

ZAŠTITA NAJBOLJEG INTERESA DJETETA KOD POSVOJENJA I UTJECAJ NAČELA RAZMJERNOSTI

Sažetak: Djeca su vulnerabilna populacijska skupina koja uživa posebnu pravnu zaštitu. Najbolji interes djeteta danas je temeljno načelo obiteljskog prava. To načelo treba poštovati u horizontalnim i vertikalnim odnosima u kojima se djeca pojavljuju kao subjekti prava. Sadržaj načela najboljeg interesa djeteta je pravni standard, kojeg treba da sud (ili drugi organ) napuni u svakog pojedinačnom primjeru. Njegov sadržaj je naime nemoguće unaprijed definirati, jer je u svakom primjeru ovisan od mnogih subjektivnih i objektivnih okolnosti. Načelo najboljeg interesa djeteta ima posebno važnu ulogu kod posvojenja jer se tom mjerom prekidaju odnosi između djeteta i njegovih bioloških roditelja. Zbog toga je potrebno da se u primjerima kada se odlučuje o posvojenju, dati posebnu pažnju i načelu razmjernosti. Sud u vanparničnom postupku dužan je obaviti takozvani test razmjernosti, na osnovu kojeg će presuditi dali je mjera posvojenja opravdana ili dali se može sa kojom drugom blažom mjerom očuvati djetetu njegova biološka obitelj.

Ključne riječi: prava djeteta, pravni standard, diskrecija, test razmjernosti, vanparnični postupak

1. Uvodne riječi

Načelo najboljeg interesa djeteta danas je osnovno načelo obiteljskog i dječjeg prava. Sam koncept ovog načela potječe iz 'Deklaracije o pravima djeteta', koju su Ujedinjeni narodi usvojili 1959. godine. Deklaracija o pravima djeteta ima deset načela i u Drugom načelu naglašava se da bi u zakonima usvojenim za zaštitu djeteta, najbolji interes djeteta trebao biti primarno pitanje.¹ Ali nije to bio prvi međunarodni dokument koji je značajno utjecao na položaj djece. Naime Deklaracija o pravima djeteta (1959.) proširena je verzija 'Ženevske deklaracije o pravima djeteta', koju je 1924. godine usvojila tadašnja Liga naroda. Ženevska deklaracija o pravima djeteta rodila se već godinu dana prije, 1923. godine, kao ideja i vizija Eglantyne Jebb. Sestre Eglantyne i Dorothy Jebb 1919. godine osnovale su 'Fight the Famine Council',²

1 Na engleskom: »In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.«

2 'Fight the Famine Council' bila je skupina koja je prikupljala hranu i lijekove za djecu u Njemačkoj i Austriji, koje su bile poražene u Prvom svjetskom ratu. To je dovelo do velike gladi i zdravstvenog deficita, zbog čega su mnoga djeca u tim zemaljama gladovala, razboljela se, pa čak i umrla od toga. Eglantyne Jebb prikupljala je donacije za ovu djecu na Trafalgar Square u Londonu. Čak je i uhićena i

iz kojeg je kasnije nastao vrlo uspješan 'Save the Children Fund'. Zbog toga su sestre Jebb odlučile, da prošire svoju ideju o međunarodnoj pomoći djeci. Već 1920. godine u Ženevi osnovan je 'International Save the Children Union'.³ 'International Safe the Children Union (1920.), Ženevska deklaracija o pravima djeteta (1924.) i Deklaracija o pravima djeteta (1959.) dovele su do 'Konvencije o pravima djeteta' (u daljnjem tekstu: KPD).⁴

KPD, usvojena je 1989. godine, prvi je međunarodno obvezujući instrument koji izričito priznaje djecu kao ljudska bića s urođenim pravima. KPD danas je međunarodni ugovor koji je ratificiralo 196 zemalja osim Sjedinjenih Američkih država (dalje u radu: SAD).⁵ Nakon usvajanja KPD, prava djeteta i njegovi interesi dobili su nove dimenzije i postali nužna osnova za donošenje odluka u svim pitanjima koja se odnose na djecu. KPD je međunarodni ugovor o ljudskim pravima koji definira te postavlja univerzalne standarde za građanska, politička, ekonomska, socijalna, zdravstvena i kulturna prava djece. KPD je tako donjela kolektivnu odgovornost za djecu.⁶

KPD ne uspostavlja hijerarhiju dječjih prava, nego je potrebno da se sva u njoj zapisana prava djece realiziraju uvijek u najboljem interesu djeteta. Prava djeteta se naime nikada ne smiju tumačiti na način da se stavlja jedno pravo hierarhijski više od drugog jer se time može ugroziti interese djeteta.⁷

Djeca danas imaju ista prava kao i odrasle osobe, ali ih uživaju prema svojoj dobi i zrelosti. Međutim, djeca također imaju prava koja pripadaju samo njima (npr. pravo na život s roditeljima). No, usprkos činjenici da je prošlo više od trideset godina od usvajanja KPD, dječja su prava i dalje kršena, kako na državnoj razini, tako i od strane roditelja, kao primarnih nositelja brige o djeci. Posvojenje djeteta može se označiti kao mjera koje značajno utiče na djetetov život kad se mjera sprovede, pa čak i kasnije kad dijete odraste. Zbog toga posvajanje diktira posebno pažnju koje središte treba da je najbolji interes djeteta na jednoj strani, a na drugoj strani ta mjera utječe značajno i na biološke roditelje djeteta kao i na posvojitelje.

kažnjena zbog strastvenog prikupljanja donacija i apela ljudima. No sudac koji joj je sudio bio je toliko impresioniran njenom predanošću djeci da joj je čak platio njezinu određenu kaznu – vidi više *Save the Children, Our Founder: Eglantyne Jebb*, 2021, <https://www.savethechildren.org/us/about-us/why-save-the-children/eglantyne-jebb>, 15.05.2021.

