

Милош Станковић, ms.*

ПРАВНА ПРИРОДА И ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА И ДУЖНОСТИ РОДИТЕЉА НА ВАСПИТАЊЕ И ОБРАЗОВАЊЕ ДЕТЕТА У СРБИЈИ

*Породични закон Србије предвиђа право и дужност родитеља „да са де-
тетом развијају однос заснован на љубави, поверењу и узајамном поштовању,
те да дете усмеравају ка усвајању и поштовању вредности емоционалног,
етичког и националног идентитета своје породице и друштва“, односно право
родитеља „да детету обезбеде образовање које је у складу са њиховим верским
и етичким уверењима“. Имајући у виду да норма којом је конкретизовано ово
право и дужност родитеља чини саставни део садржине родитељског права,
аутор у првом делу рада опредељује њену правну природу као императивну, из
чега даље изводи два закључка: први, да реакција државних органа у случају
њеног непоштовања може бити реактивна кроз лишење родитељског права
и други, да у складу са међународним документима, она преваходно треба да
буде превентивна. У даљем тексту, аутор се фокусира на превентивну улогу
наше државе, односно њену обавезу да створи амбијент у коме ће родитељи
бити у могућности да своје дете усмере ка усвајању и поштовању вредности
емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва.
У том циљу, он најпре врши анализу нашег породичног законодавства, поредећи
ово право, тј. дужност родитеља са институтима насиља у породици, брака,
усвојења и посебне пословне способности и одговарајућим решењима у упоред-
ном праву.*

Кључне речи: *Родитељско право. Превентивна улога државе. Неускла-
ђеност института.*

1. УВОД

Универзална карактеристика (модерног) породичног права
је изузетна сложеност и разноврсност његовог предмета, односно

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, milos.stankovic@ius.bg.ac.rs.

проблема којима се бави и односа које регулише. Нужност њиховог ваљаног сагледавања, макар само с правног аспекта и уз превасходно коришћење правног (грађанскоправног) метода, изискује стога потребу мултидисциплинарног приступа, како кроз призму других правних грана (нпр. наследног, стварног, облигационог, кривичног, радног, уставног права), тако и с аспекта наука које нису правне (рецимо, социологија породице, психологија, филозофија, етика).¹ Једно од питања за чије решавање је нужно поседовање овако широког знања које обједињује резултате и достигнућа различитих наука тиче се права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета које је регулисано у чл. 70 и 71 Породичног закона Србије,² што је предмет анализе у овом раду. Користећи се превасходно упоредноправним методом, тј. поредећи савремена решења европских породичних права и међународних конвенција у овој области с решењима српског породичног права, као и систематским тумачењем Породичног закона и анализом садржаја (судском и животном праксом), тражиће се одговор на следећа питања: каква је правна природа права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета, да ли је оно доследно спроведено у Породичном закону Србије, на коме је обавеза његове реализације и какве су последице у случају невршења овог права/дужности?

2. ПРАВНА ПРИРОДА ПРАВА И ДУЖНОСТИ РОДИТЕЉА НА ВАСПИТАЊЕ И ОБРАЗОВАЊЕ ДЕТЕТА

Према слову закона „родитељи имају право и дужност да са дететом развијају однос заснован на љубави, поверењу и узајамном поштовању, те да дете усмеравају ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва“,³ односно „родитељи имају право да детету обезбеде образовање које је у складу са њиховим верским и етичким уверењима“.⁴ Идентичне норме у чл. 88 који се бави породичним

¹ Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2010, 4.

² Породични закон Србије ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

³ Чл. 70 Породичног закона *in fine*.

