

IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN

APLICAREA PRINCIPIULUI INTERESULUI SUPERIOR AL COPILULUI DE CĂTRE CURTEA CONSTITUȚIONALĂ A AFRICII DE SUD ÎN CADRUL LUĂRII MĂSURII CONFISCĂRII UNUI IMOBIL CU DESTINAȚIE DE LOCUINȚĂ CE A SERUIT LA SĂVÂRȘIREA UNOR INFRAȚIUNI DE CĂTRE PĂRINȚII UNOR MINORI: O DISCUȚIE A CAZULUI VAN DER BURG AND ANOTHER V NATIONAL DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS AND ANOTHER 2012 (2) SACR 331 (CC)

Meda COUZENS*

Abstract: The best interests of the child in the view of the South African Constitutional Court.
In Van der Burg and Another v National Director of Public Prosecutions and Another 2012 (2) SACR 331 (CC), the South African Constitutional Court applied the best interests of the child provision provided for in the South African Constitution in deciding on the forfeiture of an imobil used by the parents of three minor children for illegally selling alcohol. This case shows the powerful impact of the best interests of the child when applied in areas of law which are not directly connected with the protection of the child. Much of the strength of this constitutional principle comes from the generous approach taken by the courts to its interpretation. This gives the South African constitutional jurisprudence a child-friendly imprimatur, which deserves to be emulated. The present note contains a summary and a brief analysis of the decision in its aspects relevant to the application by the Court of the best interests of the child. In the conclusions, the author prompts Romanian jurists to explore a few aspects pertaining to the judicial application of the best interests of the child principle, with a view to stimulating its jurisprudential development in Romania

1 Introducere

O notă de caz anterioară¹ prezenta decizia *S v M* (Centre for Child Law as *Amicus Curiae*)² (*S v M*) a Curții Constituționale a Africii de Sud, în care această instanță a decis că interesul superior al copilului este un factor ce trebuie luat în considerare la individualizarea pedepsei inculpatului ce are în îngrijire copii minori. În acea decizie, Curtea a analizat în detaliu aplicarea principiului interesului superior al copilului de către instanțe, și rolul acestuia în aplicarea legii de către instanțe³. Cazul este important din câteva privințe. Fără a intra în detalii, merită amintit că Curtea a decis, cu valoare generală, că instanțele au obligația de a lua în considerare interesul superior al copilului în toate deciziile care îi privesc pe copii, și să acorde acestui interes valoarea importantă pe care acesta o merită⁴. Reiese clar din hotărârea Curții că acordarea unei atenții primordiale interesului superior

al copilului nu înseamnă că interesul acestuia va prevala în toate litigiile. Instanțele au însă obligația de a lua în considerare interesul superior al copilului, de a stabili cu ce interese sau drepturi acesta vine în conflict și de a cântări aceste conflicte contradictorii, urmând a da importanța cuvenită interesului superior al copilului⁵. În *S v M* instanța a luat în considerare interesul superior al copilului într-un litigiu care nu îi implica în mod nemijlocit pe copii, deși îi privea în sensul secțiunii 28(2) a Constituției Republicii Africii de Sud⁶. Curtea a hotărât în acest sens întrucât interesele copiilor puteau fi serios afectate în cazul în care instanța ar fi decis să impună o pedeapsă cu privarea de libertate a părintelui ce asigură creșterea și îngrijirea zilnică a copiilor. Mai departe, instanța a decis că interesele și drepturile copiilor trebuie analizate și evaluate în mod independent de cele ale părinților, și că minorii nu trebuie să suporte urmările faptelor comise de părinți⁷. Drept consecință, atunci când intervenția coercitivă a statului poate rezulta într-o rupere inevitabilă a vieții de familie și privarea de grija părinților, statul are obligația de a atenua consecințele negative ale intervenției sale în privința copiilor⁸.

Această decizie a exercitat o influență majoră în jurisprudența sud-africană. Prezenta notă conține o discuție a cazului *Van der Burg and Another v National Director of Public Prosecutions and Another* 2012 (2) SACR 331 (CC) (*Van der Burg*)⁹, caz în care impactul deciziei din *S v M* este pe deplin resimțit. În acest caz, instanțele s-au confruntat din nou cu aplicarea principiului interesului superior al copilului în cazul unor măsuri coercitive împotriva părinților. Acest caz ilustrează consecințele pozitive ale interpretării generoase a conținutului juridic al principiului, forța sa juridică și potențialul său de a impulsiona dezvoltarea unei jurisprudențe care să aibă în centrul său interesele copilului. Deși hotărârea instanței conține o analiză detaliată a legislației penale aplicabile în acest caz, această notă se va concentra numai pe aspectele privind situația minorilor, respectiv sfera de aplicare a interesului superior al copilului, aspectele procedurale ale invocării acestuia și administrarea materialului probator pe baza căruia acesta se stabilește. Considerăm că aceste aspecte sunt demne de atenție întrucât pot oferi juriștilor români surse de inspirație pentru dezvoltarea în continuare a acestui principiu elusiv, dar care încapsulează dorința legiuitorului de a oferi o protecție specială drepturilor și intereselor copiilor. Deși cele două sisteme de drept - roman și sud-african - aparțin unor tradiții juridice diferite, ele au în comun ratificarea Convenției ONU cu privire la drepturile copilului, 1989, care consacră principiul interesului superior al copilului¹⁰, și traspunerea expresă în legea națională a acestui principiu¹¹.