3 Cots, J. *Fokus na Eglantyne Jebb i Ženevsku deklaraciju*, b.g., <https://hrcak.srce.hr/file/213203>, 20.01.2021.

4 Konvencija o otrokovih pravicah (*Konvencija o pravima djeteta* - KPD): Uradni list SFRJ-MP, št. 15/1990.

5 UNICEF, *History of child rights*, b.g., <https://www.unicef.org/child-rights-convention/history-child-rights>, 24.03.2021.

6 Kraljić, S. & Drnovšek, K., *Pomen in vloga pravnega standarda največje otrokove koristi v novem slovenskem Družinskem zakoniku in sodobni sodni praksi*. U: Šago, D. (ur.), et al. *Aktualnosti građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća: zbornik radova s V. međunarodnog savjetovanja: 17. i 18. listopada 2019. godine*, Split: Sveučilište, Pravni fakultet, 2019, str. 114.

7 Kraljić, S. Die Reflexion des Kindesinteresse in der neuen slowenischen Rechtsprechung. U: Kraljić, S., & Ünver, Y. (eds.). *Compendium of contemporary legal issues*. 1st ed. Maribor: Univerzitetna založba Univerze: Faculty of Law, 2019a, str. 3.

2. Najbolji interes djeteta

Danas su prava djeteta i njegovi interesi temeljni postulat obiteljskog prava⁸ - što znači područje na kojem se pravo isprepliće sa stvarnim životom djeteta. Načelo najboljeg interesa djeteta sadržano je u članku 3. KPD:

»1. U svim akcijama koje u svezi s djecom poduzimaju javne ili privatne ustanove socijalne skrbi, sudovi, državna uprava ili zakonodavna tijela, mora se prvenstveno voditi računa o interesima djeteta.

2. Države stranke obvezuju se da će odgovarajućim zakonodavnim i upravnim mjerama djetetu osigurati zaštitu i skrb kakva je prijeko potrebna za njegovu dobrobit, uzimajući u obzir prava i dužnosti njegovih roditelja, zakonskih skrbnika ili drugih osoba koje su za nj zakonski odgovorne.

3. Države stranke osigurat će da službe i ustanove odgovorne za skrb ili zaštitu djece budu pod stručnim nadzorom i da svoje djelovanje usklade sa standardima nadležnih vlasti, osobito glede pitanja sigurnosti, zdravlja te broja i stručnosti osoblja.«

Načelo najboljeg interesa djeteta osnovno je polazište u svim vertikalnim odnosima ili aktivnostima vezanim uz dijete koje provode državna tijela (npr. sudovi, (slovenski) centar za socijalni rad, policija ...). Međutim, najbolji interesi djeteta moraju biti i osnovna vodilja u horizontalnim odnosima, odnosno u odnosima roditelja i djece.⁹

Novi slovenski Obiteljski zakonik¹⁰ (dalje: OZ) doneo je novu terminologiju, te je zamijenio 'roditeljska pravica' s novim terminom 'starševska skrb'.¹¹ OZ je tako kao pedocentričan zakon i na taj način, znači terminološkom pristupom, dijete stavio u centar obiteljskih odnosa. Roditelji tako imaju pravo i obvezu brinuti se o svojoj djeci i u tome su autonomni sve dok djeluju u korist djeteta. Inače, država je dužna intervenirati i zaštititi interese djeteta. Intervencija mora uvijek biti razmjerna, u suprotnom može doći do kršenja prava djeteta kao i roditelja (npr. pravo do obiteljskog života). Naime, obiteljske veze mogu se prekinuti samo u vrlo iznimnim okolnostima,¹² što je toliko više važi i za posvojenje djeteta.

Unatoč činjenici da je danas načelo najboljeg interesa djeteta osnovno načelo u donošenju odluka u obiteljskopравnim odnosima, njegova primjena u praksi i dalje stvara poteškoće. Naime, najbolji interes djeteta je vrlo fleksibilan i teško definiran pravni pojam odnosno standard. I upravo zbog njegove neodređenosti, svi oni koji se koriste ovim pravnim konceptom imaju diskreciju u odlučivanju, a time i moć prosudbe da u svakom pojedinačnom primjeru prosude koja je najveća korist za dijete. Stoga će ovaj pravni koncept imati svoj sadržaj u svakom (sudskom) primjeru

8 Čujovič, M. U: Novak, B. (red.), *Komentar Družinskog zakonika*, Ljubljana: Uradni list RS, 2019, str. 59.

9 Vidi više o tome Kraljić & Drnovšek, 2019, str. 114 i sl.

10 Družinski zakonik (Obiteljski zakonik – OZ): Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI.

11 Vidi definiciju *starševske skrbi* u članku 6. OZ: »(1) *Roditeljska skrb skup je obveza i prava roditelja da stvaraju uvjete u skladu sa svojim mogućnostima u kojima će biti osiguran cjelovit razvoj djeteta.* (2) *Roditeljska skrb pripada zajedno oba roditelja.*«

12 *Neulinger i Shuruk protiv Švicarske* (app. no. 41615/07), 06.07.2010.

posebno, uzimajući u obzir sve relevantne pojedinačne okolnosti primjera.¹³

Prema Odboru za prava djeteta, pristup države razvoju i razumijevanju najboljeg interesa djeteta trebao bi biti holistički. Trebao bi uključivati djetetov tjelesni, mentalni, duhovni, moralni, psihološki i socijalni razvoj.¹⁴ Europski sud za ljudska prava (ESLP) u predmetu Raban protiv Rumunjske¹⁵ utvrdio je tri zasebna interesa s kojima se sudovi suočavaju u svojim odlukama i koje treba uravnotežiti. To su: i) interesi djeteta; ii) interesi roditelja; iii) interesi javnog reda i mira (ordre public). Međutim, u ovom trokutu djetetovi interesi uvijek moraju prevladati.

