

Санда Ђорац,*
Сарадник у настави Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.61/.64-053.2:347.921

Рад примљен: 03.03.2014.

Рад прихваћен: 25.04.2014.

ПРАВО ДЕТЕТА НА ИЗРАЖАВАЊЕ МИШЉЕЊА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: *Право на партиципацију једна је од најзначајнијих новина које је увео Породични закон и представља велики корак ка усвајању свести о детету као лицу које активно учествује у остваривању својих права. Дете које је способно да формира своје мишљење, има право на слободно изражавање свог мишљења у судским поступцима који га се тичу. Суд је дужан да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу.*

У раду се наведено право детета посматра у оквиру парничног поступка. Изнете су уочене недоречености и дилеме које су везане за гаранцију овог права и за његову реализацију. Приказана је судска пракса домаћих судова са циљем увида у ком се обиму и на који начин право детета на слободно изражавање мишљења признаје и стварно реализује.

Кључне речи: *Конвенција о правима детета, Породични закон, право детета на слободно изражавање мишљења, судски парнични поступак.*

1. Увод

Кључно полазиште савременог права, по питању права детета, јесте да је дете аутономни правни субјекат и самостални титулар људских права и слобода, прилагођених његовим развојним потребама, чиме се обезбеђује задовољавајући степен слободе личности и самоодређења детета (Петрушић, 2013: 163). Свако дете има право на слободно изражавање мишљења и право да се његовом мишљењу посвети дужна пажња. Право детета на изражавање мишљења део је једног општијег права детета – права на партиципацију, које у суштини афирмише дете као особу која је равноправна и компетентна да изражава своје ставове у свим питањима

* s.corac@jura.kg.ac.rs

која се на њу односе, али и обавезује одрасле да дете саслушају, те да ставовима детета придају дужну пажњу у складу са његовим годинама и зрелошћу (Драшкић, 2011: 284).

Имајући у виду значај овог права, рад има за циљ да се утврде карактеристике и специфичности примене права детета на изражавање мишљења у Републици Србији. Како бисмо остварили наведени циљ, дефинисали смо да је предмет рада анализа нормативног оквира права детета на изражавање мишљења и реализација наведеног права у судском парничном поступку.

2. Право детета на изражавање мишљења у оквиру Конвенције о правима детета и у оквиру Породичног закона

Конвенција о правима детета (у даљем тексту КПД),¹ водећи је међународни инструменат у заштити дечијих права. Овим јединственим међународним уговором универзално је прихваћена дефиниција детета као људског бића испод 18 година, осим уколико се према националном закону пунолетство не стиче раније. КПД се може окарактерисати као иновативна, с обзиром да успоставља нека нова и изазовна права, међу којима је и право детета да изрази своје мишљење (Вучковић Шаховић, 2011: 8). Ово право део је права на партиципацију и представља једну од основних вредности КПД.

Категорија партиципације је шири појам, који, поред права детета на слободно изражавање мишљења, садржи у себи и право на обавештавање ради формирања мишљења и право детета да његово мишљење буде узето у обзир. Право на партиципацију уздигнуто је на ниво основног принципа КПД које треба да буде примењено приликом тумачења и примене свих других права.² Партиципација подразумева потребну размену информација и дијалог између деце и одраслих који је заснован на узајамном поштовању и захтева потпуно разматрање исказаних дечијих ставова (Lansdown, 2011). Ипак, партиципацију не треба схватити као неограничену дететову слободу, већ само полазиште за активно укључивање деце у остваривању гарантованих права.

1 *Convention on the Rights of the Child* усвојена је 20.11.1989., а ступила на снагу 02.09.1990. године. Србија је Конвенцију ратификовала Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 15/90.

2 Основна права, прописана КПД, позната као „права четири П“, обзиром на почетно слово ових права на енглеском језику: *participation* – учешће деце у одлукама које утичу на њихову судбину; *protection* – заштита деце од дискриминације и свих облика запостављања и експлоатације; *prevention* – превенција од штете нанете деци; *provision* – обезбеђење помоћи за њихове основне потребе (Van Bueren, 1998: 15).

Право детета на изражавање мишљења прописано је у чл. 12 КПД. Државе потписнице КПД дужне су да обезбеде детету, које је способно да формира сопствено мишљење, право слободног изражавања тог мишљења о свим питањима која се тичу детета, с тим што мишљењу детета треба посветити дужну пажњу у складу са годинама живота и зрелошћу детета. У ту сврху, детету се посебно даје прилика да буде саслушано у свим судским и административним поступцима који се односе на њега, било непосредно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са процедуралним правилима националног закона.

Уважавање права на мишљење детета није више ствар ничије добре воље, већ одредба међународног права која је инспирисала и нашег законодавца (Поњавић, 2014: 267). У Србији је наведено право детета нормирано Породичним законом, који је регулативом издвојио само извештај брoј права из КПД, а овакав приступ оправдан је могућношћу директне примене исте, као и тиме да су бројна дечија права предмет регулативе других посебних домаћих прописа (Палачковић, 2006: 23).