Articolul debutează cu o scurtă expunere a cazului și a raționamentului juridic al instanței în privința drepturilor copilului, urmate de o analiză mai detaliată a modului în care instanța a aplicat principiul interesului superior al copilului. În partea a patra vom discuta câteva aspecte ale hotărârii, care ridică probleme de drept legate de sfera de aplicare și forța juridică ale principiului interesului superior al copilului. Concluziile notei ridică câteva aspecte asupra cărora, după părerea noastră, practicienii și cercetătorii români interesați de drepturile copilului merită să reflecte în vederea dezvoltării jurisprudențiale a drepturilor copilului, și în special a conținutului legal al principiului interesului superior al copilului.

2 Scurt rezumat al stării de fapt

Din anul 2000 până în 2008, apelanții, părinți a trei copii minori, au vândut ilegal alcool la locuința care constituia reședința familiei. Locuința servea și drept local pentru consumarea băuturilor alcoolice de către clienții apelanților. În pofida avertismentelor repetate și a altor măsuri luate de către organele de aplicare a legii¹², apelanții nu au încetat săvârșirea activității ilicite. Având în vedere că măsurile luate nu au dat rezultate, procurorii au cerut instanței confiscarea locuinței familiei, cerere soluționată favorabil de către instanța de fond. Apelanții au formulat apel împotriva hotărârii la Curtea Constituțională. În motivele de apel, apelanții au susținut ca legislația în baza căreia s-a dispus confiscarea nu era aplicabilă în speță și că măsura confiscării nu a fost proporțională cu fapta comisă¹³.

Centrul pentru Drepturile Copilului (the Centre for Child Law) al Universității din Pretoria a fost admis ca *amicus curiae* de către Curtea Constituțională și a ridicat problema luării în considerare a interesului superior al copiilor în dispunerea confiscării locuinței familiei. Era pentru prima dată în cursul litigiului când interesul superior al copilului era invocat în fața instanțelor¹⁴. *Amicus* a indicat că secțiunea 28(2) din Constituția Republicii Africii de Sud, 1996 (Constituția), așa cum aceasta a fost interpretată în *S v M*, creează o obligație pentru instanțe de a lua în considerare interesele copiilor în toate deciziile care îi privesc, și că o aplicare adecvată a secțiunii de mai sus impunea numirea unui curator *ad litem* care să prezinte instanței informații despre situația copiilor și felul în care aceștia ar putea fi afectați de hotărârea de confiscare a locuinței¹⁵. Conform argumentului prezentat de *amicus*, în absența numirii unui curator, instanța de fond nu a respectat obligațiile de mai sus neavând suficiente informații despre impactul confiscării locuinței asupra copiilor.

Curtea a respins apelul, considerând că locuința a fost instrumentală în săvârșirea activității ilicite, și că măsura confiscării a fost justificată de gravitatea faptelor și de refuzul repetat al apelanților de a sista săvârșirea activității ilegale. În privința intereselor minorilor afectați de confiscarea locuinței, instanța nu a împărțit argumentele prezentate de *amicus*. În acest sens, a decis că instanța de fond a luat în considerare interesele copiilor în dispunerea confiscării, chiar și în absența unui curator *ad litem*. Raționamentul juridic al instanței în privința aplicării principiului interesului superior al copilului este prezentat mai jos.

3 Raționamentul juridic al instanței în privința aplicării principiului interesului superior al copilului

Instanța a reamintit poziția sa exprimată în *S v M* în sensul că secțiunea 28(2) a Constituției cere ca atunci când legea este aplicată cu efect coercitiv instanțele trebuie să acorde atenția cuvenită intereselor copiilor¹⁶. În cazul în care copiii apelanților vor fi afectați de confiscarea locuinței, instanța trebuie să le ia în considerare interesele atunci când decide măsura confiscării¹⁷. Din cauza vulnerabilității copiilor, "nevoile lor și impactul social și economic al circumstanțelor concrete diferă în intensitate față de efectul aceluiași circumstanțe asupra adulților și merită atenție separată și explicită"¹⁸.

În consecință, instanța a decis să se aplece asupra următoarelor aspecte: cine trebuie să invoce interesele minorilor afectați de măsura confiscării (părinții, procurorii

sau instanța); dacă interesele copiilor trebuie luate în considerare atunci când instanța evaluează proporționalitatea măsurii confiscării; și dacă în cazul de față se impunea numirea unui curator *ad litem* care să evalueze situația minorilor înainte de luarea deciziei de a confisca și care să asigure reprezentarea legală separată a intereselor copiilor¹⁹.