Budući da su najbolji interesi djeteta pravni standard, njegov će se sadržaj utvrđivati od slučaja do slučaja, uzimajući u obzir subjektivne i objektivne okolnosti određenog primjera (npr. dob djeteta, razina zrelosti djeteta, prisutnost ili odsutnost roditelja, jesu, djetetova iskustva, djetetovo vlastito mišljenje itd.).¹⁶ Međutim, ako se pojave okolnosti koje roditelje sprječavaju u ostvarivanju roditeljskog prava, djetetu treba pružiti alternativnu skrb koja se može pružiti i osigurati u Sloveniji i sa posvojenjem.

3. Posvojenje

Pojava okolnosti koje do te mjere ugrožavaju djetetov zdrav razvoj (npr. obiteljsko nasilje, uporaba droga, zanemarivanje djeteta ...) da su roditelji lišeni roditeljske skrbi ili kada druge okolnosti diktiraju potrebu (npr. smrt roditelja) da dijete treba tražiti alternativnu skrb, jer više ne može živjeti sa svojim biološkim roditeljima, oni mogu biti različiti, ali ih se mora tumačiti restriktivno i zasnivati se na načelu zaštite najboljeg interesa djeteta. Kako bi se izbjeglo uskraćivanje djetetu obiteljskog okruženja, koje igra važnu ulogu u njegovom odrastanju i osposobljavanju za samostalan život, kao rezultat takvih okolnosti mora se osigurati odgovarajuća alternativna skrb. Posvajanje, kao poseban oblik brige o djeci, koji stvara isti odnos između posvojitelja i posvojenika kao i roditelja i djece (članak 9. OZ), definira se kao najbolji alternativni oblik brige o djeci. Država je stoga dužna osigurati zaštitu djeteta koje je pripadnik ranjive skupine i njegova prava i beneficije u slučaju takvih okolnosti. Posvojenje je mjera koja, uzimajući u obzir njegovo etničko, vjersko, kulturno i jezično podrijetlo, može osigurati kontinuitet odgoja djeteta u obiteljskom okruženju (st. 3. članka 20. KPD).

Načelo najboljeg interesa je temeljno načelo dječjeg prava, koje je zapisano u članku 3. KPD i u članku 7. slovenskog OZ. To načelo proteže se na sva područja djetetovg života, pa stoga na područje posvojenja. To posebno proizlazi iz 4. st. člankom 7. OZ koji propisuje da "državna tijela, pružatelji javnih usluga, nositelji javnih ovlasti, tijela lokalne zajednice i druge fizičke i pravne osobe moraju voditi

13 Končina Peternel, M., *Pomoć otrokom, ko starši odpovedo*, Ljubljana: Znanstveno in publicistično središče, 1998, str. 63.

14 United Nations - Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 5 - General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), 2003, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrCAqhKb7yhsiQql8gX5Zxh0cQqSRzx6Zd2%2FQRsDnCTcaruSeZhPr2vUevjbn6t6GSi1fheVp%2Bj5HTLU2Ub%2FPZZtQWn0jExFVnWuhiBbqgAj0dWBoFGbK0c>, 30.04.2021, str. 4.

15 *Raban proti Romuniji* (app. no. 25437/08), 26.10.2010.

16 Kraljić, S. *Družinski zakonik s komentarjem*, Maribor: PZ Založba, 2019b, str. 73.

brigu o djetetovim interesima u svim aktivnostima i postupcima koji se odnose na dijete”. Iz navedenog proizlazi da su sudovi i centri za socijalni rad, kao dva osnovna državna tijela na području posvojenja, također dužni brinuti se o najboljem interesu djeteta u postupku posvojenja. Nadalje, u 1. st. članka 215. OZ propisano je da će se dijete moći posvojiti kada se istraže sve okolnosti slučaja i utvrdi da je posvojenje u najboljem interesu djeteta.

Također, u skladu s člankom 3. u vezi s člankom 21. KPD, najbolji interesi djeteta moraju biti glavna smjernica u posvojenju. Danas načelo najboljeg interesa djeteta dio je relevantnog ordre public država, što je bilo pitanje kojim se bavio i slovenski sud u primjeru priznanja odluke stranog (američkog) suda o posvojenju djeteta od homoseksualnog para.¹⁷

Danas je najbolji interes djeteta važan kod posvajanja dijeta u nacionalnim postupcima, a još toliko više kod međunarodnih posvojenja. Međunarodno posvojenje treba da je uvijek supsidijarnog značaja. Primarni ciljevi moraju uvijek biti usmjereni prema očuvanju biološke obitelji i djetetovih roditelja. Samo ako taj primarni cilj nije moguće slijediti, međunarodno posvojenje neka bude ultima ratio. Unatoč tome, što se naglašava, da se međunarodnim posvojenjem želi djetetu omogućiti sigurnije, sretnije i bolje okruženje i obitelj za rast, ono može značiti za dijete velike geografske, jezičke, religijske, filozofske, kulturne i druge promjene.¹⁸

Po novom slovenskom uređenju sud u vanparničnom postupku, treba utvrditi je li dijete zaista pogodno za posvajanje. Primarno je treba roditeljima pomoći da eliminiraju, ako je moguće, sve razloge koji bi mogli dovesti do posvojenja, tako da dijete može održati i ostati u svom obiteljskom okruženju. Iz sudske prakse ESLP proizlazi da pojava određenih okolnosti ne može automatski dovesti do posvojenja djeteta, već da države moraju pružiti ili barem pokušati pružiti svu potrebnu pomoć djetetu i obitelji za održavanje tog odnos roditelja i djeteta. Tako npr. puko siromaštvo, loša financijska situacija, bolest roditelja ne smiju predstavljati голу osnovu za posvajanje djeteta. Posvojenje bi se moglo dogoditi samo ako se djetetova dobrobit ne može zajamčiti uz svu moguću pomoć, koju može da se toj obitelji da.