⁴ Чл. 71, ст. 2 Породичног закона. Када је реч о развоју и одрастању детета, верска уверења родитеља нису неподложна преиспитивању. Њихово непристајање, тј. ускраћивање сагласности из верских разлога на медицински индиковано лечење деце које даје оправдано очекивање на успех (нпр. Јеховини сведоци се противе трансфузији крви), није правно ваљано и не обавезује лекара. Родитељи су много више ограничени у доношењу одлука које се тичу здравља и живота своје деце него у погледу истоветних одлука које се њих тичу и нису власни да интересе и здравље деце подређују својим интересима и уверењима. Вид. Јаков Радишић, „Непристајање на лечење деце из верских побуда“, *Правни живот* 9/2001, 88-90. У једном дру

односима предвиђа и Нацрт Грађанског законика Републике Србије.⁵ Одредбе Породичног закона представљају конкретизацију права која гарантује и Устав Републике Србије из 2006. године,⁶ али и значајни међународни документи које је ратификовала наша земља, као што су Универзална декларација о људским правима,⁷ Конвенција о правима детета⁸ и Међународни пакт о грађанским и политичким правима,⁹ али и Повеља о основним правима у Европској Унији,¹⁰ из чега произлази недвосмислен закључак да оне имају универзалну вредност.

гом случају из енглеске судске праксе *Re U (child)* (2004) суд је одбио захтев оца муслимана да његов син буде обрезан, јер је дечак живео с мајком која је хришћанка. Raffia Arshad, *Islamic Family Law*, London 2010, 151, 165. Зато као коректив овог решења чл. 63, ст. 1 ПЗ гарантује да „дете има право на обезбеђење најбољих могућих животних и здравствених услова за свој правилан и потпун развој“.

⁵ Као алтернативно решење је предвиђено да се само изостави појам „дужности“ и додаје обавеза родитеља да код детета развијају однос поштовања и чувања животне средине. Влада Републике Србије Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт Грађански законик Републике Србије, књ. 3 породични односи* (даље: *Комисија за израду ГЗ*), Београд 2011, 37.

⁶ Чл. 43, ст. 5: „Родитељи и законски стараоци имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са својим уверењима“ и чл. 65, ст. 1: „Родитељи имају право и дужност да издржавају, васпитавају и образују своју децу, и у томе су равноправни“.

⁷ Чл. 26, ст. 2 и 3 Универзалне декларације о људским правима исти че да „образовање треба да буде усмерено ка пуном развоју људске личности и учвршћивању поштовања људских права и основних слобода. Оно треба да унапређује разумевање, трпеливост и пријатељство међу свим народима, расним и верским групама, као и делатност Уједињених нација за одржање мира“, односно да „родитељи имају првенствено право да бирају врсту образовања за своју децу“.

⁸ Чл. 29, ст. 1, тач. Ц и Д Конвенције о правима детета обавезују државе потписнице да гарантују да ће се образовање детета усмеравати на „развој поштовања дететових родитеља, његовог/њеног културног идентитета, језика и вредности, националних вредности земље у којој дете живи, земље из које потиче и цивилизације различите од његове/њене сопствене“, односно на „припремање детета за одговоран живот у слободном друштву, у духу разумевања, мира, толеранције, једнакости полова, пријатељства међу народима, етничким, националним и верским групама и са лицима домородачког порекла“. СФРЈ је ратификовала Конвенцију о правима детета 1990. године. Вид. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 2/97.

⁹ Чл. 18, ст. 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима: „Државе уговорнице овог Пакта обавезују се да ће поштовати слободу родитеља и, у датом случају, законских старатеља да осигурају морално и верско васпитање своје деце у складу са својим властитим уверењима“. Југославија је ратификовала Пакт 1976. године, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/76.

¹⁰ Вид. чл. 14, ст. 3: „Мора се поштовати слобода оснивања образовних институција уз поштовање демократских принципа и права родитеља да својој деци обезбеде такво образовање и школовање које ће бити усаглашено са њиховим религиозним, филозофским и педагошким убеђењима, у складу са националним законима којима се уређује остваривање те слободе и тог права.“