În privința invocării principiului interesului superior al copilului, Curtea a precizat că deși este de așteptat ca părinții să invoce interesele minorilor, instanțele au obligația de a lua în considerare interesele acestora chiar atunci când părinții nu le-au invocat²⁰. În virtutea prevederilor constituționale, instanțele au obligația de a respecta drepturile copiilor, și să dea atenție primordială interesului lor superior, în toate litigiile care îi afectează, inclusiv în cazul confiscării unui imobil care constituie locuința acestora²¹. Procurorii trebuie să asiste instanța cu toate informațiile relevante pe care le au la dispoziție²². Conform instanței, “omisiunea părinților de a sublinia interesele copiilor lor, sau posibila manipulare a situației copiilor pentru a servi obiectivelor părinților, nu poate fi ținută împotriva copiilor”²³.

În privința acordării unei importanțe primordiale interesului superior al copilului în evaluarea proporționalității măsurii confiscării, instanța a decis că posibilitatea părinților și a copiilor de a rămâne fără locuință ca urmare a confiscării este un factor ce trebuie luat în considerare la stabilirea proporționalității măsurii confiscării²⁴. În acest caz, datorită faptului că apelanții aveau și alte surse de venit în afara vânzării ilicite de alcool, nu exista riscul ca părinții să nu poată asigura o locuință copiilor²⁵. În continuare, instanța a mai arătat că interesele copiilor nu sunt doar un factor în analiza de proporționalitate, ci ele trebuie să fie analizate și separat întrucât ar putea impune luarea unor măsuri distincte și independente de măsura confiscării²⁶. În acest sens, instanța și-a exprimat îngrijorarea cu privire la efectul asupra copiilor a activității ilegale a părinților (expunerea prelungită la consumul excesiv de alcool și a comportamentului pe care acesta îl creează)²⁷. În opinia Curții, copiii apelanților “trăiesc în și sunt expuși unor circumstanțe care pot afecta serios bunăstarea lor fizică, mentală și socială”²⁸. Conform secțiunii 150 a Actului Copiilor 38 din 2005 (Children’s Act 38 of 2005), aceasta este una dintre situațiile în care copiii ar putea avea nevoie de ocrotirea statului²⁹. Secțiunea 47(1) a aceluiași act cere instanțelor de orice natură și în cursul oricărui litigiu să dispună efectuarea unei anchete sociale în privința minorilor în cazul în care instanțele constată că sunt indicii că minorii ar putea avea nevoie de ocrotirea statului³⁰. În baza prevederii de mai sus, instanța a considerat că are îndatorirea de a cere întocmirea unei anchete sociale care să stabilească dacă minorii au nevoie de ocrotirea statului³¹.

Ultima chestiune de drept pe care instanța a trebuit să o decidă în privința copiilor a fost necesitatea numirii unui curator *ad litem*. Instanța a subliniat că în acest caz deși interesele copiilor și ale părinților erau similare (copiii și părinții aveau interesul de a păstra casa ce a constituit locuința familială), existau și interese potențial conflictuale, ca de exemplu faptul că îngrijirea acordată de părinți în speță părea a nu fi în interesul copiilor³². Pentru a stabili dacă minorii aveau nevoie de asistență juridică separată, instanța a hotărât că numirea unui curator *ad litem* va fi excepțională, și se va face dacă instanța de fond nu are suficiente date pentru a permite evaluarea situației și a intereselor minorilor, sau dacă datele existente nu sunt adecvate³³. Pentru ca aceste condiții nu au fost îndeplinite, instanța nu a considerat necesară numirea unui curator în acest caz.

4 Analiza raționamentului juridic al instanței

Câteva aspecte ale deciziei în cazul *Van der Burg* ar putea prezenta interes pentru juriștii români, respectiv sfera de aplicare a principiului interesului superior al copilului, invocarea acestui principiu în cadrul procesual, informațiile pe baza cărora se stabilește interesul superior al copilului și prezentarea acestor informații instanței.

4.1. Sfera de aplicare a principiului interesului superior al copilului

La fel ca și în *S v M*, în *Van der Burg* interesul superior al copilului a fost luat în considerare de către instanță într-un litigiu care nu îi privea în mod direct pe copii, dar al cărui rezultat ar fi putut, fără îndoială, să îi afecteze. Această aplicare a fost posibilă datorită statutului constituțional al principiului și a faptului că în virtutea secțiunii 8(1) a Constituției,³⁴ instanțele, la fel ca și organele legislative sau executive, au obligația de a promova și proteja drepturile omului, inclusiv pe cele ale copilului³⁵. În continuare, această aplicare a fost facilitată de formularea generoasă a secțiunii 28(2) a Constituției, care cere ca interesului superior al copilului să i se acorde importanță primordială în orice decizie care îi privesc pe copii. Instanțele au luat act de faptul că deciziile care îi afectează pe copii nu se limitează doar la dreptul familiei sau ocrotirea copilului, decizând așadar să țină cont de interesul superior al copilului inclusiv în litigii din ramuri de drept care nu au ca scop principal protejarea intereselor copilului sau a drepturilor sale. În *S v M* instanța a remarcat că generalitatea secțiunii 28(2) a Constituției creează pericolul extinderii excesive a aplicării interesului superior al copilului, întrucât puține decizii nu au vreun impact asupra copiilor³⁶. Nici în *S v M* și nici în *Van der Burg* instanța nu a elaborat criterii generale pe baza cărora să se stabilească în ce decizii interesul superior al copilului trebuie luat în considerare și în ce decizii aplicarea acestuia nu se impune. Cert este că în *Van der Burg* instanța a hotărât că interesul superior al copilului – acela de a păstra locuința unde se desfășoară viața sa de familie - trebuie luat în considerare la luarea măsurii confiscării imobilului cu destinație de locuință ce a folosit la comiterea unei activități ilicite de către părinți.