U primjeru Pini i drugi protiv Rumunjske¹⁹, ESLP je odlučio da je najbolji interes djeteta veći od interesa roditelja (posvojitelja). U odnosima koji proizlaze iz posvojenja, važno je da najbolji interesi djeteta nadmašuju najbolje interese roditelja, jer posvajanje znači da dijete dobije obitelj, a ne obitelj dijete. U primjeru Kearns protiv Francuske²⁰, ESLP slijedio je također načelo najboljeg interesa djeteta, ističući da je u najboljem interesu djeteta da uživa psihološku i pravnu stabilnost i sigurnost u novoj obitelji.

S obzirom na sve supra navedeno, jasno je da se na posvojenje gleda kao na mjeru usmjerenu na dobrobit djeteta, a ne kao u prošlosti, kada je posvojenje uglavnom bilo usmjereno na odrasle i ispunjavanje njihovih želja (iz različitih

17 Vidi *VSRS sklep II Ips 462/2009* (ECLI:SI:VSRS:2010:ILIPS.462.2009), 28.01.2010.

18 Kraljić, S. *International adoption - does corruption undermine its noble purpose?*. U: Kraljić, S. (ur.). *Corruption - a deviation or an inherent part of human society?: some legal considerations: (conference proceedings)*. Maribor: University of Maribor Press, 2017. str. 63-78.

19 *Pini i drugi protiv Rumunjske* (app. nos. 78028/01; 78030/01), 22.06.2004.

20 *Kearns protiv Francuske* (app. no. 35991/04), 10.01.2008.

razloga) iz kojih su željeli dijete...²¹ U posljednjem primjeru provedeni je bio tzv. patrijarhalni model posvojenja, jer je posvojenje prvenstveno bilo u interesu obitelji posvojitelja. U prošlosti se posvojenje provodilo prvenstveno u svrhu očuvanja i prenošenja obiteljske loze ili nasljedstva, stjecanja političke moći ili stvaranja saveza među obiteljima. Usvojene osobe obično su bili adolescenti ili odrasli koji su mogli osigurati nastavak obiteljske loze. Tek sredinom 19. stoljeća na posvojenje se počelo gledati kao na mjeru za promicanje dobrobiti djece.²² Danas je primarna svrha posvojenja osigurati poštivanje i ostvarivanje dobrobiti i koristi djeteta, što je temeljno načelo regulative o posvojenju, kako slovenske (kao i drugih nacionalnih propisa), tako i međunarodnog, a definirano je kao tzv. demokratski model posvojenja.²³

Novi slovenski OZ ne dopušta ni prenatalni pristanak ni prenatalno posvojenje djeteta. Članak 212. OZ izričito propisuje da se »može usvojiti samo dijete«. Stavak 1. članka 218. OZ jasno piše da »samo dijete može biti primljeno na posvojenje ako su roditelji pristali na posvojenje nakon rođenja djeteta«. Prenatalno posvojenje i prenatalni pristanak na posvojenje stoga nisu mogući.

Zakonodavac je dodao na spomenutu zaštitu djeteta još i zaštitu za biološke roditelje. Roditelji koji su dali pristanak za posvajanje svog djeteta nakon rođenja, ali prije nego što dijete navrši osam tjedana, to moraju ponovno potvrditi nakon osam tjedana od rođenja djeteta, inače pristanak nema pravni učinak (1. stavak članka 218. OZ). Posvojenje će biti moguće tek nakon proteka šest mjeseci od davanja pristanka (ili otkako je pristanak potvrđen), dajući roditeljima priliku da povuku svoj pristanak. Iznimno, posvojenje je moguće i prije isteka šestomjesečnog razdoblja od dana pristanka (ili potvrde pristanka), ako sud u vanparničnom postupku utvrdi da bi to bilo u korist djeteta. To će se dobiti ako je roditeljska skrb oduzeta obojici roditelja (stavak 3. članka 218. OZ) ili ako su oba roditelja mrtva. Takav aranžman pojačava načelo zaštite najboljeg interesa djeteta i u slučaju posvojenja, jer želi roditeljima omogućiti donošenje informiranih odluka o tako važnom činu.

U ovom bi slučaju prenatalno posvojenje i prenatalni pristanak bili u suprotnosti sa svrhom posvojenja, koja je definirana člankom 9. OZ, naime da je posvojenje poseban oblik dječje zaštite, a ne nasciturusa. Također, u slučaju da je moguće prenatalno posvojenje, odstupili bismo od načela da svako dijete koje je posvojeno mora pronaći najboljeg posvojitelja. Dok se dijete ne rodi, nije moguće znati koje su njegove cjelokupne redovite i posebne potrebe, što će biti glavno vodstvo u pronalaženju najboljeg posvojitelja. Istodobno, šestomjesečni rok omogućava biološkim roditeljima da se predomisle i povuku svoj pristanak i odluče da će se sami brinuti o svom djetetu. I na kraju, ali ne najmanje važno, ovaj rok također omogućava budućem posvojitelju da također odstupi od posvojenja djeteta. Stoga, da bi se posvojenje dogodilo, dijete kao osoba mora postojati biološki i pravno odnosno mora biti pravni subjekat.²⁴

21 Fenton-Glynn, C. *Adoption without consent - Update 2016*. 2016. Pridobljeno: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556940/IPOL_STU\(2016\)556940_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556940/IPOL_STU(2016)556940_EN.pdf) (18.03.2020), str. 7.

22 United Nations. *Child Adoption: Trends and Policies*. New York: United Nations, 2009, str. XV.

23 Mladenović, M. *Porodično pravo, Knjiga II: Odnosi roditelja i dece, zaštita dece bez roditeljskog staranja, starateljstvo, porodično imovinsko pravo, porodično procesno pravo*. Beograd: Privredna štampa, 1981, str. 272.