Усвојена формулација у коначном тексту закона је, истина, битно другачија од оне коју је садржао Предлог Породичног закона Србије усвојен на седници Владе 9.12.2004. године, којим је било предвиђено да ће „родитељи имати право и дужност да дете васпитавају и усмеравају с циљем да оно прихвати и усвоји вредности које имају универзални карактер“.¹¹ Из тог разлога у породичноправној науци су изражена схватања да је српски законодавац приликом формулисања права и обавезе родитеља на васпитање и образовање „изразио одређене идеолошке вредности“,¹² односно да формулација усвојена у коначном тексту закона „не само што је бесмислена (рецимо, могло би се поставити питање шта је то емоционални идентитет породице и друштва) него је и супротна Конвенцији о правима детета која изричито захтева да „дете буде васпитавано у духу идеала прокламованих у Повељи Уједињених нација, а посебно у духу мира, достојанства, толеранције, слободе, равноправности и солидарности“.¹³ Ипак, усвојено решење делује комплексније али и прецизније, смисаоно богатије и потпуније у могућностима, јер не развија само једну страну личности детета, не посматра га као апстрактно, већ конкретно људско биће са свим његовим различитостима. Речју Панова, „универзално је почетно, подразумевајуће и недовољно. Универзалне вредности и теорије изражавају човека као универзално биће, изражавају генусну суштину човека. Индивидуалне и националне вредности изражавају конкретног човека као спецификама: емотивни, етички и национални идентитет човека и његове породице и друштва“.¹⁴ Следствено томе, етичке, емоционалне и националне вредности породице и друштва нису у супротности, већ у потпуном сагласју за вредностима које прокламује Конвенција о правима детета, јер их оне конкретизују кроз посебности порекла, културе, обичаја и средине којој дете припада. Спознајући кроз васпитање и образовање и оспособљавање за самосталан живот националне вредности своје породице и свог друштва у поређењу са истим таквим вредностима других друштава, дете се учи постојању и поштовању различитости и схвата да ни универзалне вредности нису апстрактно дате или наметнуте, већ да представљају заједнички допринос и достигнуће у развоју духовних и материјалних вредности свих појединих народа на одређеном степену цивилизацијског развоја.

¹¹ С. Панов, (2010а), 201–202, фн. 503.

¹² Гордана Ковачек Станић, *Породично право*, Нови Сад 2005, 284.

¹³ (Преамбула, ст. 7), Марија Драшкић, *Породично право*, Београд 2009, 283, фн. 815.

¹⁴ С. Панов, (2010а), 201–202, фн. 503. У шеријатском праву родитељи су такође дужни да свом детету обезбеде образовање, али је трошкове образовања дужан да сноси отац. С друге стране, оба родитеља имају дужност да дете уче лепим манирима и да утичу да прихвати друштвене норме. R. Arshad, 151, 154.

Право и дужност родитеља на васпитање и образовање детета чини саставни део садржине родитељског права „које је изведено из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.“¹⁵ Тиме се долази и до круга субјеката на које се односи ово право и обавеза родитеља. То су она лица над којима постоји родитељско право, односно она која нису навршила 18 година живота, или која нису стекла потпуну пословну способност навршеном 16. годином живота ступањем у брак уз дозволу суда, или стицањем статуса родитеља.¹⁶ Нужно појмовно и суштинско јединство права и дужности родитеља који имају право да врше своју дужност, односно обавезни су да се тим својим правом у циљу остварења најбољег интереса детета користе, указује на правну природу ове одредбе Породичног закона. Она је, као норма којом се регулише садржина родитељског права, императивног карактера, а императивне норме у установи од друштвеног значаја каква је породица имају за задатак да „чувају специфичност и трајност утврђених веза“.¹⁷

Истина, савремено породично право је много више прожето начелом аутономије воље и тенденција је да се држава мање меша у породичне односе него што је то некада био случај. Али, њега карактерише и „функционализација родитељског односа (родитељска права као социјалне функције)“,¹⁸ што ће рећи да родитељи права и обавезе које имају према деци врше имајући у виду и друштвену одговорност и водећи рачуна о друштвеном интересу који се свакако може изједначити с најбољим интересом детета. У том смислу, право и обавеза родитеља на васпитање и образовање детета се може схватити и као саставни део најзначајније одговорности родитеља, одговорности за живот детета и његовог права на развој, као једног од темељних права предвиђених Конвенцијом о правима детета.¹⁹

¹⁵ Вид. чл. 67 и чл. 68, ст. 2 ПЗ; Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 109/06, од 26.1.2006, Интермекс судска пракса.