Породични закон прописује да дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања тог мишљења и да ово право може да користи у поступку у коме се одлучује о његовим правима.³

3. Право детета на слободно изражавање мишљења у судском поступку

Права детета у поступку за пружање правне заштите пред судом штите се директно или индиректно, што је последица саме природе породичноправног односа у питању и околности да се ради о детету као специфичном субјекту тог значајног друштвеног и правног односа (Станковић, 2012: 31). Наиме, постоји разлика у процесном положају детета у зависности од тога да је оно странка у поступку или није.

У првом случају, дете може бити тужилац или тужени у свим поступцима у којима је активно или пасивно легитимисано да буде странка у спору и има сва права и обавезе које иду уз ту процесну улогу (Станковић, 2012: 31). У таквом судском поступку, пре доношења било какве одлуке, треба да буде обезбеђено његово одговарајуће учешће, примерено узрасту и развојним способностима детета. Учешће, између осталог, подразумева могућност да изнесе своје мишљење и да то мишљење буде саслушано, а у циљу заштите његових права и интереса и остваривања добробити за дете.

У другом случају, у неким конфликтним ситуацијама, дете нема положај странке у парници, иако се директно или индиректно ради о остваривању

³ Чл. 65. Породичног закона, *Сл. гласник РС*, 18/05.

и заштити његових права у судском поступку.⁴ Специфичан је тада процесни положај детета и ослабљена је његова позиција у поступку судске заштите, с обзиром да дете нема могућност да утиче на ток поступка. Ипак, мишљења смо да закон детету признаје право на партиципацију и у ситуацији када нема положај странке у поступку. Управо је то смисао чл. 65. ст. 3. Породичног закона који прописује да се мишљењу детета мора посветити дужна пажња у свим поступцима који га се тичу, у којима се одлучује о његовим правима, у складу са годинама живота и зрелости детета. Да ли ће се овим правом користити или не, зависи искључиво од воље детета, а суд је дужан да му вршење овог права омогући, уколико је у његовом најбољем интересу (Делибашић, 2006: 28).⁵

Детету које је способно да формира мишљење обезбеђено је право да га у судском поступку изрази, с тим што се мишљење цени у складу са узрастом и зрелости детета. Законом прописани узраст од 10 година услов је за непосредно изражавање мишљења у судском поступку.⁶ Суд има системску обавезу да дете саслуша ако има више од десет година (Поњавић, 2012: 42). Појављивање детета пред судом може бити на његов/њен захтев или по налогу суда. Захтев детета може бити усмен или писмен, односно није везан за неку посебну форму, а може бити поднет у било којој фази поступка и у том случају дете није странка у поступку, нити његово појављивање може бити узето као сведочење или исказ вештака (Поњавић, 2014: 268). Тако је

4 У оваквој ситуацији, у парници која је заснована на двостраначкој конструкцији, процесна позиција детета је „замагљена“ јер је дете само „притајена“, „прикривена“ странка (Петрушић, 2007: 5). Дакле, дете је у многим поступцима сведено на „објект“ поступања иако суд одлучује управо о његовим правима (Станковић, 1997: 113).

5 *Из образложења:* Из прибављеног извештаја Центра за социјални рад не може се закључити да је са децом обављен разговор у циљу омогућавања да изразе своје мишљење са којим родитељем би желели да живе, већ се у том извештају говори о позитивној мотивацији оба родитеља да се старају о деци. Врховни суд је укинуо нижестепене пресуде и предмет вратио на поновни поступак. Суд не сме да се пре свега руководи позитивном мотивацијом родитеља да се старају о деци, већ је дужан да утврди и прибави мишљење детета које је у могућности да мишљење да, па да у складу са његовим најбољим интересом, донесе одговарајућу одлуку. (*Решење Врховног суда Србије у Београду, Рев. 2393/07 од 12.09.2007. године*).

6 Осим инструкција, законодавац је пропустио да пропише упућујућа правила у погледу техника које суд или орган управе треба да примени приликом утврђивања мишљења детета и то онда када дете непосредно изражава мишљење пред тим органима. Недореченост законодавца у погледу прецизирања техника којима суд или орган управе у том случају треба да се руководи указује на сложеност стварног функционисања, односно остваривања права детета на мишљење у пракси, преваходно због потребе посебне обазривости према евентуалним штетним последицама на психолошко здравље детета (Јовић, 2008: 73).

његова позиција у том случају оригинална, створена у закону само за њега (Поњавић, 2014: 268). Уколико дете није непосредно изразило мишљење, закон прописује могућност да то учини посредством других лица. То су пре свега родитељи који традиционално заступају дечије интересе, али и колизијски старатељ и привремени заступник када су постављени детету.