24 Kraljić, 2019b, str. 739.

4. Razmjernost i posvojenje

Intervencija u odnosu roditelja i djece također mora biti u skladu s načelom razmjernosti.²⁵ Načelo razmjernosti danas je jedno od temeljnih pravnih načela. Polazeći od načela razmjernosti, to znači da, na primjer, kad primaju svoje odluke, sudovi ne bi trebali suditi samo na temelju kriterija zakonitosti i racionalnosti, već bi također trebali uzeti u obzir načelo razmjernosti. Načelo razmjernosti ima za cilj ograničiti prekomjerno miješanje države u prava pojedinca.²⁶ Načelo razmjernosti propisuje da bi intervencija u prava djeteta trebala pružiti djetetu onoliko pomoći koliko mu zaista treba. To proizlazi i iz članka 158. slovenskog OZ koji se veže na načelo najblažje mjere. Kod odabiranja mjere, kojom treba da se zaštiti najbolji interes djeteta, postoje dva ograničenja koja treba uzeti u obzir sud kad bira mjeru: i) treba izreći mjeru kako bi se roditelji što manje ograničili u vršenju roditeljske skrbi, ako je tom mjerom moguće dovoljno zaštititi interese djeteta; ii) izreći treba mjeru koja djetetu ne oduzima roditelje, ako ta mjera može u dovoljno mjeri zaštititi djetetove interese.

Temeljna prava mogu se tako ograničiti samo radi zaštite prava drugih i u javnom interesu. Ograničenja stoga moraju biti u skladu s načelom razmjernosti, koje kaže da intervencija mora biti razmjerna i potrebna da bi se postigao cilj, ne smije se neopravdano opteretiti pojedinca i njegove posljedice moraju biti razumne.²⁷ Znači treba početi sa blagom mjerom, ako se može na taj način dovoljno zaštititi najbolji interes djeteta.

Mjere za zaštitu djeteta moraju biti proporcionalne, što se vidi i u slovenskom OZ. Irska je išla još korak dalje, jer je ugradila načelo razmjernosti čak u svoj ustav, gdje u al. 1. st. 2. članka 42.A izričito piše, da mora država kao čuvar općeg dobra, u iznimnim primjerima kada roditelji, bez obzira na bračni status ne vrše svoje obveze prema svojoj djeci, na način s kojim se može osigurati sigurnost i korist njihove djece, predviđenim mjerama sledeći načelo razmjernosti nastoji osigurati položaj roditelja, ali uvijek uz dužno poštivanje prirodnog i neprimjenjivog prava djeteta.

Načelo razmjernosti temelji se na tzv. testu proporcionalnosti, jer se želi spriječiti pretjerane intervencije, osigurati adekvatnost intervencija i osigurati da je neka mjera (npr. lišavanje roditeljskog prava) u skladu sa svojom svrhom.²⁸ Prvi element ovog načela zahtijeva da sredstva moraju biti prikladna za postizanje cilja. Uz to, pravni lijek mora biti potreban - u smislu da ne postoji blaža alternativa. Proporcionalnost u užem smislu²⁹, međutim, predviđa da je pravni lijek nedopustiv ako ima pretjerani ili nesrazmjerni učinak na prava pojedinca. Umjerenost, nužnost i razmjernost (proporcionalnost u užem smislu) su, naravno, prilično otvoreni

25 *VSC sklep Cp 506/2016* (ECLI:SI:VSCE:2016:CP.506.2016), 29.09.2016.

26 Vidi potvrdno odvojeno mišljenje sudca dr. Mateja Acceta ka odluci Ustavnog suda Republike Slovenije Up-320/14-34, U-I-5/17-13, 14.09.2017, <http://www.us-rs.si/documents/7c/7f/up-320-14-u-i-5-17-pritrdilno-lm-dr-accetto2.pdf>, 19.02.2021.

27 Emiliou, N. *The principle of proportionality in European law: a comparative study*, London: Kluwer Law International, 1996, str. 23.

28 Šturm, L. *Komentar Ustave Republike Slovenije - Splošne določbe / 2. člen / Pravna država / Ustavnosodna presoja - Splošno ustavno načelo sorazmernosti*, <https://e-kurs.si/komentar/splosno-ustavno-nacelo-sorazmernosti/> (23.12.2020).

29 Engleski *Proportionality stricto sensu*.

pojmovi, pa njihov sadržaj ovisi o vrsti materije i interesima ili pravima na koja se primjenjuje.³⁰

Dakle, u slučaju oduzimanja djeteta i po slovenskom roditeljske skrbi i posljedično posvojenja, s jedne se strane želi osigurati kontinuitet zaštite djeteta i njegovih prava i interesa. S druge strane, posvojenje je najradikalnija mjera uplitanja u roditeljska prava i obiteljski život i može biti polazna točka za kršenje prava na privatni obiteljski život (npr. članak 8. EKLP³¹). Stoga test proporcionalnosti mora odgovoriti da postoji:

a) za posvojenje, pravni temelj intervencije - oduzimanje roditeljske skrbi mora biti utvrđeno zakonom;

b) legitimitet ciljeva kojima se zahtijeva intervencija – oduzimanje roditeljske skrbi i, sukladno tome, na primjer, stavljanje djeteta u posvojenje teži legitimnim ciljevima (zaštita najboljeg interesa djeteta) koji se ne mogu postići drugim blažim mjerama (prikladnost mjere);

c) potreba za intervencijom u demokratskom društvu - mjera oduzimanja roditeljske skrbi nužno je u demokratskom društvu.³²

Sadržaj članka 9. KPD definira obvezu država stranaka da osiguraju i zaštite dijete da ne bude odvojeno od svojih roditelja protiv njihove volje, osim ako je takvo razdvajanje potrebno u korist djeteta. Iako je takva odvojenost u korist djeteta, ona mora biti u skladu s važećim zakonom (slovenski OZ) i o njoj mora odlučiti nadležno tijelo u sudskom postupku (slovenski Zakon o vanparničnom postupku (dalje u radu: ZVP-1)³³). Posvojenje je stoga nužna mjera koja će se koristiti samo ako djetetu nije moguće pružiti zaštitu drugom, blažom mjerom koja manje narušava odnos djeteta i roditelja.

