovesti u pitanje i samo postojanje porođaja, te osporiti da se on uopće dogodio, odnosno da je neko dijete rodila njegova vjenčana žena.¹⁴ Posebna pravila u vezi sa utvrđivanjem očinstva vrijede za djecu rođenu nakon rastave braka njihovih roditelja, odnosno očeve smrti.¹⁵

Roditeljska prava i obaveze prema svojoj (bračnoj) djeci su moralne (*dijaneten*) i zakonske (*kadaen*) prirode. Zakonska obaveza izdržavanja potomstva najvećim dijelom pripada ocu porodice, dok su prava i dužnosti majke (*hadine*) prvenstveno odgojne naravi i kao takve vezane za određenu dob djeteta (do navršene sedme godine života u slučaju muške, a do devete u slučaju ženske djece). Majka, također, ima moralnu obavezu dojenja djece, koja se kada to nalažu okolnosti može pretvoriti u zakonsku.¹⁶

Na obavezu izdržavanja djece (*nafaki evlad*) utiče njihovo imovinsko stanje, pol, te starosna dob. Ako su djeca imućna, izdržavaju se iz vlastite imovine.¹⁷ U suprotnom, izdržavanje djeteta bez obzira na pol pada isključivo na oca. Obaveza izdržavanja zdravog muškog djeteta traje sve dok ono ne postane sposobno za privređivanje, odnosno dok se nalazi na školovanju. Žensko dijete, koje nema vlastite imovine ili je ona nedovoljna, otac je dužan izdržavati sve do udaje. Dužnost izdržavanja djece, ako je otac siromašan, pripada imućnoj majci ili drugim srodnicima po utvrđenom redu.¹⁸

Očinska vlast nad djecom uključuje i njihovo zastupanje pred sudovima i drugim državnim organima. Prestaje prirodnim (smrću oca ili djeteta) ili pravnim putem, u slučaju kada otac potpuno ili djelimično izgubi neko od bitnih

¹¹ Za utvrđivanje bračnosti djeteta je bitno vrijeme majčine trudnoće (*haml*), koja od momenta zaključenja braka, odnosno od začeća do poroda, može trajati najmanje 6 mjeseci, a najduže dvije godine. Bez obzira na različita mišljenja šerijatskih pravnikâ, vremenom je prihvaćen stav da trudnoća u pravilu traje 9 mjeseci, te se prema tome utvrđuje pripadnost i porijeklo djeteta.

¹² O tome detaljno: Bušatlić, nav. djelo, 77 - 83.

¹³ Za upoznavanje šerijatskopравниh gledišta i prakse u vezi sa porijeklom i pripadnošću djeteta veoma je uputan rad dr. Mehmeda Begovića: *Utvrdjivanje bračnosti djece u šerijatskom pravu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. XXXIV (LI), broj 6, Beograd 1937., 525-534.

¹⁴ U ovom slučaju šerijatsko pravo odstupa od uobičajenog pravila koje se primjenjuje za kvalificirane svjedoke, te dopušta da porođaj posvjedoči samo jedna žena.

¹⁵ Džananović, I, *Primjena šerijatskog porodičnog prava kroz praksu Vrhovnog šerijatskog suda 1914.-1946.*, Sarajevo 2004., 212-214.

¹⁶ Bušatlić, nav. djelo, 88.

¹⁷ Otac je ovlašten da koristi dječju imovinu za njihovo izdržavanje i odgoj, ali to mora činiti na primjeren i doličan način, a preostalu imovinu predati djetetu na slobodno raspolaganje kada ono postane punoljetno i zrelo.

¹⁸ Bušatlić, nav. djelo, 94-95.

svojtava nosioca vlasti ili sposobnost za njeno vršenje, o čemu odluku donosi nadležni sud.