Конвенција право на слободно изражавање мишљења не лимитира узрастом детета, већ способношћу детета да формира мишљење, која зависи од његових индивидуалних развојних способности, док су одредбе Породичног закона у нескладу са конвенцијским принципима у том погледу (Петрушић, 2006: 111). Породичним законом прописана је доња старосна граница од 10 година, да дете своје право на изражавање мишљења може да користи у поступку у коме се одлучује о његовим правима. Законска је претпоставка да дете које је навршило 10. годину живота има одговарајућу зрелост да може да формира и изнесе своје мишљење. Поставља се питање да ли је оправдано да приликом утврђивања мишљења детета суд буде искључив и да призна право само детету које је навршило 10 година. Старост сама по себи не показује ниво дечијег разумевања, јер и врло мала деца могу да покажу висок ниво зрелости (Lansdown, 2011).⁷

Судови имају, с обзиром на право партиципације, вишеструку улогу. Без обзира на узраст детета, старије или млађе од 10 година, најпре се процењује да ли је дете способно да формира мишљење, а затим и да такво мишљење изрази. Сматрамо да и када је дете млађе од узраста прописаног законом, за суд партиципација детета није избор, већ обавеза.⁸ Са друге

7 Наиме, већ веома младо животно доба, практично оно у коме се могу исказати жеље и потребе од стране детета, право прихвата као релевантно и упућује суд или други надлежни орган који одлучује о правима детета да утврди и његово мишљење. Стога је практично најтеже одредити узраст за стицање ове способности (Палачковић, 2002: 706).

8 Овакав став потврђује и судска пракса. *Из образложења*: Основано се ревизијом указује на пропусте суда у вези са доношењем одлуке о саслушању детета. У овој правној ствари Центар за социјални рад се изричито изјаснио да малолетно дете странака може да се укључи у судски поступак и да не постоји опасност од поремећаја његове емоционалне и интелектуалне равнотеже. Стога се разлози нижестепених одлука за одбијање прибављања мишљења детета странака само због старости – јер је млађе од десет година, не могу прихватити. Истовремено, недостаје образложење суда у вези са израженим мишљењем детета датог пред Центром за социјални рад (*Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19.04.2007. године*). Коментар: Пропуст нижестепених судова да утврде мишљење детета није наишао на одобрење суда највише инстанце. Врховни касациони суд сматра да се основано ревизијом указује на пропусте суда у вези са доношењем одлуке о саслушању детета. Иако је дете дало мишљење пред надлежним Центром за социјални рад, иако се Центар за социјални рад изјаснио да малолетно дете странака може да се укључи у судски поступак, нижестепени судови нису поступили

стране, у ситуацијама када је реч о детету које је достигло узраст који је прописан законом, дакле, навршених 10 година живота, претпоставља се да је достигло ту неопходну зрелост и да је у складу са тим способно да мишљење формира и изрази. Ипак, у питању је претпоставка, па као што дете млађе од 10 *може* да формира и изрази мишљење, оно које је старије од 10 година *не мора* нужно да има ту способност. Из тог разлога, суд ће, пре него што утврди мишљење детета, по службеној дужности, на поуздан начин, да испита способност детета да формира своје мишљење.⁹

Дете које је навршило 10. годину живота може само, односно, преко другог лица или установе да се обрати суду и затражи помоћ у остваривању права на слободно изражавање мишљења.¹⁰ Међутим, то је још један проблем који се у пракси појављује, јер се поставља питање које је то лице или установа коме се дете може обратити за помоћ и заштиту у овом случају. Са друге стране, није спорно само лице или установа коме се дете обраћа, већ и начин на који се обраћа. У правној теорији је изнет став да је нејасна одредба Породичног закона која прописује да дете захтев за помоћ у остваривању права на слободно изражавање мишљења упућује суду или органу управе, јер отвара питање начина на који се дете обраћа, односно наводи се, да уколико се ради о тужби, требало је то изричито и навести (Поњавић, 2011: 236).

Мишљење детета суд утврђује у сарадњи са школским психологом, односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере. Поставља се питање како ће, на чији предлог и уз чију помоћ дете изабрати лице које ће му пружити помоћ и подршку у поступку у коме треба да формира и изнесе своје мишљење (Петрушић, 2006: 115).

у складу са законом и узели у обзир мишљење детета, зато што је млађе од 10 година. Овакав став нижестепених судова нема утемељење у Породичном закону.

9 *Из образложења*: Како малолетни М. има више од 10 година, првостепени суд ће у смислу члана 65. Породичног закона сазнати и мишљење тог детета везано за одлуке о његовим правима. И ту се указује првостепеном суду да суд мишљење детета респектује тек уколико претходно утврди да је дете способно да формира своје мишљење, што је без консултације са органом старатељства или специјализованом установом или одговарајућим стручњаком немогуће испитати, а мишљење се утврђује на начин и на месту, односно у условима, који су у складу са животном доби и зрелашћу детета (*Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж.2. 14/2006 од 6.9.2006. године*).

10 Чл. 65. ст. 5. Породичног закона.

3.1. Право детета на изражавање мишљења у вези са заступањем у судском поступку

Када је мишљење детета поводом одређеног питања слично мишљењу одрасле особе која се о њему стара, онда проблем углавном не постоји, али је свакако другачија ситуација у којој се мишљење детета разликује од мишљења те особе (Вучковић-Шаховић, 2000: 108). Породични закон предвиђа одредбу за ситуацију да дете и родитељ (старатељ), као његов законски заступник, имају супротне интересе. У случају постојања конфликтних интереса, дете заступа колизијски старатељ. Постављање колизијског старатеља дете може затражити од органа старатељства, уколико је навршило 10. годину живота и способно је за расуђивање и то само, односно, преко неког другог лица или установе. Такође, дете у овом узрасту може само, односно преко другог лица или установе, затражити од суда да му постави привременог заступника, због постојања супротних интереса између њега и његовог законског заступника.