Pritom se mora poštivati dvostruko načelo najboljeg interesa djeteta. Naime, ako roditelji kao primarni nositelji roditeljskog prava nisu u mogućnosti pružiti roditeljsku zaštitu zbog nastanka raznih okolnosti, dijete će biti oduzeto roditeljima i time, naravno, isključeno iz obitelji. Stoga je svrha posvojenja pružiti ili osigurati dvostruku zaštitu djetetovih interesa. Prvo u primjeru isključenja iz obitelji, a time i odvojenosti od roditelja, a zatim posvajanjem (usp. članak 7. OZ i članak 3. KPD).³⁴

Odvajanje djeteta i roditelja, kao i posvajanje djeteta, moraju biti u najboljem interesu djeteta. Stoga je država također obvezna donijeti odgovarajuće zakone koji će osigurati pravne mehanizme koji djeci pružaju odgovarajuću pravnu zaštitu u tako

30 Taskovska, D., *Proportionality as a General Principle of Law* (Its Articulation in Legal Theory and Comparative Public Law), doktorska disertacija, Ljubljana, 2000, str. 69; glej Odločbo št. U-I-18/02 z dne 24.10.2003; Odločba Up-75/95 z dne 07.07.1995, 25. tč. obr.

31 Vidi članak 8. EKLP (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života): »1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja. 2. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.«

32 Kraljić, 2019b, str. 381; također vidi Jadek Pensa, D. Nepravdni in izvršilni postopki v ustavnosodni presoji, *Podjetje in delo* 6-7, 2018, str. 1295.

33 Zakon o nepravdnem postopku (Zakon o vanparničnom postopku – ZVP-1): Uradni list RS, št. 16/19.

34 Kraljić, S. & Križnik, A. *Pravni izzivi skrbništva*. Maribor: WD Založba, 2021, str. 111.

osjetljivim situacijama.³⁵ Posvojenje bi trebalo biti mjera ultima ratio, jer Slovenija dopušta samo potpuno posvojenje (lat. adoptio plena), što znači da su s jedne strane prekinute sve pravne veze između djeteta i njegovih bioloških roditelja. S druge strane, stvara cjelovit odnos između djeteta i posvojitelja, u kojem posvojitelj stječe roditeljsko pravo, što uključuje sva prava i obveze koja postoje između bioloških roditelja i djece.

Načelo razmjernosti također je bilo presudno u predmetu Wallová i Walla protiv Češke Republike.³⁶ ESLP smatrao je da unatoč nepravilnostima u vršenju roditeljske skrbi određena mjera bila nerazmjerna te da postoji mogućnost da blaža mjera dovede do poboljšanja situacije neadekvatne roditeljske skrbi i vjerojatnosti da je ipak najbolje da dijete ostane u obiteljskom okruženju. Neposredno odvajanje djece od roditelja i smještaj u udomiteljsku obitelj zbog neprikladnih životnih uvjeta ne mogu se smatrati odgovarajućom mjerom ukoliko država prethodno nije pokušala eliminirati neprikladne životne uvjete za djecu drugim alternativnim i manje drastičnim mjerama. S obzirom na načelo najblaže mjere, također prema slovenskoj OZ, prilikom odabira mjere zaštite najboljeg interesa djeteta moraju se uzeti u obzir dva ograničenja, naime mjera koja će roditelje ograničiti na najmanje u pružanju njihove roditeljske skrbi ako se takvom mjerom može postići odgovarajuće osiguranje djetetovih koristi i prava.

ESLP je izjavio da utvrđivanje najboljeg interesa djeteta i procjena ukupne razmjernosti bilo koje mjere zahtijevaju od nacionalnih sudova da uzmu u obzir različite i brojne okolnosti. U primjeru Y.C. protiv Ujedinjenog Kraljevstva³⁷, ESLP priznao je da nikada nije dostavio iscrpan popis takvih čimbenika, odnosno koji mogu varirati ovisno o okolnostima slučaja. U tom konkretnom primjeru (pitanje se odnosilo na posvajanje djeteta) domaći je sud morao pokazati da je, inter alia, uzeo u obzir djetetovu dob i zrelost te utvrdio djetetove želje, vjerojatni učinak na dijete u vezi prestanka odnosa sa njegovom izvornom obitelji i odnosa djeteta s rodbinom u nastojanju da se utvrdi najbolji interes djeteta kao i da se procijeni neophodnost mjere posvojenja.

ESLP se također pozabavio pitanjem proporcionalnosti u slučaju Godelli protiv Italije³⁸, gdje je došlo do sukoba između interesa djeteta-posvojenika i njegovog prava da zna svoje porijeklo i njegove biološke majke da ostane anonimna. ESLP potvrdio je kršenje članka 8. EKLP, jer talijanske vlasti nisu osigurale ravnotežu i razmjernost između djetetovog interesa da zna svoje porijeklo i prava biološke majke da ostane anonimna. Prednost je imala majka, jer je talijanski zakon dopuštao ženama anonimno rađati kako bi se spriječili ilegalni pobačaji, napustilo dijete u opasnim okolnostima i pružila odgovarajuća medicinska skrb tijekom poroda. S druge strane, dijete nije smjelo tražiti podatke o svojim precima niti otkrivati svoj identitet bez pristanka biološke majke.

