

др Мирко Живковић,  
доцент Правног факултета у Нишу

## ПОВЕРАВАЊЕ ДЕЦЕ НА ЧУВАЊЕ И ВАСПИТАЊЕ ПОСЛЕ РАЗВОДА БРАКА И ПРИНЦИП ЈЕДНАКОСТИ РОДИТЕЉА

У свом раду аутор се критички односи према широко прихваћеној пракси судова да децу млађе доби, осим у изузетним случајевима, поверавају на чување и васпитање мајци. На овај начин, по мишљењу аутора, доводи се у питање темељни принцип једнакости родитеља, будући да су шансе очева да се домогну непосредног вршења родитељског права након развода јасно мале у односу на примат који, захваљујући „чаролији материнства“ уживају мајке. При том, истиче да су њихови изгледи још слабији ако се има у виду да они нису ускраћени само када се ради о „малој“ деци, већ и касније, када су деца одрасла, с обзиром на чињеницу да промена средине увек садржи ризик по интересе деце и да судови стога децу остављају мајци. Тако, спрега судске презумпције о детету млађе доби и протек времена одн. интегрисаност детета у одређену социјалну средину представља истинску брану тежњи очева да се старају о својој деци након развода.

Указујући на овакву праксу судова на упоредном плану, аутор напомиње да слична тенденција постоји и у праву СФРЈ. Залажући се за повољнији третман очева, сматра да је на судовима одговоран задатак стварања свести о томе да принцип једнакости родитеља нема добрих алтернатива приликом решавања спорова око повере деце. Истовремено, наглашава, да је овакав став и једини прихватљив начин за конкретизацију принципа „највећег интереса детета“ и на упоредном плану.

**Кључне речи:** Развод брака. — Повераванье деце. — Једнакост родитеља.

Једно од најчешћих тумачења принципа „највећег интереса детета“, прихваћено у пракси великог броја држава, изражено је у схватању да децу млађе доби треба, осим у изузетним случајевима, поверити на чување и васпитање мајци. Ово се правило, рефлекс нешто шире постављеног начела још у Јустинијановом кодексу (1), образлаже потребама детета, коме је у том периоду, како се истиче, неопходно присуство мајке.

(1) У петој књизи Јустинијановог кодекса садржано је правило према коме „васпитање деце треба поверити мајци, пре него било коме другом“ (educatio pupillorum nulli magis quam matreorum committenda est).

Подаци који говоре о прихваћености овог правила у појединим земљама су импресивни, готово на граници невероватног: тако, у СР Немачкој, приликом истраживања спроведеног на савезном нивоу, утврђено је да су деца поверена на чување и васпитање мајци у 86% случајева (2); у Француској је тај број био незнатно нижи — 83% случајева (3), у пракси судова САД, у једном периоду била је достигнута цифра од 90% случајева (4), у праву Јапана, ова цифра се већ усталила (5); у Великој Британији проценат случајева када је дете поверено мајци прелази 75%, узимајући у обзир све начине повере детета; но, када се упореде случајеви повере само једном од родитеља, онда се показује да је дете поверено мајци у близу 90% случајева (6). Слична тенденција постоји и у нашем праву (7).

(2) Деца су поверена оцу само у 5% случајева; следећих 5% односило се на случајеве где је између родитеља подељено право на старање о личности детета (Personensorge) и његовој имовини (Vermögenssorge). За преосталих 4% није било података. Истраживање је обављено (1974) на узорку од 479 разведених бракова. В.: Н. Р. Dopffel, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht der Bundesrepublik Deutschland*, ZfRV, 1978, Heft 1, S. 15.

(3) В. Ј. Carbonnier, *Droit civil*, 2 — La famille, Les Incapacités, Paris 1977, p. 222. Како аутор наводи, повод за утврђивање ове бројке био је заиста трагичан: отац, не желећи да прихвати одлуку суда којом су деца након развода поверена мајци, убио је децу и себе. У полемикама које су уследиле, тенденција да се деца по правну поверавају мајци била је изложена оштрој критичкој јавности. Но, треба споменути да такви или слични трагични исходи спорова око повере деце нису више реткост: како наводи аустралијски аутор Bates, породично право ове земље у 1985. годни обележјани су, између осталог, жалосним догађајима. Уместо (ранијих) терористичких напада на судије Породичног суда Аустралије и правне стручњаке, незадовољне стране у спору око повере — до сада, без изузетка очеви — прибегле су безумљу очајника, убивши властиту децу, а потом и себе. F. Bates, *Australia: The Beginnings of a New Phase*, "Journal of Family Law", 1987, № 1, p. 17.