¹⁶ Вид. чл. 84, ст. 1. тач. 1 и 2 ПЗ и чл. 11, ст. 2 и ст. 3 ПЗ. Нажалост, Закон не предвиђа основ нити уводи могућност едукативних програма који би родитељима олакшали вршење ових својих обавеза. Невена Вучковић Шаховић, „Права детета и породично законодавство“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 260.

¹⁷ Марина Јањић Комар, „Реформа породичног права проблеми модернизације“, *Правни живот* 9/2004, 892; Зоран Поњавић, *Приватизација породице и Породичног права*, Београд 2009, 151; Зоран Поњавић, „Уговорно вршење родитељског права“, *Правни живот* 10/2008, 237.

¹⁸ М. Јањић Комар, (2004), 891.

¹⁹ Марина Јањић Комар, „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 250. Темељна права детета утврђена овом Конвенцијом су право на недискриминацију, право на живот, опстанак и развој, право на учешће/уважавање мишљења детета и остваривање најбољег интереса де

Отуда, и у законом предвиђеним случајевима у којима један родитељ може самостално да врши родитељско право, други родитељ који га не врши овлашћен је да споразумно одлучује с оним првим о питањима која битно утичу на живот детета, а у која Породични закон сврстава и образовање детета, што подразумева и избор, промену школе и престанак школовања.²⁰ Исти смисао има и право родитеља да од образовних институција добију сва потребна обавештења о свом детету.²¹

Због природе односа родитеља и деце држава не може и не треба да утиче на начин на који ће родитељи васпитавати и образовати дете (осим кроз надзор над вршењем родитељског права), тако што би им преко својих органа давала свакодневна упутства, препоруке или примедбе. Међутим, она мора и може да делује превентивно, да кроз најширу законодавну активност која се не би ограничила само на породично право и предузимањем мера и обезбеђивањим културних, економских, медијских и образовних инструмената створи амбијент у коме би родитељи могли успешно да врше ово своје право, тј. дужност. Ова обавеза за Републику Србију проистиче и из Конвенције о правима детета која нема за главни циљ гарантовање појединих права родитеља према деци као таквих, „већ се и државама чланицама и родитељима даје право и ставља обавеза да детету, у ствари, помогну у остваривању права из Конвенције“.²² Другим речима, улога државе мора да буде активно-превентивна. Један од принципа на којима треба да се заснивају односи родитеља и деце јесте да „држава има основну одговорност у обезбеђивању услова родитељима за успешно остваривање њихове улоге у породици“.²³

Ипак, у оним ситуацијама када се превенција покаже као недовољна, држава кроз институт лишења родитељског права делује поствентивно и остварује зацртани општи интерес, заокружујући импе-

тета. Н. Вучковић Шаховић, 267; Љубица Милутиновић, „Породични закон кроз судску праксу“, *Билтен судске праксе*, Врховни суд Србије 2/2008, 267.

²⁰ Чл. 78, ст. 3 и ст. 4 ПЗ. Вид. С. Панов (2010а), 225; Herbert Hausmaninger, *The Austrian Legal System*, Wien 2003, 250; Олга Цвејић Јанчић, „Заједничко вршење родитељског права“, *Правни живот* 9/1997, 678; Гордана Ковачек Станић, „Вршење родитељског права према Породичном закону Србије из 2005. године“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 275. Суд није овлашћен да доноси одлуке које би замениле заједничке одлуке родитеља о битним питањима вршења родитељског права, у која се убраја и питање образовања детета. Вид. пре суду Врховног суда Србије Рев. 2557/06, Љубица Милутиновић, „Односи родитеља и деце најчешћи спорови, одлике поступка“, *Билтен судске праксе*, Врховни суд Србије 3/2009, 233.

²¹ Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 109/06, од 26.1.2006, Интермекс судска пракса.

²² Н. Вучковић Шаховић, 255.

²³ Н. Вучковић Шаховић, 267.

ративну природу норми којима је регулисано родитељско право.²⁴ У савременим правима држава отуд није потпуно изопштена из учешћа у породичним односима, али само онда када у њима треба да оствари заштитну функцију.²⁵ Тако у центар пажње долази превентивна улога државе која треба да обезбеди амбијент за реализацију права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета.