Pitanjem priznavanja strane sudske odluke o posvajanju djeteta koje su posvojili istospolni partneri u inozemstvu Vrhovni sud Republike Slovenije (dalje u radu: VSRS) se bavio 2010. Podnositelji zahtjeva bili su državljani Republike Slovenije i

35 Kraljić & Križnik, 2021, str. 112.

36 Wallová i Walla protiv Češke republike (app. no. 23848/04), 26.10.2006.

37 Y.C. protiv UK (app. no. 4547/10), 04.09.2014.

38 Godelli protiv Italije (app. no. 33783/09), 25.09.2012.

SAD koji su registrirali svoje istospolno partnerstvo u New Jerseyu. Godine 2006. usvojili su djevojčicu nakon presude Visokog suda u New Jerseyu. Bilo je to potpuno posvojenje (adoption plena). Posvojitelji, istospolni partneri, željeli su priznati sudsku odluku o posvojenju djevojčice (američke državljanke) u Republici Sloveniji, jer je jedan od njih bio državljanin Republike Slovenije. Vrhovno državno tužiteljstvo Republike Slovenije podnijelo je zahtjev za zaštitu zakonitosti. Naime, postavilo se pitanje jesu li učinci priznanja strane sudske odluke o posvajanju u suprotnosti sa slovenskim javnim poredkom ili su ugroženi moralni principi, temeljna pravna načela ili ekonomski i politički interes Republike Slovenije. VSRS je utvrdio da zahtjev za zaštitu zakonitosti nije potkrijepljen, budući da prvostupanjski sud nije donio odluku o posvajanju djeteta od strane dva istospolna partnera, već samo o priznanju konačne strane sudske odluke o posvojenju. Nadalje, VSRS je zauzeo stav da je iznad slovenskog javnog poredka tzv. međunarodni javni poredak, jer je Republika Slovenija članica Europske unije i Vijeća Europe. Slijedom toga, slovenski međunarodni javni poredak također uključuje javni poredak čiji je izvor pravo tih institucija (tzv. europski javni poredak). Stoga je u okviru nacionalne javne politike također je potrebno zaštititi one elemente koji proizlaze iz europskih pravnih izvora. Slovenski sud tako mora odbiti priznanje strane sudske odluke, a iako nije u suprotnosti sa slovenskim javnim poredkom, u suprotnosti je sa zajedničkim vrijednostima. Međutim, slovenski sud više ne može odbiti priznati presudu stranog suda, čak i ako je u suprotnosti sa slovenskim javnim poredkom ako to odbijanje ne bi bilo opravdano ili proporcionalno s "europskog gledišta".³⁹

Pitanjem koristi za dijete u postupku posvojenja bavio se ESLP i u primjeru A. H. i drugi protiv Rusije.⁴⁰ Između 2010. i 2012. američki podnositelji zahtjeva započeli su postupak za uposvojenje djece iz Rusije. Mnoga potencijalna djeca za posvajanje imala su ozbiljne zdravstvene probleme (npr. Downov sindrom, razvojne probleme i tjelesne bolesti) i bila im je potrebna posebna medicinska njega. U mnogim su slučajevima američki podnositelji zahtjeva već dobili pozitivne odluke od ruskih vlasti o njihovoj podobnosti da postanu posvojitelji. Do kraja 2012. većina američkih podnositelja zahtjeva već je ispunila sve potrebne pretpostavke postupka posvojenja. Uslijedio bi sudski postupak. No, 21. prosinca 2012. ruska je Duma donijela savezni zakon br. 272-FZ, koji je, između ostalih odredbi, također zabranjivao posvajanje ruske djece od strane američkih državljanina. Zakon je stupio na snagu 1. siječnja 2013. Time su okončani svi postupci u kojima nije bila još donesena odluka o posvojenju. Kao rezultat toga, na ESLP prijavo je podnijelo 45 američkih državljana u njihovo ime i u ime 27 ruske djece. Krajem 2012. godine američki su građani bili u završnoj fazi procesa posvajanja djece, od kojih su mnogi imali posebne medicinske potrebe. Nakon usvajanja novog zakona, postupak posvajanja djece je bio obustavljen. Naveli su kršenje prava na obiteljski život jer su već uspostavili vezu s djecom, a nadalje da su bili diskriminirani i da su djeca zlostavljana jer im je onemogućena pružanje specijalističke medicinske skrbi u SAD. ESLP je potvrdio da zabrana posvojenja predstavlja kršenje članka 14. u

³⁹ Tako VSRS sklep II Ips 462/2009 (ECLI:SI:VSRS:2010:II.IPS.462.2009), 28.01.2010.

⁴⁰ A. H. i drugi protiv Rusije (app. nos. 6033/13, 8927/13, 10549/13, 12275/13, 23890/13, 26309/13, 27161/13, 29197/13, 32224/13, 32331/13, 32351/13, 32368/13, 37173/13, 38490/13, 42340/13 in 42403/13), 17.01.2017.

vezi s člankom 8. EKLP, jer je bazirala samo državljanstvu budućih posvojitelja, kao američkih državljanina. Takva je zabrana nesrazmjerna ciljevima ruske vlade, budući da je bila retroaktivna, univerzalna i primjenjivala se bez obzira na status postupka i pojedinačne okolnosti. Međutim, ESLP je dio zahtjeva koji se odnosi na zlostavljanje proglasio neprihvatljivim, jer su sva djeca u Rusiji dobila odgovarajuću medicinsku skrb.

U primerjeru A.K. i L. protiv Hrvatske,⁴¹ ESLP potvrdio je također kršenje članka 8. EKLP jer je dijete majke s dijagnozom lakše mentalne poteškoće stavljeno na posvajanje bez njezinog znanja, pristanka i sudjelovanja u postupku posvojenja.

Dmitrij Ryabov protiv Rusije⁴² - podnositelj zahtjeva tvrdio je da je povrijeđeno pravo na obiteljski život, budući da mu je sud ograničio roditeljsku skrb s obrazloženjem da je opasan za svog sina zbog patnje od šizofrenije. Dijete je smješteno na skrb i odgoj kod roditelja njegove preminule supruge. ESLP nije potvrdio navodnu povredu jer je smatrao da su izrečene mjere razmjerne i u skladu s nacionalnim zakonom. Uvedenim mjerama (ograničenje roditeljske skrbi i kontakata) imali su pravni cilj osigurati zaštitu zdravlja, prava i sloboda djeteta te su definirani kao nužni u demokratskom društvu.