(4) Реч је о периоду с краја шездесетих и почетком седамдесетих година. В.: L. M. Hudak, Seize, Run and Sue, *The Ignominy of Interstate Child Custody Litigation in American Courts*, "Missouri Law Review", 1974, № 4, p. 522.

(5) Према емпиријским истраживањима, у Јапану се деца након развода брака поверавају мајци у готово 90% случајева, док се, с друге стране, оцу дозвољава право на посету у нешто мање од 30% случајева и то највише једанпут месечно. В.: I. Shimazu, *Japan: The Rise of Children*, "Journal of Family Law", 1987, № 1, p. 180.

(6) J. Eekelaar, *Family Law and Social Policy*, London 1978, p. 217; 227 f-n 79.

(7) Преглед сачињен на основу података садржаних у Статистичком годишњаку Југославије (1987) пружа следећу слику: у периоду 1972—1984. запажа се пораст броја случајева када је дете поверено на чување и васпитање мајци и то како узимајући у обзир и остале начине повере детета (нпр., трећем лицу или установи), тако и у случају када је дете поверено једном од родитеља, тј. само у односу на оца (друга бројка).

Сви начини повере

У односу на оца

1972.	72%	77%
1973.	72%	77%
1974.	73%	78%
1975.	75%	79%
1976.	75%	80%
1977.	76%	81%
1978.	76%	80%
1979.	76%	80%
1980.	77%	81%
1981.	78%	82%
1982.	78%	83%
1983.	79%	84%
1984.	79%	84%

Илустрације ради, може се навести и следећи податак: у Загребу, од укупно 1669 бракова код којих мирење није успело у 1986. години, орган старатељства дао је предлог да се у 1528 случајева деца повере мајци, што износи 90,3%, оцу у 126 случаја, што износи 7,8%, мајци и оцу у 21 случају тј. 1,2%, а трећим лицима нити у једном случају. В. ближе: А. Храбар, *Породично правна заштита дјете држављана СФРЈ одведене у иностранство противно одлуци суда о њихову чувању и одгоју*, „Зборник Правног факултета у Загребу“, 1989, бр. 1, стр. 47.

У пракси судова, споменимо само неке примере из домаће праксе, ово правило се сматра чврсто утемељеним, на које, чини се, немају никаквог утицаја промене у друштвеним односима и измењена схватања о положају жене у друштву. Тако, на пример, у пресуди Савезног врховног суда од 1958. године истакнуто је:

„...мада нема правила по коме би дете требало поверавати првенствено мајци, суд је дужан да у свакој конкретној ствари нарочито оцењује хоће ли детету недостајати ослонац у животу онакав какав, редовно узето, представља активна љубав, истрајна нежна пажња и разумно старање од стране мајке, и да ли у другој средини одвојено од своје мајке, дете налази надокнаду онога што таквим одвајањем губи. То је потребно за сазнање интереса детета, да би се правилно одлучило о смештају, чувању и васпитању“ (8).

Двадесет година касније, Врховни суд Хрватске не оставља места сумњи о првенству мајке када се ради о деци млађег узраста:

„Мајка је у раној доби дјетета једини његов природни ослонац и као таква најприје позвана да одгаја и подиже дијете. Због тога би морали постојати нарочито важни и оправдавајући разлози да се мајка искључи од овог њезиног природног позива и права. Чак и онда када су могућности и прилике код обоје родитеља подједнаке, предност има мајка“ (9).

Осим тога, у судској пракси се екстензивним тумачењем стандарда „малог детета“ (10) настоји да овом правилу да што шири додаци: тако, на пример, у појединим пресудама истиче се „...да је с обзиром на дјететов узраст (навршило је осам година живота) још увијек потребнија мајчина присутност и нега“ (11), или „...што су у питању деца испод десет година старости којима је неопходна близина, нега и љубав мајке...“ (12).