У поступку заступања детета, и колизијски старатељ и привремени заступник имају дужности према детету, које су обавезни да поштују. Дужности колизијског старатеља, односно привременог заступника прописане у чл. 267. Породичног закона лимитиране су потребном поштовања најбољег интереса детета.¹¹

Ако колизијски старатељ или привремени заступник утврди да у спору за заштиту права детета он заступа дете које је способно да формира своје сопствено мишљење, онда има обавезу да помогне детету у формирању мишљења. Помоћ се, пре свега, односи на дужност да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да детету пружи објашњења која се тичу могућих последица аката које предузима, као и да суду пренесе мишљење детета, ако дете није непосредно изразило мишљење пред судом, а све уз услов да није у супротности са најбољим интересом детета.

Другим речима, основни предуслов да дете формира мишљење је информисаност и упознавање са могућим последицама исказаног мишљења. Да би дете са успехом могло да оствари ово право, неопходно је да има слободу да тражи, прима и даје информације и идеје свих врста

11 Исто је прописано и за дужност суда. Суд је у обавези да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелашћу детета, да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелашћу, осим ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета (чл. 266. ст. 3).

и без икаквог ограничавања (Драшкић, 2011: 285). Дете има право на информисање о свим аспектима правног проблема са којим се суочава и на утврђивање његове праве жеље и мишљења о тој правној ствари. Са друге стране, признато му је право да слободно изражава своје мишљење, што значи да дете не би смело да трпи никакав притисак или утицај који би могао да га спречи или можда натера да износи мишљење против своје воље (Драшкић, 2011: 285). Ипак, дете је по природи ствари подложно утицају, али оваква његова природа је, такође, један од главних разлога да се детету пружи посебна заштита (Поњавић, 2012: 36).

3.2. Право детета на изражавање мишљења у контексту његовог/њеног најбољег интереса

У свим случајевима који се тичу деце, приликом доношења и спровођења одлука везаних за дете, најважнији принцип је „најбољи интерес детета“ (*best interest of the child*), односно добробит детета (*welfare of the child*). Овај принцип, садржан у чл. 3. ст. 1. КПД, одавно је прихваћен у правима многих држава. Он нема универзално прихватљив садржај и варира од једне до друге земље. Ипак, може се одредити као стандард најмање штетне алтернативе, који стоји на располагању (Ковачек Станић, 1994: 52).

Изражавање мишљења детета прилика је да се дете чује пре него што одрасли донесу коначну одлуку, ценећи његов најбољи интерес у складу са његовим узрастом и зрелашћу (Поњавић, 2012: 37). Међутим, законодавац није предвидео чиме ће се суд или заступници детета у поступку руководити приликом процене најбољег интереса детета. Нису предвиђени ни инструменти којима ће дете да се заштити, у случају да они донесу погрешан закључак да је дете неспособно да формира мишљење.¹²

¹² *Из образложења:* Иако су материјалне могућности туженог као оца тренутно боље, овај суд налази да је првостепени суд правилно нашао да је у најбољем интересу деце да самостално вршење родитељског права над њима тренутно обавља мајка, имајући у виду да су деца у узрасту средње дечије доби, да од рођења мајка највише о њима води бригу, да су оба родитеља компетентна, али да је мајка рационалнија у увиђању и задовољавању свих потреба деце, док отац јесте емотивно везан за њих, али је у свом односу према деци, односно у увиђању и задовољавању њихових потреба мање рационалан, те имајући у виду и изјављену вољу деце, која су релативно мала да би могла да формирају своје мишљење коме би суд морао да поклати пажњу и овај суд налази да је тренутно у најбољем интересу малолетне деце парничних странака да родитељско права над њима самостално врши мајка, без обзира на материјалне услове, који се морају ценити, али не могу бити од одлучујућег фактора.

Најбољи интерес малолетне деце, приликом доношења одлуке у поступку који се води ради заштите њихових права, не мора се увек нужно поклапати са њиховом вољом, уколико се, свакако, ради о деци која су способна да формирају своје мишљење, па у

Поставља се питање, како се цени мишљење детета у судским поступцима и да ли се *a priori* узимају дечије жеље приликом доношења овако важних одлука. Суд је у обавези да узме у обзир изражено мишљење детета. Такође, у обавези је да мишљење пажљиво вреднује у поступку и посвети му дужну пажњу имајући у виду године и зрелост детета. Право на изражавање мишљења не треба схватити ако апсолутно право, у смислу да ће дете увек и са истим интензитетом износити мишљење и да ће то мишљење бити увек уважено (Новаковић, 2012: 197). Наведено право Конвенцијом није прописано као неограничено, већ је препуштено националним законодавствима да предвиде та ограничења, а једно од таквих је и животна доб и зрелост детета, односно, његова способност за расуђивање. Примера ради, наше законодавство одређује границу животног доба од 10 година, која је, како се истиче у правној теорији, доста ниско постављена. Међутим, чињеница да ће дете и његово мишљење бити саслушано, не значи и да ће аутоматски бити прихваћено или одлучујуће приликом доношења одлуке. Задатак суда је довођење става детета у интеракцију са свим другим факторима утврђивања најбољег интереса (Палачковић, 2013: 272). Откривање и остварење најбољег интереса детета крајњи је циљ укупних активности, па и активности суда, што условљава став о извесној подређености свих делатности појединаца и органа овом принципу (Палачковић, 2006: 539). Тако, суд неће прихватити формирано мишљење