S druge strane, djeca su također dužna izdržavati svoje siromašne roditelje, ako im to dozvoljava njihovo imovinsko stanje. Ova obaveza je imperativne prirode, pa nadležni sud može čak i onda kada je sin odsutan, a ima odgovarajuću imovinu ili nesporna potraživanja prema trećim licima, naložiti izdržavanje njegovih siromašnih roditelja iz ovih izvora. Pored materijalnih, djeca prema roditeljima imaju i obaveze moralne prirode, poput poslušnosti, poštovanja i pokoravanja.

Međusobno naslijeđivanje roditelja i bračne djece uređeno je odredbama šerijatskog nasljednog prava (*feráiza*).¹⁹

Maloljetnici, kako je to već naglašeno, do momenta sticanja punoljetnosti, odnosno zrelosti, imaju svoje zakonske zastupnike o kojima su ovisni u vršenju ličnih i imovinskih prava. Maloljetnim licima, koja iz bilo kog razloga izgube svog zakonskog zastupnika (smrt, gubitak poslovne sposobnosti, bolest, odsustvo, itd.), se u cilju zaštite njihovih prava i interesa određuje tutor. Šerijatsko pravo poznaje testamentalnog (*vasi muhtar*), koga oporukom (*vasijjet*) imenuje otac i sudskog (*vasiji kadi*) tutora, koga postavlja šerijatski sud. Tutorom može postati svaki musliman ili muslimanka, ako su duševno zdravi, punoljetni, povjerljivi i pouzdani, slobodni, te raspolažu potrebnim znanjima za vođenje brige o imovini štíćenika. Ako je umrlo lice svojoj djeci odredilo dva tutora, onda oni u pravilu moraju raditi u saglasnosti, izuzev kada je njihovo pojedinačno postupanje uzrokovano neodložnošću poslova i izvjesnim nastankom štete po interese ili imovinu štíćenika.²⁰ Osoba, određena za tutora, koja se prihvatila ove dužnosti, obavezna je svake godine sudu podnijeti izvještaj o stanju štíćenikove imovine i odgovorna je za svu štetu koju je prouzrokovala namjerno ili iz krajnje nepažnje.

Tutorstvo prestaje smrću tutora ili njegovim gubitkom sposobnosti za vršenje ove dužnosti, doraslošću štíćenika, razriješenjem tutora od strane suda, a u izvjesnim slučajevima i zahvalom. Tutor je dužan štíćeniku, koji je postao punoljetan i zreo, položiti račune za svoj rad i predati mu imovinu na slobodno raspolaganje.²¹ Sudski tutor, za razliku od testamentalnog, ima pravo tražiti naknadu za svoj rad.

Djeca, potekla iz vanbračne zajednice ili apsolutno ništavnog braka, općenito imaju lošiji položaj u odnosu na bračnu. Šerijatsko pravo ne poznaje institut istraživanja očinstva, zbog čega se vanbračna djeca (*veledi zina*) dodjeljuju majci, koja je u obavezi da ih izdržava i odgaja. U slučaju da majka, zbog svog lošeg imovinskog stanja ili nesposobnosti, nije u stanju vršiti svoju dužnost, brigu o vanbračnoj djeci dužna je preuzeti država, koja se smatra

¹⁹ O tome vidjeti: Mehmed-Ali Ćerimović, *Šerijatsko nasljedno pravo*, Sarajevo 1936, 99.

²⁰ Oporučitelj pored testamentalnog tutora može postaviti i nadglednika (*vasi nazir*), te su tada njih dvojica u sličnoj poziciji kao kada su oporukom određena dva tutora.

²¹ Tutor može dovesti u pitanje zrelost i sposobnost štíćenika da upravlja svojom imovinom, te odbiti da mu je preda na raspolaganje. U tom slučaju, zrelost štíćenika se utvrđuje pred sudom uz pomoć vještaka.

suodgovornom za njihovo rađanje. Dijete rođeno van braka i njegov biološki otac se ne mogu međusobno naslijeđivati.