Овакво становиште судова, свакако, даје мало наде очевима да се домогну непосредног вршења родитељског права над својом децом. Но, како с правом истиче Carbonnier, њихови изгледи још су слабији ако се има у виду да они нису ускраћени само када се ради о „малој деци“, већ „...и касније, када су деца одрасла, с обзиром на чињеницу да промена средине увек садржи ризик по интересе деце и

(8) Савезни врховни суд, Рев. 248/58 од 24. маја 1958. Објављена у: *Збирка судских одлука*, 1959, св. I, стр. 76.

(9) Врховни суд Хрватске. Гж. 3688/78 од 5. децембра 1978. Објављена у: *Преглед судске праксе*, 1978, 14, стр. 74.

(10) На пример, у праву Данске „малим дететом“ (које, дакле, треба поверити мајци) сматра се дете до друге године; у праву Енглеске, до четврте године; у Мексику, до пете године; у Шпанији и Норвешкој, до седам године; у канадској провинцији Британска Колумбија и неким федералним јединицама САА, чак до навршене дваесте године, Actes et documents de la Quatorzième session Tome III, Enlèvement d'enfants, Conférence de la Haye de droit international privé, La Haye 1982, одговор на питање бр. 12 Упитника Daye.

(11) Врховни суд Хрватске, Рев. 937/85 од 13. јуна 1985. Објављена у: *Преглед судске праксе*, бр. 29, стр. 98.

(12) Врховни суд Војводине, Гж. 595/82 од 20. јануара 1983. Објављена у *Зборник судске праксе*, 1983, бр. 45, стр. 44—45. Као курјозитет можемо споменути пресуду Окружног суда у Београду, П. бр. 1498/85 (необјављивана) у којој читамо: „...наиме, малолетна М. је стара осам година, а малолетни Д. се сада налази у тринаестој години живота. Сигурно је да је деци оваквог узраста брига и пажња мајке неопходна...“.

да судови стога децу остављају мајци“ (13). На тај начин, спрега судске презумпције о детету млађе доби и протек времена, односно интегритетност детета у одређену социјалну средину, представља истинску брану тежњи очева да се старају о својој деци након развода.

Наведени подаци и уопште пракса судова у овом домену без сумње су поражавајући по принцип једнакости мушкарца и жене (14); раскорак између законских одредаба о једнакости родитеља и одлучујућа предност коју мајка ужива захваљујући „чаролији материнства“ (“mystique of motherhood”) (15) врло је очигледан (16).

Међутим, на упоредном плану се у последњој деценији запажа напор законодаваца да отклоне опседнутост судова овом чаролијом и оповргну схватање о биолошкој инфериорности очева.

Поред САД, где је ово правило (“tender years presumption”) на снази у само неколико савезних држава (17), у Енглеској је изричито, законском одредбом, прописано да приликом решавања спорова око повере деце „... суд ... ни на који начин неће сматрати захтев оца важнијим (‘superior’) од захтева мајке, нити ће захтев мајке сматрати важнијим од захтева оца“ (18).

Како се чини, ово упозорење, којим се законодавац обраћа судовима, готово је неопходно с обзиром да уобичајене, тзв. неутралне формулације, нису у стању да доведу у питање раширено уверење (усудили бисмо се да кажемо: предрасуду) о првенству мајке приликом решавања спорова о повери деце. Уверљиву илустрацију пружа, на пример, стање у породичном праву СР Немачке. Нови пар. 1671 НГЗ којим се уређује питање повере деце формулисан је тако да не фаворизује ниједног од родитеља — критеријуми на којима судија заснива своју одлуку (добробит деце, емоционална везаност за оца или мајку одн., браћу или сестре независни су од својства мушкарца, односно жене. Међутим, како се истиче у доктрини, „... чак и сада ка-

(13) J. Carbonnier, *op. cit.*, п. 217.

(14) У доктрини се јасно наглашава да се ради о „одступању од принципа једнакости родитеља“. В. нпр.: А. Н. Shaki, *Les principaux aspects du droit israélien relatifs à la garde des enfants et notamment l'application de la théorie de l'intérêt bien compris de l'enfant*, RIDC, 1984, № 2, р. 359. Питање је, међутим, није ли ближа истини квалификација да се ради о повреди овог принципа.