том смислу, поред чињенице што деца парничних странака у конкретном случају, по оцени овог суда, нису у узрасту када могу да формирају своје мишљење, иако су пред Центром за социјални рад изјавила да је њихова воља да живе са оцем, у конкретном случају таква њихова воља се не поклапа са њиховим најбољим интересом, те је правилно првостепени суд донео одлуку да ће самостално вршење родитељског права над малолетном децом парничних странака вршити мајка (*Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 476/12 од 24.07.2012. године*).

Коментар: У овој одлуци, нижестепени суд је погрешно оценио да су деца мала да би могла да формирају своје мишљење, иако се ради о деци школског узраста. Исти став је заузео и суд више инстанце. Сматрамо да је изнет став апелационог суда по овом питању контрадикторан. Са једне стране, најпре оцењује да деца *нису у узрасту када могу да формирају своје мишљење*, а затим и поред такве своје оцене истиче да изјављено мишљење није у складу са дечијим најбољим интресом. Даље, у овој одлуци се наводи да су „деца пред Центром за социјални рад била искључиво стидљива и са њима је тешко успостављена комуникација. На питање са ким би волела да живе изјавили су да је то отац, првенствено због бабе и деде и старе школе, али на питање кога више воле од родитеља, изјавили су да воле обоје“. Овакав приступ и директна питања упућена деци сматрамо потенцијално негативним. Ова и слична питања (приликом опсервације деце за потребе поступка) не треба постављати јер могу да доведу до конфликта лојалности, стављања детета у позицију да се определи за једног од родитеља и изазивања кривице код деце.

детета, ако то није у његовом најбољем интересу, па ће се овим принципом руководити током целог судског поступка и у доношењу одлуке.¹³

Такође, суд нема процесну дужност да образложе на основу којих чињеница је закључио да слободно изражено мишљење детета није у складу са његовим најбољим интересом. Можда је у текст Породичног закона требало унети правило којим би суду било изричито наложено да у образложењу коначне одлуке наведе разлоге због којих мишљење детета није уважено, јер би се таквим правилом обезбедила процесна гаранција да мишљење детета добије адекватан третман и значај у поступку, тј. да буде брижљиво размотрено и вредновано и оствари одговарајући утицај на садржину саме судске одлуке (Петрушић, 2006: 115).

Дужност да изнесу околности које су имали у виду приликом заузимања става да изражено мишљење детета није у његовом најбољем интересу, немају ни колизијски старатељ, ни привремени заступник. Дете, при том, не располаже ниједним процесним средством које може употребити против овакве дискреционе одлуке која не подлеже никаквој контроли (Петрушић, 2006: 113).

4. Домен примене права детета на изражавање мишљења у судском поступку

Област примене права детета на изражавање мишљења прилично је флуидна (Поњавић, 2014: 267). Наведено право односи се и треба да буде примењено на сва питања која су од интереса или важности за дете, односно на питања која на неки начин могу да утичу на његов/њен живот. Примери учешћа у поступцима пред судом су различити. Тако, у поступку за развод брака, дете може да изрази свој став у вези са доношењем одлуке о вршењу родитељског права. У овим случајевима остваривање права детета на слободно изражавање мишљења представља у ствари изјављену жељу детета са којим родитељем жели да живи. Партиципација детета не

13 Видети пресуду *Врховног суда Србије, Рев. 930/09 од 16.04.2009. године*, у ком случају суд није прихватио мишљење детета узраста од 9 година, које је изјавило жељу да оца не виђа, сматрајући да то није у његовом најбољем интересу. Видети и пресуду *Врховног суда Србије, Рев. 1368/08 од 28.05.2008. године*, где је утврђено да дететове жеље нису у складу са његовим потребама, нити је то у његовом најбољем интересу. У том смислу је и пресуда *Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 317/11 од 24.05.2011. године*. За другачији став суда, видети пресуду *Врховног суда Србије, Рев. 1048/08 од 23.04.2008. године*, где је суд закључио да се малолетно дете налази у узрасту када је важна улога оца као узора за идентификацију, па како су оба родитеља способна да обављају родитељску функцију, мишљење детета и његова изражена воља да буде са оцем јесте у његовом најбољем интересу, због чега је тужбени захтев мајке одбијен.