U primjeru R. M. S. protiv Španjolske⁴³ majci je oduzeto dijete u dobi od tri godine i deset mjeseci i smješteno u ustanovu. Kasnije čak i u udomiteljstvo u svrhu posvojenja. Majka se sama obratila španjolskom centru za socijalni rad za pomoć jer je bila u financijskoj nevolji. Međutim, centar za socijalni rad odlučio je da je dijete zanemareno i smjestio ga u ustanovu, što je rezultiralo emocionalnom otuđenošću majke i djeteta. ESLP je utvrdio kršenje članka 8. EKLP i kritizirao odluku španjolskog centra za socijalni rad. Naglasio je da se majka suočava s financijskim poteškoćama i da bi nacionalne vlasti trebale pomognuti u takvim situacijama, a ne prekidati obiteljske veze između majke i djeteta. Takva je mjera dopuštena kao krajnje sredstvo u najozbiljnijim slučajevima. Uloga centra za socijalni rad je da pomogne osobama koje se nađu u takvim odnosima. ESLP je odbijanje kontakta između majke i djeteta opisao kao posljedicu neadekvatnih upravnih i sudskih postupaka. Izrečene mjere moraju biti privremene prirode i moraju prestati čim okolnosti dozvole povratak djeteta biološkom roditelju. ESLP je zaključio da je oduzimanje djeteta majki isključivo zbog financijskih poteškoća pretjerano ometanje roditeljske skrbi, da nije proporcionalno i nije u skladu s demokratskim načelima. Španjolske nacionalne vlasti (centar za socijalni rad i sud) nisu osigurale odgovarajuće i učinkovite napore kako bi osigurale pravo tužiteljice da živi sa svojim djetetom i kao rezultat toga povrijeđeno je njezino pravo na privatni i obiteljski život.

ESLP je naglasio, da dijete može biti udaljeno iz svoje obitelji samo ako je to 'potrebno'. Država tako ima pozitivno obavezu da održi obitelj na okupu. Jednostrano i apsolutističko razumijevanje koncepta načela najboljeg interesa djeteta je neznanje potrebe da se ovaj pojam skladno tumači s drugim temeljnim pravima. Apsolutizam u djetetovom interesu može lako postati administrativni formalizam iz službi za zaštitu djece, formalizam koji se zauzvrat brzo izrodio pod okriljem navodne paternalističke

41 A. K. in L. protiv Hrvatske (app. no. 37956/11), 8.01.2013.

42 Dmitriy Ryabov protiv Rusije (app. no. 33774/08), 1.08.2013.

43 R. M. S. protiv Španjolske (app. no. 28775/12), 18.06.2013.

dobrohotnosti države. Povijest zlostavljanja i diskriminacije djece priča je o javnim i privatnim uslugama koje pružaju „spasitelji“. Da se ova povijest ne bi ponovila, od iznimne je važnosti da službe za zaštitu djece u potpunosti poštuju ljudska prava svih, uključujući i roditelje, čak i kad su brižni ljudi uvjereni da služe samo najboljem interesu djece.⁴⁴

5. Zaključak

Država je dužna da osigura, da može svako djeteta živjeti sa svojim roditeljima te uživati pravo na obiteljski život. Ali kad to nije u najboljem interesu djeteta, država je dužna da se pobrine za djecu, koja iz različitih razloga ne mogu živjeti (više) s svojim roditeljima. Posvojenje je mjera koja treba primarno da služi djeci, a ne potencijalnim posvojiteljima. Zbog toga mora država slijediti uvijek pa tako još pogotovo kod posvojenja, načelu razmjernosti. Intervencija u obiteljski život odnosno u obiteljske odnose između roditelja i djece treba biti takva, da osigura u najveći mjeri djetetovo korist i prava, a na drugoj strani neka se s njom što manje intervenira u te odnose. Pošto posvojenje znači najveću moguću intervenciju, jer dolazi s njim do prekida obiteljskih vezi između djeteta u roditelja, treba da je posvojenje stvarno ona mjera koja dolazi na red samo u primjerima kada nije možno osigurati najbolju korist djeteta sa drugom blažom mjerom. ESLP je u mnogim značajnim slučajevima izričito naglasio važnost posvojenja za djecu za koje roditelji iz različitih razloga ne mogu ili ne smiju da brinu. Međutim, također je naglasio da usvajanje djeteta ne bi trebalo predstavljati automatizam i pri temu slijepo provoditi ideju da je to u najboljem interesu djeteta. ESLP utvrdio je da je mjera posvojenja često preuranjena i nesrazmjerna te da država nije učinila sve da pomogne obitelji, čime djetetu nije bilo omogućeno da ostane u svojoj obitelji. To je uočljivo i u slovenskoj praksi, jer sudovi, slijedeći praksu ESLP, vrlo rijetko odlučuju o posvajanju kao ultima ratio mjeri. Kako bi osigurali zaštitu dječjih prava i koristi, slovenski sudovi pribjegavaju blažim mjerama (npr. udomiteljstvo, smještaj u ustanovu). Stoga možemo zaključiti da je razmjernost na odgovarajući način uključena u sudsku praksu i odlučivanje, što nas vodi do zaključka da su odluke ESLP u Sloveniji pale na plodno tlo.

44 Soares de Melo protiv Portugala (app. no. 72850/14), 16.02.2016.

Suzana Kraljić, Ph. D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Maribor

Katja Drnovšek, LLB, Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Maribor

SAFEGUARDING THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN ADOPTION AND THE IMPACT OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Summary: Children are a vulnerable population group that enjoys special legal protection. Nowadays, the child's best interests represent a fundamental principle of family law that should be respected in horizontal and vertical relationships in which children appear as legal subjects. The content of the principle of the child's best interests is a legal standard, which should be met by the court (or other body) in each case. Its content is impossible to define in advance because, in each case, it depends on many subjective and objective circumstances. The principle of the child's best interests plays a significant role in adoption since this measure terminates the relationship between the child and his or her biological parents. Therefore, when deciding on adoption, the courts should also pay special attention to the principle of proportionality. The court in non-litigious proceedings is obliged to perform the so-called proportionality test. The court will determine whether the child's adoption is justified or whether other less invasive measures can be imposed that would let the child remain in his or her biological family.

Keywords: child's rights, legal standard, discretion, proportionality test, non-contentious procedure