(15) L. M. Hudak, *op. cit.*, п. 522.

(16) При том се не може поклонити превише поверења социолошким студијама (нпр., у САД, Француској) чији резултати уверавају да је већина очева задовољна постојећим системом и да они, осим случајева добро познатих из штампе, не желе да прихвате примарну одговорност за децу после развода. В.: М. А. Glendon, *State, Law and Family*, North-Holland 1977, р. 273. Овој тврђи очигледно противречи постојање (управо у САД и Француској) удружења разведених мушкараца („Покрет за еманципацију мушкараца“) која се боре за права очева и против „суприне честог и готово систематског поверавања деце на чување и васпитање мајкама уз занемаривање захтева очева“. Ова удружења постигла су већ и одребене успехе на подручју права — нпр., поједине федералне државе САД донеле су законске прописе којима се изричито забрањује фаворизовање мајке у односу на оца приликом решавања спорова о повери деце. В. Ближе о томе: Н. Р. Dopffel, *op. cit.*, С. 15—16; R. Scholz, *Benachteiligung des Mannes im Ehe- und Familienrecht?*, ZRP, 1984, С. 201.

(17) „Само неколико држава даје предност мајци када је дете ‘нежних година’, али тенденција је ка укидању овог дискриминаторног правила“. Actes et documents... Упитник Dyer, р. 34. В. исто тако: R. E. Crouch, *International Declaration/Convention Effects and the Current Status of Childre Right in the United States, The Family in International Law: Some Emerging Problems (Third Sokol Colloquim)*, R. Lillich ed., 1981, р. 33; Foster & Freed, *Life with Father*, FLQ, 1978, Vol. XI, р. 332. Од новијих одлука у којима се не прихвата ово правило В. нпр.: одлуку суда у спору Delaney в.: Delaney, 222 Neb. 33, 382 N. W. (1986), “Journal of Family Law”, 1987, № 2, р. 460. У овом случају, становиште првостепеног суда да дете нежних година треба поверити мајци, Апелациони суд је кориговао уверењем да, с обзиром на материјално стање родитеља, дете треба поверити оцу.

(18) Чл. 1. Закона о старатељству над малолетним лицима (1971).

да су норме немачког права о повери деце формулисане на неутралан начин, то не спречава судије да, настављајући, мање или више свесно, чврсто утемељену традицију, радије поверавају децу на чување и васпитање мајци“ (19). На тај начин се показује да сама неутрална формулација није довољна и да управо посебном одредбом треба воспоставити принцип једнакости родитеља у овој материји. Пример енглеског права и већине држава САД добар су показатељ у том правцу.

У нашем праву, међутим, тешко је очекивати доношење посебне норме о једнакости родитеља у споровима око повере деце. Разлог томе није само неутрална формулација републичких, одн. покрајинских законодаваца (20) и доминантно тумачење у пракси судова да се интерес деце, када су она млађег узраста или женског пола (21), најбоље остварује давањем првенства мајци. Утисак је да овом матријархалном концепту у доброј мери доприноси и чл. 188, ст. 1. Устава СФРЈ (1974), према коме „мајка и дете уживају посебну друштвену заштиту“. Ово уставно начело је даље ближе уређено у републичком, одн. покрајинском законодавству (22). Тако, на пример, у чл. 9, ст. 1. ЗБПО СР Србије (23) садржана је одредба према којој се „у остваривању права из породичних односа мајци и детету пружа посебна заштита“ (24). У Коментару Закона истиче се да је ова друштвена помоћ мајци и детету у остваривању права из породичних односа пред надлежним органима конкретизована, између осталих, и у члановима 312, 313, 317. и 318. Закона (25), који уређују одређена питања у вези с обавезама издржавања након развода. Међутим, не види се због чега се, нпр., одредбом према којој:

„Ако родитељ, који је на основу судске одлуке дужан да плаћа одређени износ за издржавање детета не извршава своју обавезу редовно, орган старатељства, на предлог другог родитеља или по службеној дужности, предузима мере да се детету обезбеди привремено издржавање по прописима о социјалној и дечјој заштити све док ро-

(19) Према мишљењу ауторке, овде се не може говорити о дискриминацији према полу јер судија олаучује у складу са принципом добротности детета, но констатује да се „... читањем одређених пресуда стиче утисак да се судови служе неком врстом презумпције да је у интересу деце млађе доби да буду поверена мајци“. F. Ferrand, *Le droit civil de la famille et l'égalité des époux en République Fédérale D'Allemagne*, RIDC, 1986, p. 894.