значи да се оно директно пита о томе, већ се постављају питања која су довољно добри индикатори за оно што се жели утврдити, посматрају се и процењују односи између родитеља и деце, истражује се који родитељ има улогу примарног родитеља, најбољи интерес деце и сл.¹⁴

Аналогно томе, слично се резонује о праву детета да слободно изрази мишљење и у поступку измене одлуке о вршењу родитељског права.¹⁵ При том, мишљење детета о томе којем родитељу жели да буде поверено на старање мора се узети у обзир, али није једина чињеница од значаја за доношење одлуке о поверавању малолетног детета једном од родитеља.¹⁶ Такође, правни положај родитеља имају и усвојитељи, што значи да имају сва права и дужности из садржине родитељских права. Са друге стране, могу бити ограничени у вршењу родитељских права или пак лишени родитељских права према усвојенику, под условима и на начин прописан

14 *Из образложења:* Према налазу и мишљењу стручне службе за посредовање у породичним односима, Градског центра за социјални рад, Одељење __, које је дато по обављеном интервјуу са супружницима, мал. децом и прибављеном мишљењу педагога основне школе коју похађа мал. кћи странака у најбољем интересу мал. деце је да се повере оцу. Отац је изузетно привржен деци, а време је показало да је његова мотивација за бригом о деци суштинске природе и да се испољава кроз непосредну бригу и ангажовање. У поступку пред стручном службом за посредовање у породичним односима оба детета су се изјаснила да им отац пружа већи осећај сигурности и да ће уколико остану да живе са њим задржати исти квалитет живота што је битно за њихову стабилност и даљи развој. Деца су емоционално везана за оба родитеља, али и међусобно и упућена су једно на друго. Код деце је изражена жеља да наставе да живе заједно. Према мишљењу стручне службе отац има јасно дефинисану будућу организацију реализације живота деце, за разлику од мајке која не манифестује за децу очекивану ангажованост, што децу управо више и упућује на оца (*Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 562/10 од 08.09.2010. године*). Видети и пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 348/12 од 04.06.2012. године.

15 *Из образложења:* Према утврђеном чињеничном стању, између родитеља постоји отворено непријатељство и изразито конфликтан однос који је неповољан за развој деце. Деца су добри ђаци, активни у школи и ваннаставним активностима. Малолетни син је више пута тестиран и исказао јасну жељу да жели да живи са оцем. Према предлогу Центра за социјални рад, стекли су се услови за измену одлуке о вршењу родитељског права, тако да отац врши родитељско право према малолетном сину, а мајка према малолетној ћерки самостално. Према одлуци првостепеног суда, стекли су се услови из чл. 77. ст. 5. Породичног закона, да тужилац самостално врши родитељско право према обоје малолетне деце. По оцени другостепеног суда, првостепени суд је погрешно применио материјално право и то одредбу чл. 266. и чл. 65. Породичног закона. У конкретном случају, са обзиром на узраст малолетне деце, суд је био дужан да им омогући да изразе своје мишљење, у смислу цитираних законских прописа и да приликом одлучивања има у виду мишљење детета (*Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1558/10 од 14.03.2010. године*).

16 Видети пресуду Врховног суда Србије, Рев. 3258/08 од 10.12.2008. године.

Породичним законом. Сходно томе, с обзиром да оваква одлука тангира и дете, неопходно је и у тим поступцима саслушати мишљење детета.¹⁷

Деца и родитељи (укључујући свакако и ванбрачну и усвојену децу) имају право да одржавају личне односе. У поступку који се води о праву детета на одржавање личних односа са родитељем са којим не живи, мишљење детета и његов став о том питању су изузетно значајни.¹⁸ Одржавање личних односа између детета и родитеља може се посматрати, пре свега, као право детета, али је истовремено и право и дужност родитеља. Међутим, одредбом чл. 61. ст. 5. Породичног закона, знатно је шири круг лица којима се признаје право на одржавање личних односа са дететом, с обзиром да се и сродницима и другим лицима признаје ово право, уколико дете за њих везује посебна блискост.¹⁹ Ту се не мисли само на крвне сроднике (бабу, деду, прабабу, прадеду, сестру, брата, полусестру, полубрата, ујака, тетку, стрица), већ и на друге особе које су имале или имају важну улогу у животу детета, као што је рецимо хранитељ или пасторак/пасторка са очухом/маћехом. Заштитна и психолошко-емотивна функција остварује се у пуној мери кроз одржавање личних односа детета са сродницима, док се проширењем права и на лица која не морају бити сродници води рачуна о емоционалним потребама детета (Николић, 2007: 546). Приликом одлучивања о захтеву сродника да одржавају личне односе са малолетним дететом од значаја је да ли стварно постоје блиске личне везе сродника са малолетним дететом, те да ли би одржавање личних односа са сродницима било у најбољем интересу детета, што је у сваком случају чињенично питање. Опет, од значаја је изражено „информисано” мишљење детета у том поступку.²⁰

17 Видети пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2. 797/2011 од 22.12.2011. године.

18 Из образложења: Из исказа мал. А.П. која је саслушана без присуства родитеља, првостепени суд је закључио да је њена жеља да се виђа са мајком у Н.С. или у Р. у присуству оца, из страха да ће је мајка поново одвести у В. где јој није било лепо за време боравка када ју је мајка одвела без да је о томе претходно обавестила оца. Из исказа мал. А.П. првостепени суд је утврдио да се и до сада виђала са мајком у кући Р. у делу у којем живе баба и деда са мајчине стране, а да је тата боравио у другом делу куће. Наведеним моделом одржавања личних контаката тужене и мал. детета поштована је жеља мал. детета, јер је првостепени суд, сходно одредби чл. 65. ст. 4. Породичног закона, узео у обзир мишљење малолетног детета дато у поступку (Пресуда Округног суда у Новом Саду, Гж. 7066/06 од 27.12.2006. године). Видети и Решење Округног суда у Новом Саду, Гж. 3384/2006 од 27.6.2006. године.