Din punctul de vedere al aplicării judiciare a principiului interesului superior al copilului, jurisprudența sud-africană este un model de bune practici. Printre altele, instanțele au fost dispuse să constate că drepturile sau interesele minorilor sunt afectate nu numai de decizii care îi privesc evident, direct și exclusiv dar și în situații în care impactul asupra intereselor copiilor este mai puțin evident, însă la fel de important. Alături de *S v M* și *Van der Burg*, un alt exemplu ar putea clarifica afirmația de mai sus. În *Allpay Consolidated Investment Holdings (Pty) Ltd and Others v Chief Executive Officer of the South African Social Security Agency and Others*³⁷ (*AllPay*), o societate comercială a susținut că licitația pentru achiziții publice care avea ca obiect efectuarea plății de ajutoare sociale către beneficiari s-a derulat ilegal, motiv pentru care a solicitat anularea sa. Plata acestor ajutoare sociale includea plata de alocații de stat pentru copiii din familiile foarte sărace, precum și granturi de tip *foster*. Conform argumentelor prezentate de *amicus* (the Centre for Child Law) mai mult de zece milioane de copii ar fi putut fi serios afectați dacă contractul de achiziții publice ar fi fost anulat³⁸. Consecința anulării contractului ar fi fost întârzierea plății unor sume esențiale pentru

famiile sărace, care le permitea acestora asigurarea necesităților zilnice pentru copiii aflați în întreținere. Instanța de fond a constatat ilegalitatea procesului de achiziții publice, dar invocând, printre altele, interesul superior al copilului din secțiunea 28(2) a Constituției, a menținut contractul de achiziții publice, considerând ca anularea acestuia ar avea consecințe dezastruoase asupra beneficiarilor ajutorului de stat, deci inclusiv a copiilor. Deși decizia nu este la adăpost de orice critică (în prezent cauza fiind pe rolul Curții Constituționale pentru judecarea apelului) ea ilustrează disponibilitatea instanțelor de a lua în considerare impactul deciziilor lor, prin prisma interesului superior al copilului.

Spre deosebire de *S v M*, în *Van der Burg* interesul societății în prevenirea săvârșirii de infracțiuni a prevalat asupra intereselor copiilor afectați de litigiu. Se observă că deși instanța nu a dat prioritate absolută intereselor copiilor, a luat aceste interese în considerare, aplecându-se asupra modului în care copiii ar putea fi afectați de confiscarea locuinței. În fapt, în cauza *Van der Burg*, instanța nu a fost nevoită să soluționeze un conflict dificil între interesele copiilor și cele ale societății întrucât părinții aveau mijloace financiare care să le permită asigurarea locuinței copiilor. Instanța a confirmat așadar jurisprudența sa anterioară conform căreia părinții sunt primii responsabili pentru asigurarea celor necesare traiului copiilor lor³⁹, statul având doar o obligație subsidiară, de garanție⁴⁰. Mai dificilă ar fi fost situația în care părinții nu ar fi putut asigura o altă locuință copiilor. Deși legea sud-africană prevede diverse mijloace de ajutor pentru copiii ai căror părinți nu au venituri sau au venituri foarte mici, de cele mai multe ori, și mai ales în mediul urban, un asemenea ajutor este insuficient pentru asigurarea unei locuințe⁴¹. Desigur, există alternativa luării copiilor în grija statului, însă oportunitatea plasării acestora în îngrijire alternativă ar putea fi chestionată, în condițiile în care ambii părinți sunt capabili și doresc să-și îngrijească copiii⁴². Ar fi necesar ca în aceste condiții, serviciile de protecție socială să ia măsuri urgente care să răspundă situației de criză în care se afla familia, urmând ca apoi o soluție de lungă durată să se găsească împreună cu membrii familiei.