3. ПРАВО И ДУЖНОСТ РОДИТЕЉА НА ВАСПИТАЊЕ И ОБРАЗОВАЊЕ ДЕТЕТА У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНУ СРБИЈЕ

3.1. Насиље у породици

3.1.1. Субјекти насиља у породици

Породични закон Србије (даље: ПЗ) не садржи дефиницију породице. Иако такав пример није усамљен у упоредноправном законодавству, има и оних легислатива које дају дефиницију породице (нпр. Обитељски закон Федерације Босне и Херцеговине,²⁶ Породични закон Републике Српске,²⁷ Породични закон Црне Горе²⁸),

²⁴ У прилог томе говори и текст Општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања који је Влада Србије усвојила 2005. године, а према коме се под занемаривањем подразумева и пропуштање лица које детету пружа негу (најчешће родитеља), „да обезбеди развој детета у области образовања...што изазива или може, са великом вероватноћом, нарушити дететово здравље или физички, ментални, духовни, морални или друштвени развој.“ Општи протокол за заштиту деце од злостављања и занемаривања, стр 9, <http://www.inkluzija.org/biblioteka/Opstiprotookolzazastituedeceodzlavljanjanjaizanemarivanja.pdf>, 15.8.2011.

²⁵ Вељко Влашкивић, „Породични односи између права на поштовање по родичног живота и права на заштиту од насиља у породици“, *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе* (ур. С. Бејатовић), Крагујевац 2007, 197.

²⁶ Вид. чл. 2, ст. 1 Обитељског закона Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације БиХ* бр. 35/05: „Породица, у смислу овог закона, јесте животна заједница родитеља и дјеце и других крвних сродника, сродника по тазбини, усвојилаца и усвојеника и особа из ванбрачне заједнице ако живе у заједничком домаћинству.“

²⁷ Вид. чл. 2, ст. 1 Породичног закона Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/2002: „Породица, у смислу овог закона, је животна заједница родитеља и дјеце и других сродника.“

²⁸ Вид. чл. 2 Породичног закона Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007: „Породица је животна заједница родитеља, дјеце и других сродника који у смислу овога закона имају међусобна права и обавезе, као и друга основна заједница живота у којој се његују и подижу дјеца.“ У Предлогу Породичног закона Словеније „породица је животна заједница детета са једним или оба родитеља или са другим лицем, ако то лице стално брине о детету и има према детету одређена права и обавезе“, што обухвата и истополне партнере. Сузана Краљић, „Које новине доноси Предлог словеначког породичног закона“, *Правни живот*, 10/2010, 178.

али и међународних конвенција попут Универзалне декларације о људским правима²⁹ и Међународног пакта о грађанским и политичким правима.³⁰ Мада наше право не садржи експлицитну дефиницију породице, регулишући институт насиља у породици ПЗ истиче која лица сматра члановима породице. Тако у чл. 197, ст. 1 наводи да је насиље у породици понашање „којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице“, док у чл. 197, ст. 3 одређује и субјекте насиља у породици: „члановима породице у смислу става 1 овог члана сматрају се супружници или бивши супружници, деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство, лица која су живела или живе у истом породичном домаћинству, ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, те лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству“.³¹

Иако се у упоредном праву може наићи на различито одређен круг лица која се сматрају члановима породице, ниједно попут српског у породицу не убраја *лица која су била или су још увек у емотивној или сексуалној вези*.³² Енглеско право *prima facie* садржи сличну формулацију гарантујући право на исељење насилника из породичног дома, односно право на усељење и лицима међу којима постоји или је постојао интиман лични однос (при чему се изричито наводи

²⁹ Вид. чл. 16, ст. 3 Универзалне декларација о људским правима: „Породица је природна и основна ћелија друштва која има право на заштиту државе и друштва“.

³⁰ Вид. чл. 23, ст. 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима: „Породица је природни и основни саставни део друштва и има право на заштиту друштва и државе“.