19 Видети пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 1078/12 од 31.10.2012. године.

20 Из образложења: Првостепена пресуда је искључиво заснована на мишљењу органа старатељства. Није уопште спорно да се у оваквој врсти спора мора уважити мишљење стручних установа, а орган старатељства свакако спада у такве установе. Орган старатељства у свом извештају од 28.12.2009. године детаљно анализира со-

Ипак, претходно наведени поступци, у којима дете има право да изрази своје мишљење, не исцрпљују листу могућих. У складу са тим, мишљење треба саслушати и у поступку заштите права детета, у поступку у спору за заштиту од насиља у породици, у спору за издржавање, за поништење усвојења, у спору о материнству и очинству, као и свим оним поступцима чији крајњи исход тангира и дете.

5. Закључак

Право детета на слободно изражавање мишљења спада у ред тзв. партиципативних права детета. Наведено право је процесно операционализовано Породичним законом. Његова реализација у судском поступку подразумева право да дете добије све релевантне информације на начин и у складу са његовим узрастом, да буде информисано о могућим последицама поступања које могу да произађу из његовог исказаног мишљења, право да дете буде консултовано и да изрази мишљење у поступку и право да му се предоче последице свих одлука које се доносе у поступку.

Суд има дискреционо право да оцењује да ли је дете способно да формира мишљење, а законодавац није предвидео никакве принципе којима треба да се руководи у овој процени. Дете, у ствари, не ужива потпуну заштиту гарантованог права. Разлог је што није предвиђено средство или инструмент који би дете могло да употреби за случај да буде погрешно оцењено и закључено да дете није способно да формира мишљење. Са друге стране, стоји проблем уважавања исказаног мишљења, с обзиром да је Породичним законом регулисано и заштићено само право на изражавање мишљења детета, али не и право на уважавање истог, што може да доведе до тога да дете буде неосновано лишено овог права. Суд нема обавезу да

цијално-економске и породичне прилике у којима живи мал. А., на који начин је са њом успостављен контакт, те се на бази тога закључује да је мал. А. формирала своје мишљење везано за виђање са бабом и дедом по оцу и да га слободно изражава, а да у овом моменту она није спремна да такве односе са њима одржава. Из поменутог извештаја органа старатељства се не може утврдити каква су то обавештења, а везана за остваривање најбољег интереса мал. детета у односу на конкретно питање, детету презентирани од стране стручњака органа старатељства, а на основу којих је дете формирало своје мишљење, односно није јасно на који начин је мал. А. формирала своје мишљење у датој ситуацији. Мајка мал. детета је у парници истицала страхове који постоје код детета од евентуалне могућности одузимања детета од стране оца, одређене психолошке проблеме које је дете имало поводом тога, због чега је и лечено. Стоји чињеница да орган старатељства није обавио никакав разговор са овде тужиоцима, па ни са тог аспекта детету нису дата потребна обавештења (*Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, ГЖ2 225/11 од 23.05.2011. године*). Видети и пресуду *Врховног касационог суда, Рев. 2401/2010 од 28.4.2010. године*.

образложи зашто мишљење детета није узето у обзир, односно није у складу са његовим најбољим интересом.

Дете мишљење може изразити непосредно или посредством других лица. Ако дете није непосредно изразило мишљење, онда дужност да суду пренесу мишљење детета имају колизијски старатељ односно, привремени заступник детета, али у закону нигде нису наведени критеријуми на основу којих се утврђује када ће дете непосредно изразити мишљење, а када ће то учинити преко колизијског старатеља, односно, привременог заступника.

Конвенција право на слободно изражавање мишљења не лимитира узрастом детета, већ способношћу детета да формира мишљење. Имајући у виду значај овог фундаменталног права детета на слободно изражавање мишљења, може се рећи да је законодавац у извесној мери одступио од конвенцијских стандарда. Одредбе Породичног закона којима је законодавац регулисао ово право и његови домети сужени су због постављених законских ограничења, па су стандарди домаћег права нижи од оних који су установљени Конвенцијом о правима детета. Зато и остаје утисак да ово изузетно важно право детета није адекватно нормативно конкретизовано и да се због тога, у извесној мери, у пракси има проблема у његовом остваривању.

Литература

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

Вучковић Шаховић, Н. (ур.) (2011). *Права детета у међународним документима*, Београд: Заштитник грађана, Повереник за заштиту равноправности, http://www.ombudsman.rs/attachments/2145_PDFPrava_detet_u_medjunarodnim_dokumentimaF.pdf

Вучковић Шаховић, Н. (2000). *Права детета и међународно право*. Београд: Југословенски центар за права детета

Драшкић, М. (2011). *Породично право и права детета*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Делибашић, З. (2006). *Права детета у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права*. Билтен Округног суда у Београду. 74. 20-30

Јовић, О. (2008). *Право детета на слободно изражавање мишљења*. Билтен Округног суда у Београду. 78. 71-84