Uvažavajući činjenicu da su vanbračnoj djeci bez njihove krivice uskraćena mnoga porodična i nasljedna prava, šerijatsko pravo nastoji njihov broj smanjiti na najmanju moguću mjeru. Zbog toga se u nekim slučajevima dozvoljava odstupanje od utvrđenih pravila. Tako muž, između ostalog, ima pravo priznati dijete začeto u relativno ništavom braku, zabludi ili šerijatski nedopuštenom polnom odnosu, te onda kada je ono rođeno u periodu koji je kraći od šest mjeseci računajući od momenta sklapanja braka. Ovo priznanje mora biti izričito. Otac, u pravilu, ne može naknadno osporavati već priznato očinstvo.

Prihvatanje djece i briga o potomstvu u islamu također ima moralni karakter. Odbijanje biološkog oca da prizna vlastito dijete je kategorizirano kao težak grijeh, za koji će počinitelj morati snositi posljedice. Majci je s druge strane zabranjeno da bilo koga lažno optuži kako je otac njenog djeteta.

Po šerijatu se, na pravno valjan način, ne mogu adoptirati tuđa djeca, čije je porijeklo poznato (*marufu neseb*). Šerijatsko pravo dozvoljava adopciju samo one djece, koja nemaju poznate roditelje (*medžhulu neseb*), uz uslov da je usvojilac obzirom na starosnu dob mogao biti njihov biološki roditelj. Osoba usvojena na ovakav način stiče sva porodična i nasljedna prava i dužnosti prema svom usvojiocu.

Islam pokazuje poseban senzibilitet prema odbačenoj djeci (*lekit*), te nalaže pojedincima i zajednici da o njima moraju voditi brigu. Onaj, koji pronađe odbačeno dijete, ima moralnu obavezu da ga izdržava, ako je za to sposoban. Ako nalazač nije u mogućnosti ili ne želi voditi brigu o odbačenom djetetu, a niko drugi ga nije usvojio, dužnost njegovog odgoja i izdržavanja preuzima država. Osoba, koja pronađe i prihvati odbačeno dijete (nahoče), te preuzme brigu o njegovom odrastanju, ne stiče roditeljska prava, ali može u njegovo ime i u njegovom interesu vršiti nužne pravne poslove.

Šerijatsko pravo također dopušta i preporučuje uzimanje tuđe, u prvom redu siromašne, bolesne i nezbrinute djece na "*beslemu*" (skrbništvo), odnosno vaspitanje i izdržavanje. Osoba, koja preuzme brigu o ovakvoj djeci, može im za života darovati svu, a putem testamenta do jedne trećine svoje imovine. Na isti način biološki otac može zbrinuti svoju vanbračnu djecu.

4. Zaštita interesa maloljetnika u postupku pred šerijatskim sudovima

Muslimansko stanovništvo Bosne i Hercegovine je, u periodu od 1878. do 1946. godine, u bračnim, porodičnim i nasljednim stvarima bilo podvrgnuto jurisdikciji šerijatskih sudova, odnosno primjeni šerijatskog materijalnog i procesnog prava.²²

²² Ovi pravosudni organi su primjenjivali šerijatsko pravo sadržano u djelima islamskih pravnika, osmanlijskim reformskim zakonima i uredbama, te privatnim i službenim kodifikacijama i kompilacijama. O tome više: Karčić, nav. djelo, 101 - 119.

Šerijatski sudovi u Bosni i Hercegovini su, za cijelo vrijeme svog postojanja, u velikom obimu raspravljali i presuđivali sporove, te rješavali druga aktuelna pitanja iz područja šerijatskog porodičnog prava.²³ Znatan dio ovih porodičnopравnih predmeta odnosio se na maloljetnike i zaštitu njihovih prava i interesa.

U praksi šerijatskih sudova dokumentiran je niz slučajeva koji su se odnosili na zanemarivanje obaveze izdržavanja maloljetne djece, te plaćanje alimentacije. Kao ozbiljan problem za ove pravosudne ustanove nametnulo se i pitanje hranjenjstva djece iz mješovitih brakova, u kojima žena nije bila muslimanske vjeroispovijesti. Dešavalo se da žene nemuslimanke, nakon razvoda braka ili smrti muža muslimana, odvedu djecu izvan dotadašnjeg prebivališta, te ih prevedu na svoju vjeru, čime se pored ostalog izbjegavala jurisdikcija šerijatskih sudova u starateljskim stvarima.