³¹ Идентичну одредбу, нажалост, задржава и Нацрт Грађанског законика Републике Србије у чл. 241 дела којим регулише субјекте насиља у породици, *Комисија за израду ГЗ*, 95. Слично решење садржи и македонско право, наводећи као чланове породице и лица „која се налазе у блиским личним односима“, под којима закон подразумева „личне односе између лица различитог пола која су била или јесу у партнерском односу, а не живе у ванбрачној заједници“, чл. 94, ст. 2 Законот на семејството, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 80/92, 9/96, 33/06, 84/08.

³² Мада Европска конвенција о људским правима не садржи дефиницију породице, Европски суд за људска права је, тумачећи право на поштовање породичног живота, кроз своју праксу у чланове породице сврстао супружнике и ванбрачне partnere, децу (брачна, ванбрачна и усвојена) и родитеље, браћу и сестре, деде и баке и унуке, одрасле особе и њихове родитеље и друге сроднике и веренике и хомосексуалне partnere. Вид. Марија Драшкић, „Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 97-99.

да то не мора неминовно да подразумева сексуални однос), али уз додатне услове да је такав однос „значајног трајања“ и да је следствено подразумевао заједнички живот у породичном дому.³³ ПЗ није ближе определио ни природу, врсту и трајање сексуалне или емотивне везе о којима говори, али се језичким тумачењем долази до закључка да она не сме бити на нивоу изузетка, нешто што се само једном догодило, јер сам појам „веза“ указује на краће или дуже временско трајање. Ипак, имајући и то ограничење на уму, према слову ПЗ, чланови породице су нпр. лице које се бави проституцијом и његов (њен) стални или чести клијент, као лица која повезује искључиво сексуална релација;³⁴ два истополна партнера, иако у Србији (још увек) не постоји закон којим би оваквим заједницама била призната правна дејства; два најбоља пријатеља или комшије, итд. То уједно значи и да би два лица повезана „негативним емотивним односом“, рецимо, међусобном нетрпељивошћу или мржњом, морала према ПЗ бити третирана као чланови породице.³⁵ Како ПЗ не прецизира ни нужност допуштености (постојања сагласности) у погледу сексуалне везе, могуће је доћи и до тога да су чланови породице и учинилац кривичног дела силовања и лице над којим је он дело извршио неколико пута. Ако би се при том систематским тумачењем чл. 197, ст. 3 ПЗ довео у везу с чл. 70 истог закона, дошло би се до апсурдних закључака у погледу обавезе родитеља да своје дете усмеравају ка прихватању етичких, емоционалних и националних вредности такве „породице“ о којој говори члан закона који се бави субјектима насиља у породици.³⁶ То не може бити дефиниција ни традиционалне ни модерне породице, јер се оне међусобно разликују само по томе што за основу осим сродства, модерне дефиниције узимају сваку заједницу у окриљу које се подижу деца, а која може бити брачна, како је то било карактеристично за традиционалне дефиниције породице, или данас све више ванбрачна.³⁷

³³ Mary Welstead, Susan Edwards, *Family Law*, Oxford 2011, 113.

³⁴ С. Панов, (2010а), 373. Посебну тешкоћу би представљало доказивање једног таквог односа, вид. Зоран Поњавић, *Породично право*, Крагујевац 2011, 392.

³⁵ Милан Шкулић, „Основни елементи нормативне конструкције кривичног дела насиља у породици – нека спорна питања и дилеме“, *Насиље у породици* (ур. М. Шкулић и др.), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2009, 20–21. О потреби широко дефинисаних радњи насиља у породици као ефикасном средству превенције насиља вид. Невена Петрушић, „Породичноправна заштита од насиља у породици у праву Републике Србије“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 27.

³⁶ Кривични законик Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 испр., 107/05 испр., 72/09 и 111/09) у чл. 194 предвиђа кривично дело насиља у породици, чију радњу извршења дефинише на веома сличан начин на који то чини ПЗ уређујући овај институт.

³⁷ М. Јањић Комар, (2004), 891–892; З. Поњавић, (2009), 31–46; З. Поњавић, (2011), 37.