Ковачек Станић, Г. (1994). Правни израз родитељства. Нови Сад: Правни факултет

Lansdown, G. (2011). Every child's right to be heard, A resource guide on the UN Committee on the rights of the child general comment no.12, London, www.unicef.org/adolescence/files/Every_Childs_Right_to_be_Heard.pdf

Николић, М. (2007). Легитимација сродника у спору за уређење личних односа са дететом. Билтен судске праксе - Врховни суд Србије. 3. 532-545
Новаковић, У. (2012). Право детета на изражавање мишљења, у: Г. Марковић (ур.), Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног (стр. 183-199). Источно Сарајево: Правни факултет

Палачковић, Д. (2013). Најбољи интерес детета – „Изјава тежње“ или дужност?. У Б. Влашковић (ур.). Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније (стр. 263-279). Крагујевац: Правни факултет

Палачковић, Д. (2006). Конвенција о правима детета и Породични закон. У Г. Станковић, (ур.), Новине у породичном законодавству (стр. 23-38). Ниш: Правни факултет

Палачковић, Д. (2006). Поступак у спору за заштиту права детета. У З. Поњавић (ур.), Ново породично законодавство (стр. 531-548), Крагујевац: Правни факултет

Палачковић, Д. (2002). Значај воље малолетника у контексту права на самоодређење. Правни живот. 9. 693-710

Петрушић, Н. (2013). Аустријски модел помоћи и подршке детету у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 65. 161-181

Петрушић, Н. (2007). Право детета на слободно изражавање мишљења-материјалноправни и процесни аспект. Билтен судске праксе Врховног суда Србије. 3. 512-531

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

Поњавић, З. (2014). Породично право. Крагујевац: Службени гласник

Поњавић, З. (2012). Утврђивање мишљење детета у парницама за развод брака у контексту најбољег интереса детета. У Г. Марковић (ур.), Начела и вриједности правног система-норма и пракса (стр. 30-52). Источно Сарајево: Правни факултет

Станковић, Г. (2012). Дете као странка у парничном поступку. У Г. Марковић (ур.), Права дјетета и равноправност полова-између нормативног и стварног (стр.29-46). Источно Сарајево: Правни факултет

Станковић, Г. (1997). Процесни положај детета у парничном поступку. У Н. Вучковић Шаховић (ур.), Права детета у свету и Југославији (стр. 111-116). Београд: Београдски центар за људска права

Прописи

Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета. Службени лист СФРЈ – Међународни уговори. Бр.15 (1990)

Породични закон, Службени гласник РС. Бр. 18 (2005)

Судска пракса

Решење Окружног суда у Новом Саду, Гж. 3384/2006 од 27.06.2006. године

Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж2. 14/2006 од 06.09.2006. године

Пресуда Окружног суда у Новом Саду, Гж.7066/06 од 27.12.2006. године

Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19.04.2007. године

Решење Врховног суда Србије, Рев. 2393/07 од 12.09.2007. године

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1048/08 од 23.04.2008. године

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1368/08 од 28.05.2008. године

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3258/08 од 10.12.2008. године

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 930/09 од 16.04.2009. године

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1558/10 од 14.03.2010. године

Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2401/2010 од 28.04.2010. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 562/10 од 08.09.2010. године

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж2 225/11 од 23.05.2011. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 317/11 од 24.05.2011. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 797/2011 од 22.12.2011. године

Пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 348/12 од 04.06.2012. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 476/12 од 24.07.2012. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 1078/12 од 31.10.2012. године

Sanda Ćorac, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Kragujevac

The Right of the Child to Express Opinion in Judicial Proceedings

Summary

The Convention on the Rights of the Child falls into the group of the basic international instruments that define the corpus of universal human rights. This Convention may be described as innovative because it has established a set of new rights, including the right of the child to express his/her opinion.

One of the most significant innovations introduced by the Family Act of the Republic of Serbia (2005) is the right to participation, which is a major step forward in raising awareness about the child as a person who is entitled to actively participate in exercising his/her rights. A child who is capable of forming his/her opinions is entitled to express those opinions in judicial proceedings concerning the child. The court shall allow the child to express his/her opinion and his/her views shall be taken into account.

In this paper, the author observes this right within the scope of civil proceedings. First, the author points out to some inconsistencies and dilemmas pertaining to this guaranteed right and its exercise. Further on, the author focuses on the judicial practice (case law) of national courts in order to illustrate how and to what extent the right of the child to express his/her opinion is actually recognized and fully implemented.

The application of the child's right to express his/her opinion is pretty fluid and this right applies to all cases and matters involving children. The most important principle in all cases concerning children is "the best interests of the child" or "the child's welfare", both in the course of administering child-related matters and in the process of making and implementing decisions concerning the child. The fact that the child's opinion is to be heard in the decision-making processes does not automatically imply that it will be accepted as crucial. In judicial proceedings, the expressed opinion of the child must be assessed precisely in the accordance with the child's best interests.

Considering the importance of the fundamental right of the child to be heard, the Serbian legislator has not significantly departed from the standards envisaged in the Convention. The scope of this right, which is regulated in the Family Act (2005), has been slightly narrowed in comparison to the Convention provisions primarily due to the legal restrictions and standards in domestic law.

Keywords: Convention on the Rights of the Child, Serbian Family Act (2005), the right of the child to freedom of expression, judicial proceedings.