Šerijatski sudovi su u okviru svoje nadležnosti raspravljali slučajeve utvrđivanja krvnog srodstva djece rođene izvan braka (poslije smrti muža, razvoda braka itd.), ali i one rođene u braku, kada je otac osporavao da je novorođenče njegovo. Evidentirani su i sporovi roditelja oko toga kome treba pripasti zajedničko dijete. Primjetno je da su sudovi najčešće postupali u interesu djeteta, ali su zabilježeni i slučajevi kada su pojedine šerijatske sudije iskazale površnost u utvrđivanju relevantnih činjenica, na što je povremeno u funkciji više instance upozoravao Vrhovni šerijatski sud.

U nadležnosti šerijatskih sudova su bili i starateljski (tutorski) poslovi maloljetnika islamske vjere: postavljanje i razriješenje tutora i staratelja, produženje tutorske vlasti, proglašenje punoljetnosti i zrelosti, te zaštita imovine maloljetnih lica, kao i povjeravanje siročadi na izdržavanje i odgoj (beslema).

Kako se pred šerijatskim sudovima nije moglo istraživati očinstvo vanbračne djece niti zahtijevati njihovo izdržavanje, pripadnici islamske vjeroispovijesti su bili upućeni da svoje tužbene zahtjeve ovog tipa ističu u postupku pred redovnim građanskim sudovima.²⁴ Nadležnost šerijatskih sudova je ovdje bila ograničena isključivo na postavljanje tutora vanbračnom djetetu čija je majka muslimanka.

²³ Šerijatsko porodično pravo, kako navodi I. Džananović, zbog svoje velike važnosti i znatnog broja ajeta i hadisa, spada uz ibādāt, u najrazvijeniju granu šerijatskog prava. Nav. djelo, 7.

²⁴ Tužbeni zahtjev se temeljio na činjenici da je neki muškarac začeo vanbračno dijete, zbog čega je dužan snositi odgovornost za posljedice ovog nedopuštenog djela. Sladović, E, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Beograd 1926, 106.

mr. sc. Jasmin Branković
Federal ministry of Education and Science
Mostar

POSITION AND PROTECTION OF MINORS WITHIN THE CONTEXT OF SHARIA FAMILY LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 1878 – 1946

Summary: Sharia law is the religious right of Muslims that was necessarily applied to the members of this religion in Bosnia and Herzegovina in family, inheritance, status and Waqf affairs in the period from the establishment of the Ottoman rule in this region to the abolition of sharia courts in 1946. Due to its scope and importance, Sharia family law is one of the most developed areas in the system of Islamic jurisprudence. From the viewpoint of Islam, relationships within the family are not only legal but also the religious category at a time that permeates and completes these two segments of the normative regulation of family life. In the framework of Sharia family law a special place belongs to paternal rights and the positioning of minors in family and social terms. The foundation of the Islamic family is marriage. In legal terms only spouses who have obtained descendants in legal marriage are considered parents. With regard to this the legal status of marital and extramarital children was regulated. A child born in legally valid or relatively null marriage is considered the marital child. Other children have the illegitimate status. To determine if the child is marital or extramarital the period of mother's pregnancy is essential and stipulated in the longest and the shortest duration. Parents are obliged to care for their children. Sharia law does not recognize a paternity research institute, but in certain situations it allows by subsequent actions deviations from the established rules in order to provide a marital status to the largest number of children born out of marriage. The state is considered to be co-responsible for the birth of extramarital children and must take care of them if the mother is not able to do that. Sharia family law provides for different forms of protection of minors without parental care, such as tutelage, adoption and taking other people's children to the care and education. Sharia courts were responsible for the application of Sharia family law in Bosnia and Herzegovina and resolving of status issues and disputes relating to minors.

Key words: Sharia law, sharia courts, minors, Bosnia and Herzegovina, legal status, protection of interests