Efectul confiscării locuinței este ieșirea acesteia din patrimoniul părinților și deci din folosința familiei. Se poate pune deci întrebarea în ce măsură trebuie avut în vedere interesul superior al copilului și în alte situații în care un bun însemnat iese forțat din patrimonial familial, cu posibile consecințe negative grave asupra copiilor. O astfel de situație este, spre exemplu, aceea a executării silită a unui imobil ce constituie locuința familiei în vederea achitării unor debite acumulate de părinți. În acest context problema principală este că prin executarea silită statul asigură protejarea unor interese legitime ale creditorului. Întrebarea care se ridică este în ce măsură interesul superior al copilului este opozabil terților, persoane fizice sau juridice private. Opozabilitatea principiului în privința statului nu poate fi contestată, statul asumându-și obligația respectării interesului superior al copilului⁴³. Acest aspect este pe deplin reflectat în jurisprudența instanțelor care, de exemplu, confruntate cu aplicarea legii penale în privința părinților, au luat măsuri de protecție a intereselor copiilor atunci când intervenția coercitivă a statului a dus la separarea părinților de copii și la întreruperea temporară a vieții lor de familie⁴⁴. Însă, atunci când intervenția coercitivă a statului este exercitată în vederea protejării unor interese legitime private, situația este mai dificilă întrucât legea nu prevede o obligație generală (opozabilă și persoanelor fizice sau juridice private) de a respecta și promova interesul

superior al copilului. Până în prezent, instanțele sud-africane nu au luat în considerare drepturile copiilor când au autorizat vânzarea silită a unui imobil ce era utilizat drept locuință de către o persoană cu copii minori, deși în doctrină s-a formulat un argument în acest sens⁴⁵. Se poate însă susține că obligația generală a statului de a acționa în scopul protejării și promovării interesului superior al copilului îl obligă pe acesta la luarea unor măsuri pozitive și în cazul în care ingerința în drepturile copilului poate fi cauzată de protejarea unor interese legitime private. În acest sens, statul va acționa ca un garant al interesului superior al copilului.

4.2 Invocarea principiului interesului superior al copilului și impactul său asupra deciziei instanței

În cauza *Van der Burg* instanța a luat decizia importantă conform căreia în absența invocării de către părinți a interesului superior al copilului în timpul unui litigiu în curs, acesta trebuie invocat din oficiu, de către instanță. Pentru un sistem acuzatorial de tradiție anglo-saxonă acesta este un aspect semnificativ, întrucât de regulă instanțele decid în exclusivitate în baza argumentelor pledate de către părți. În cazul discutat aici, curtea a stabilit că instanțele ce decid în chestiuni ce îi privesc pe copii trebuie să abandoneze rolul de arbitru detașat și să exercite un rol activ special pentru a preveni o situație în care interesele copiilor afectați de decizia instanței sunt neglijate. Acest rol activ este consacrat explicit în sfera protecției copilului, legea permițând, după cum arătam mai sus, oricăror instanțe și în cursul oricărui litigiu să constate că există indicii că minorii ar putea avea nevoie de ocrotirea statului, și să dispună efectuarea unei anchete sociale în acest sens⁴⁶.

Este important de amintit că în *S v M*, Curtea Constituțională a decis că aplicarea interesului superior al copilului nu presupune ca intereselor sau drepturilor copiilor să li se acorde prioritate în toate circumstanțele, însă cere ca acestea să fie luate în considerare și să li se acorde atenția cuvenită. Într-adevăr, în *Van der Burg*, interesul societății de a controla activitățile ilicite ale apelanților a prevalat asupra interesului copiilor de a păstra locuința familială. Luarea în considerare a intereselor copiilor presupune ca instanța să aibă suficiente informații despre situația acestora pentru a îi permite o evaluare a modului în care o decizie îi poate afecta. Conform instanței, atunci când aceasta nu are suficiente informații sau când informațiile nu au calitatea adecvată, instanța va dispune numirea unui reprezentant legal pentru copii. Îndatorirea acestui reprezentant legal este aceea de a informa instanța cu privire la situația copiilor și de a exprima o opinie informată în privința interesului superior al copilului. Aprecierea instanței în privința interesului superior al copilului se va face deci în baza unor elemente probatorii concrete, prezentate de un reprezentant legal obiectiv. În acest fel se înlătură (sau diminuează) riscul manipulării interesului superior al copilului de către alți participanți la litigiu.

Alături de problema procedurală a invocării principiului interesului superior al copilului, cazul *Van der Burg*, la fel ca și *S v M*, ridică problema obținerii unui echilibru între protejarea interesului copiilor și alte interese legitime, în cazul nostru, interesul statului de a sancționa și preveni săvârșirea de infracțiuni. În jurisprudența sud-africană această problemă a fost depășită prin aplicarea unei clauze generale cu privire la limitarea drepturilor constituționale⁴⁷. Consecința acestei poziții este că deși instanțele au obligația de a acorda o

importanță primordială intereselor copiilor, aceste interese nu vor prevala în toate cazurile⁴⁸. Un element adițional care complică acest exercițiu de cântărire a intereselor legitime în cazuri precum cele de mai sus este faptul că activitatea ilegală a părinților contribuie într-o anumită măsură la atingerea adusă intereselor copiilor. În *Van der Burg*, ca și în *S v M*, instanța a stabilit însă că săvârșirea de activități ilegale de către părinți, și chiar încercarea acestora de a invoca interesele copiilor pentru a servi propriile interese, nu degreveză instituțiile statului de obligația de a lua în considerare, în mod independent, interesele copiilor.