(20) Тако, нпр., у чл. 130. ЗБПО СР Србије читамо: „Суд, односно орган старатељства који доноси одлуку о поверавању деце на чување и васпитање, дужан је да на погодан начин испита све околности које су од значаја за праван духовни и физички развој и васпитање детета и да се приликом доношења одлуке руководи првенствено интересима детета. При томе посебно узима у обзир емоционалне потребе и жеље детета о чему прибавља мишљење одговарајућих стручњака увек када околности случаја то захтевају“. В. исто тако: чл. 95. ПЗ СР БИХ; чл. 26. ЗОРД СРМ; чл. 105. ст. 2. ЗБПО СР СЛ; чл. 9. ЗОРД САПВ; чл. 8. ЗБПО СРХ; чл. 8. ЗОРД СРЦГ и др.

(21) Нпр., у већ споменутој пресуди Врховног суда Војводине читамо: „Посебно, тужени неосновано побија првенствену пресуду у делу у којем је маћ. С. поверена тужитељици на чување, васпитавање и издржавање. Наиме, овде се ради о женском детету па је прикладније да га мати васпитава и упућује у живот“.

(22) Међутим, не на исти начин у свим републичким, одн. покрајинским прописима. Тако, према чл. 4. ЗБПО СР Хрватске: „Друштвена заједница осигурава посебну заштиту дјети када је угрожен њихов развитак или када то захтевају други оправдани интереси дјете“. Мајка се, дакле, овде не спомиње као субјект који ужива (са дететом) посебну друштвену заштиту. Но, како се из појединих пресуда суда са подручја СР Хрватске може закључити (и праксе Врховног суда СРХ), ова околност је без утицаја на решавање спорова о повери деце. Исту одредбу садржи и чл. 6. ЗБПО СР Словеније.

(23) Сличну одредбу садржи и чл. 4. ПЗ СР БИХ.

(24) У чл. 211, ст. 1. Устава СР Србије преузето је решење из чл. 188, ст. 1. Устава СФРЈ.

(25) М. Јанковић, *Коментар Закона о браку и породичним односима*, Београд 1981, стр. 11. и др.

дитељ не почне да извршава своју обавезу“ (чл. 318) остварује посебна заштита мајке и детета, осим ако се већ унапред не полази од претпоставке да је дете поверено мајци, а да на страни оца лежи само терет финансијског доприноса за издржавање детета. Каква би била ситуација са начелом посебне заштите мајке и детета уколико би дете било поверено на чување и васпитање оцу, а у улози „родитеља, који је на основу судске одлуке дужан да плаћа одређени износ за издржавање детета“, фигурира мајка?

Очигледно, у оквиру овог начела може бити речи само о посебној друштвеној заштити детета, а уврштавање и мајке, слично као и њено фаворизовање притицом повере, представља рефлекс схватања о економски несамосталној жени којој *ipso facto* припада чување и васпитање деце, јер је то, да се послужимо терминологијом наших судова, „њезин природни позив и право“ (26). Тако је законодавац, чини се руковођен жељом да се у домену породичних односа превазиђе традиционално неповољнији положај жене, учинио непотребан „корак напред“, који је у својој бити супротан потреби за истинском еманципацијом жене.

Задатак судова утолико ће бити сложенији и одговорнији, с обзиром да са своје стране треба да допринесу стварању свести о томе да нема добрих алтернатива за принцип једнакости родитеља приликом решавања спорова око повере деце (27). Истовремено, овакав став је и једини прихватљив начин за конкретизацију принципа „највећег интереса детета“ и правац у коме треба да се остварује тенденција ка његовом уједначавању и на упоредном плану.