5 Concluzii

Cazul *Van der Burg*, ca și cazul *S v M* discutat anterior, arată complexitatea interacțiunii principiului interesului superior al copilului cu ramuri de drept care nu au ca scop principal ocrotirea copilului sau a drepturilor sale. Această complexitate se datorează în principal a două aspecte. În primul rând, în aceste ramuri de drept interesul superior al copilului s-ar putea afla în conflict direct cu alte interese legitime pe care statul trebuie să le ocrotească. În al doilea rând, instanțele se pot afla în dificultate în privința aplicării acestui principiu, care, cel puțin în forma sa tradițională aplicată în domeniul dreptului familiei și a ocrotirii copilului, impune acordarea priorității intereselor copilului față de alte interese concurente.

Poziția instanțelor sud-africane, bazată pe secțiunea 28(2) din Constituția Africii de Sud, este aceea că interesul superior al copilului se aplică tuturor deciziilor care îi privesc pe copii, luate de către instanțe în orice ramură de drept, atunci când aceste decizii îi pot afecta pe copii, direct sau indirect. Statuând că interesul superior al copilului are valoare de drept constituțional de sine-stătător, instanțele au decis că în unele circumstanțe acestuia nu i se poate acorda prioritate, el putând fi limitat ca orice alt drept din Constituție. Este posibil ca această abordare să explice ușurința aplicării judiciare a interesului superior al copilului și sfera vastă de aplicare ce i-a fost recunoscută de către instanțe.

Cazul *Van der Burg* confirmă poziția anterioară a instanțelor în sensul că părinții sunt primordial responsabili pentru asigurarea necesităților zilnice ale copiilor lor, inclusiv locuința, și că statul acționează doar ca un garant al respectării îndatoririlor părintești, intervenind atunci când acestea nu se exercită conform legii. În continuare, cerința ca aprecierea interesului superior al copilului să fie făcută în baza unor elemente concrete prezentate instanței, uneori de către reprezentantul legal separat al copilului, sporește obiectivitatea deciziei în acest sens. Se înlătură astfel, cel puțin parțial, posibilitatea manipulării interesului superior al copilului de către alți participanți la litigiu. Legat de aspectul speculării interesului superior al copilului de către părți, în *S v M* și *Van der Burg* Curtea a statuat clar că această posibilitate nu înlătură obligația instanțelor de a acorda atenția cuvenită interesului superior al copilului. Se confirmă așadar independența drepturilor și a interesului copiilor față de alte drepturi și interese conexe, în special ale părinților, urmarea fiind aceea că minorii sunt protejați într-o anumită măsură împotriva consecințelor negative ce rezultă, în virtutea legii, din faptele comise de păriții lor.

Din perspectivă comparativă, cazurile *S v M* și *Van der Burg* invită juristul roman la explorarea câtorva întrebări importante, ca de exemplu: Care este sfera de aplicare a principiului interesului superior al copilului, așa cum acesta este reglementat în Legea 272/2004 privind

protecția și promovarea drepturilor copilului⁴⁹? În ce litigii se aplică principiul interesului superior al copilului? Doar în cauzele legate direct și exclusiv de drepturile copilului și protecția sa, sau și în litigii din ramuri de drept al căror scop principal nu este protecția copiilor sau a drepturilor lor? Ce înseamnă în mod concret a da satisfacție interesului superior al copilului conform Legii 272/2004, pe baza cărui material probator se stabilește și cine prezintă acest material instanței? Trebuie legea interpretată în sensul că interesul copiilor prevalează în toate deciziile care îi privesc și în orice tip de litigiu? Explorarea acestor întrebări este necesară pentru a obține o mai bună înțelegere a potențialului pe care principiul interesului superior al copilului îl are ca instrument de protecție a drepturilor copiilor în România.

¹ Meda Couzens: "Interesul superior al copilului ca factor de individualizare a pedepsei aplicate unei persoane condamnate: Experiența sud-africană" 2012 *SUBB Jurisprudentia* 52.

² 2008 (3) SA 232 (CC). Decizia poate fi accesată și pe site-ul Curții Constituționale <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judgments/judgments.htm>. Multe dintre deciziile instanțelor din Africa de Sud pot fi accesate pe site-ul Southern African Legal Information Institute <http://www.saflii.org.za/>.

³ În articolul de la nota 1 de mai sus, se arată că prevederea constituțională ce protejează interesul superior al copilului în Constituția Republicii Africii de Sud, 1996 (Constituția), respectiv secțiunea 28(2), îndeplinește trei funcții: de interpretare a altor drepturi constituționale aparținând copiilor; de stabilire a conținutului și limitelor altor drepturi constituționale și de drept de sine-stătător. Amintim aici ca textul secțiunii 28(2) prevede: "A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child." ("Interesele superioare ale copilului au o importanță primordială în orice chestiune care îl privește pe copil". Traducerea aparține autoarei. Se menționa în articolul de mai sus că un element distinct al jurisprudenței sud-africane este acela că luarea în considerare cu prioritate a interesului superior al copilului este un drept de sine-stătător. Aceasta abordare, deși nu este la adăpost de critică (a se vedea Elsje Bonthuys: "The best interests of children in the South African Constitution" 2006 (20) *International Journal of Law, Policy and the Family* 23), a permis instanțelor să dezvolte un mecanism care conferă posibilitatea limitării prevalenței interesului superior al copilului asupra altor interese legitime, prin aplicarea clauzei generale de limitare a drepturilor fundamentale, prevăzută în secțiunea 36 a Constituției. A se vedea Meda Couzens *op cit* pg. 56 și referințele citate acolo.

⁴ A se vedea în special *S v M*, paragraful 42.

⁵ Jacqui Gallinetti "2kul2Btru: What children would say about the jurisprudence of Albie Sachs" 2010 (25) *Southern African Public Law* 108 pg. 118.

⁶ A se vedea nota 3 de mai sus.

⁷ În special *S v M*, paragraful 18.

⁸ *S v M*, paragraful 20.

⁹ Citație alternativă: CCT 75/11 [2012] ZACC 12. Decizia se poate accesa și pe site-ul Curții Constituționale (nota 2 mai sus).

¹⁰ România a ratificat Convenția ONU în 1991, iar Africa de Sud a ratificat-o în 1995. Articolul 3(1) al Convenției ONU prevede, în varianta originală în limba engleză: "In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration". Traducerea oficială a art. 3 alin. 1 al Convenției ONU cu privire la drepturile copilului (republicată în M. Of. Partea I nr. 314 din 13.06.2001) prevede: "În toate acțiunile care privesc copiii, întreprinse de instituțiile de asistență socială publice sau private, de instanțele judecătorești, autoritățile administrative sau de organele legislative, interesele copilului vor prevala".

- ¹¹ Legea 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului (cu modificările ulterioare) (România); secțiunea 28(2) a Constituției Republicii Africii de Sud, 1996; secțiunile 7 și 9 ale Actului Copiilor 38 din 2005 (Children's Act). Articolul anterior conținea o discuție mai detaliată a semnificației ratificării Convenției ONU în privința garantării interesului superior al copilului în legea națională, și o prezentare mai detaliată a reglementării constituționale a interesului superior al copilului în Africa de Sud. Întrucât aceste discuții nu vor fi repetate aici, a se vedea Meda Couzens *op cit*.
- ¹² *Van der Burg*, paragraful 12 menționează cca 50 de intervenții ale poliției.
- ¹³ *Van der Burg*, paragraful 2.
- ¹⁴ În argumentele orale prezentate Curții Constituționale, apelanții au susținut că procurorii, ca organe ale statului, aveau obligația de a promova și proteja drepturile copiilor, iar confiscarea casei nu era în interesul superior al copiilor. *Van der Burg*, paragraful 65.
- ¹⁵ *Van der Burg*, paragraful 3.
- ¹⁶ *Van der Burg*, paragraful 62.
- ¹⁷ *Van der Burg*, paragraful 63.
- ¹⁸ *Ibidem*. Traducerea aparține autoarei.
- ¹⁹ *Van der Burg*, paragraful 67. În Africa de Sud instanțele desemnează drept curator *ad litem* avocați pledanți care reprezintă în instanță interesele copiilor, în special în situațiile în care drepturile sau interesele lor sunt în conflict cu alte drepturi sau interese legitime.
- ²⁰ *Van der Burg*, paragraful 68.
- ²¹ *Ibidem*.
- ²² *Ibidem*.
- ²³ *Ibidem*.
- ²⁴ *Van der Burg*, paragrafele 58 și 69.
- ²⁵ *Van der Burg*, paragraful 59.
- ²⁶ *Van der Burg*, paragraful 70.
- ²⁷ *Van der Burg*, paragraful 75.
- ²⁸ *Van der Burg*, paragraful 77.
- ²⁹ Secțiunea 150(1)(f).
- ³⁰ *Van der Burg*, paragraful 76.
- ³¹ *Van der Burg*, paragraful 77. Trebuie indicat că instanța care dispune efectuarea anchetei sociale nu este în mod necesar instanța care va decide dacă minorul are nevoie de ocrotirea statului. Odată efectuată, ancheta socială se va remite instanței competente și specializate în problema ocrotirii copilului.
- ³² *Van der Burg*, paragraful 71.
- ³³ *Van der Burg*, paragraful 72.
- ³⁴ Aceasta prevede: "The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state." ("Bilul drepturilor se aplica la toate legile, și este opozabil organului legislativ, executivului, instanțelor și altor organe de stat". Traducerea aparține autoarei).
- ³⁵ Secțiunea 28(2) a Constituției este parte a Bilului drepturilor, care constituie Capitolul 2 al Constituției.
- ³⁶ *S v M*, paragraful 25.
- ³⁷ [2012] ZAGPPHC 185 <http://www.saflii.org.za/za/cases/ZAGPPHC/2012/185.html> (accesat la 28 noiembrie 2012).
- ³⁸ *AllPay*, paragraful 73.
- ³⁹ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (CC).
- ⁴⁰ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign* (No 2) 2002 (5) SA 721 (CC).
- ⁴¹ Statul plătește pentru fiecare copil cu vârsta sub 18 ani aflat în îngrijirea unei persoane sau familii cu venituri foarte mici suma de 290 ranzi sud-africani pe lună (echivalentul a cca 23 euro pe luna). Acest grant