(Примљено 6. XII 1989)

Dr. Mirko Živković,

Assistant Professor of the Faculty of Law in Niš

## COMMITTING CHILDREN TO CARE AND UPBRINGING AFTER DIVORCE AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF PARENTS

### Summary

The author is critical towards a wide practice accepted by the courts to commit minor children, except in rare cases, to care and upbringing of mother. In such a way the fundamental principle of equality between the parents is violated, since the chances of fathers to avail themselves of direct effecting of parental right after the divorce are rather small, as compared to the dominance of mother due to the "magic of

(26) Врховни суд Хрватске, Гж. 3688/78. В. напомену бр. 9. У истом смислу, F. Fejtand (*op. cit.*, p. 894) напомиње да „традиција, за којом се поводе судови... намењује жени само једну улогу — улогу васпитача деце“.

(27) Занимљиво решење предвиђено је у чл. 29, ст. 3. Закона о браку НР Кине (1980) према коме, после развода, деца остају код мајке за оно време док их она храни (доји). Након тога, уколико се родитељи не споразумеју, Народни суд одлучује о повери детета, водећи рачуна о његовим интересима и околностима које постоје на страни оба родитеља. В.: В. Corinth, *Des neue Ehe- und Kindschaftsrecht sowie das Staatsangehörigkeitsgesetz der Volksrepublik China*, ZfRV, 1981, Heft 1, S. 5. Детаљније о породичном праву НР Кине В.: М. Palmer, *The People's Republic of China: Some General Observation on Family Law* "Journal of Family Law", 1987, N° 1, Vol. 25, pp. 41—68.

motherhood". The prospects of fathers in this respect are even weaker, since even the grown-up children are entrusted by the courts to the mother — taking in consideration the risk of changing the environment. In such a way, the combination of judicial presumption about the minor child and the lapse of time, namely integrating of the child into specific social environment, represents a genuine barrier against the endeavour of fathers to take care of their children after the divorce.

The comparative law review of this issues shows that similar tendency does exist also in the law of the SFR Yugoslavia.

Emphasizing the need for obtaining a more favourable treatment of fathers, the author stresses that the courts have an important task to create the idea that there are no good alternatives to the principle of equality of parents while settling the disputes over committing the children. This is, at the same time, the only acceptable way for realizing the principle of the "highest interest of the child" — also in the comparative law perspective.

Key words: *Divorce. — Committing children to care and upbringing. — Equality of parents.*

*dr Mirko Živković*  
*professeur agrégé à la Faculté de droit de Niš*

## LA GARDE ET L'ÉDUCTION DES ENFANTS APRÈS LE DIVORCE ET LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DES PARENTS

### *Résumé*

Dans son travail, l'auteur critique la pratique largement répandue des tribunaux de confier les enfants d'âge plus jeune à la garde et à l'éducation de la mère, sauf dans les cas exceptionnels. De l'avis de l'auteur, cela remet en question le principe fondamental de l'égalité des parents, étant donné que les chances des pères d'obtenir l'exercice du droit de parent après le divorce deviennent très petites par rapport à la primauté dont jouissent les mère grâce «au mirage de la maternité». L'auteur souligne également que les chances des peres sont d'autant plus faibles si l'on sait qu'ils sont privés de ce droit non seulement lorsqu'il s'agit d'enfants qui sont petits, mais aussi d'enfants qui sont plus grands, étant donné le fait que le changement du milieu comporte toujours des risques qui peuvent menacer les intérêts des enfants et que, de ce fait, les tribunaux décident que les enfants restent chez la mère. De ce fait, la présomption du tribunal sur l'enfant d'âge plus jeune et le passage du temps, c'est-à-dire l'intégration de l'enfant à un milieu social, dressent une barrière qui empêche la réalisation de la tendance des pères de s'occuper de leurs enfants après le divorce.

Soulignant cette pratique des tribunaux sur le plan comparé, l'auteur constate qu'une tendance semblable existe aussi dans le droit yougoslave.

Préconisant un meilleur traitement des pères, l'auteur considère que les tribunaux ont la tâche responsable de créer la conscience qu'il n'y a pas de bonne alternative au principe de l'égalité des parents lors du règlement des litiges concernant la garde des enfants. Dans le même temps, l'auteur souligne que cette position est la seule acceptable pour concrétiser le principe du «plus grand intérêt de l'enfant» sur le plan comparé aussi.

Mots clé: *Divorce. — Garde des enfants. — Egalité des parents.*