- se numește “child support grant” și este reglementat de Actul pentru Asistență Socială 13 din 2004 (Social Assistance Act 13 of 2004 <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=6795> accesat 4.08.2013).
- ⁴² În *Van der Burg* însă, activitatea infracțională a părinților a fost de așa natură încât să ridice întrebări asupra capacității lor de a-și crește copiii fără intervenția statului. Nu trebuie exclusă posibilitatea unei situații în care imobile cu destinație de locuință ar putea fi confiscate de către instanțe fără ca activitatea infracțională să fi avut vreun impact asupra bunăstării copilului. În opinia noastră, săvârșirea unei infracțiuni nu înseamnă în mod necesar că o persoană nu este un părinte bun. Desigur, tipul de infracțiune săvârșită va fi determinant în acest sens.
- ⁴³ Considerăm că opozabilitatea principiului în privința statului nu poate fi contestată, statul asumându-și obligația respectării interesului superior al copilului în nenumărate rânduri, ca de exemplu, prin ratificarea Convenției ONU, consacarea constituțională a interesului superior al copilului în secțiunea 28(2) a Constituției, adoptarea Actului Copiilor, care în secțiunile 7 și 9 reglementează aplicarea interesului superior al copilului în litigiile privind ocrotirea copilului.
- ⁴⁴ *S v S (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2011 (7) BCLR 740 (CC); *S v Howells* 1999 (1) SACR 675 (C). În *Van der Burg*, însă, instanța a evitat să decidă în privința vreunei obligații a statului față de copiii minori în cazul în care confiscarea locuinței de către stat ar fi rezultat în imposibilitatea părinților de a asigura o locuință copiilor lor, întrucât apelanții aveau alte surse de venit.
- ⁴⁵ Cu toate acestea, un argument bine motivat în acest sens este construit de profesorul Lienne Steyn *Statutory regulation of forced sale of the home in South Africa* (teză de doctorat, Universitatea din Pretoria, 2012) pg. 97 <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-10022012-144930/unrestricted/00front.pdf> (accesat la 16 iulie 2013). În Capitolul 7 al acestei teze, autoarea analizează câteva sisteme de drept în care, printre altele, interesele copiilor sunt luate în considerare în procesul de vânzare silită a imobilului ce constituie locuința familiei.
- ⁴⁶ A se vedea partea a treia a acestei note.
- ⁴⁷ În unele cazuri, instanțele tratează interesul superior al copilului ca un drept de sine-stătător, care poate fi limitat în condițiile legii. Secțiunea 36(1) prevede că drepturile omului “pot fi limitate printr-o lege de aplicare generală în măsura în care limitarea este rezonabilă și necesară într-o societate deschisă și democratică bazată pe demnitatea umană, egalitate și libertate, luând în considerare toți factorii relevanți, incluzând (a) natura dreptului; (b) importanța scopului limitării; (c) natura și întinderea limitării; (d) relația dintre limitare și scopul său; și (e) (existent unor) măsuri mai puțin restrictive între limitare și scopul ei.” Traducerea aparține autoarei. A se vedea în acest sens *Minister for Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 (7) BCLR 713 (CC); *Sonderup v Tondelli and Another* 2001 1 SA 1171 (CC); *De Reuck v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division) and Others* 2003 (12) BCLR 1333 (CC).
- ⁴⁸ În compensație, Curtea Constituțională a stabilit că instanțele pot lua măsuri care să atenueze efectele intervenției statului în relația dintre copii și părinți.
- ⁴⁹ În părțile relevante, art. 2 prevede:” (1) Prezenta lege, orice alte reglementări adoptate în domeniul respectării și promovării drepturilor copilului, precum și orice act juridic emis sau, după caz, încheiat în acest domeniu se subordonează cu prioritate principiului interesului superior al copilului. (2) Principiul interesului superior al copilului este impus inclusiv în legătură cu drepturile și obligațiile ce revin părinților copilului, altor reprezentanți legali ai săi, precum și oricăror persoane cărora acesta le-a fost plasat în mod legal. (3) Principiul interesului superior al copilului va prevala în toate demersurile și deciziile care privesc copiii, întreprinse de autoritățile publice și de organismele private autorizate, precum și în cauzele soluționate de instanțele judecătorești.”