Истина, у литератури се наводи да је за потребе института насиља у породици уведена „социолошка, а не биолошка дефиниција породице“ и да је то карактеристика свих права с простора бивше СФРЈ,³⁸ те да се субјекти насиља у породици не могу сматрати члановима породице у погледу права и обавеза из других породичних односа.³⁹ Међутим, тачно је и то да ниједно право с простора бивше СФРЈ не одређује тако широк круг чланова породице код овог института и на тако непрецизан начин како то чини српско право.⁴⁰ Најзад, индикативно је да ПЗ не садржи ни описну дефиницију породице, а да, не рачунајући Основне одредбе (чл. 2) у којима гарантује посебну заштиту породице и породичног живота, о породици говори само још код института насиља у породици.⁴¹

3.1.2. Радње насиља у породици

ПЗ предвиђа *exempli causa* неке случајеве радњи насиља у породици који због непрецизности законске формулације⁴² лако могу доћи у колизију са чл. 70 и 71 ПЗ и правом и обавезом родитеља на васпитање и образовање детета. Насиље у породици је између осталог и „ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима“, ако би то код детета, на пример, угрозило спокојство.⁴³

³⁸ Урош Новаковић, „Насиље у породици у законодавствима држава некадашње СФРЈ“, *Правни живот* 10/2009, 1082.

³⁹ М. Драшкић, (2009), 62; З. Поњавић, (2011), 391.

⁴⁰ Чл. 94 Законот на семејството; чл. 3 Закона о заштити од насиља у обитељи, *Службени лист Републике Хрватске*, бр. 110/03; чл. 3 Закона о заштити од насиља у породици, *Службени Лист Црне Горе* 46/2010; чл. 5 Закона о заштити од насиља у породици, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 118/05; чл. 5 Закона о заштити од насиља у породици, *Службене новине ФБиХ*, бр. 22/05; чл. 2 Закон о препрећивању насиља у дружини, *Урадни лист Републике Словеније*, бр. 16/08.

⁴¹ Иако то није предмет истраживања у овом раду, мора се рећи да после диге настају и на плану кривичног права и то у погледу кривичног дела насиља у породици, односно да је став кривичноправне науке и праксе да је прешироко одређење чланова породице у Породичном закону све до Закона о изменама и допунама Кривичног законика (*Службени гласник РС*, бр. 72/09) било „неприхватљиво за поступање у кривичном поступку у вези са овим кривичним делом“. Миодраг Плазичић, „Насиље у породици – Практика Општинског јавног тужилаштва у Пожеги“, *Насиље у породици* (ур. М. Шкулић и др.), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2009, 160. О домену апсурдних последица којима је то водило и уопште о сврсисходности дефинисања мера заштите од насиља у породици у породичном праву упркос постојања кривичног дела насиља у породици, односно кривичноправне као најснажније и ултимативне заштите повређених добара, М. Шкулић, 18–21. Супротно Н. Петрушић, (2006), 25.

⁴² О непрецизностима законодавца приликом дефинисања института насиља у породици видети детаљно код С. Панов, (2010а), 374 и даље.

⁴³ Вид. чл. 197, ст. 1 ПЗ и чл. 197, ст. 2, тач. 5 ПЗ. Идентичну одредбу задржава и Нацрт Грађанског законика Републике Србије у чл. 241 дела којим регулише породичне односе, *Комисија за израду ГЗ*, 95. Општим протоколом за заштиту деце

Тиме је, дакле, „забрањено не само укидање, већ и ограничавање слободе кретања или комуникације“, ⁴⁴ што као строжи стандард додатно (ако не и прекомерно) ограничава родитеље у реализовању свог права на васпитање и образовање детета. Проблем представља и конкретизација спокојства као личног добра које је заштићено поменутом нормом ПЗ, ⁴⁵ јер су „спокојство и душевно стање, како лични осећај, тако и културолошки зависни, па се поставља питање где је праг толеранције у односу на психичко насиље и у односу на шта тај праг треба мерити“. ⁴⁶ Иако ће се често угрожавање спокојства утврђивати на основу објективног критеријума, исто тако ће бити неопходно да се узме у обзир и душевно и емотивно стање, карактер, узраст, амбијент и породично окружење у коме дете одраста. ⁴⁷ У иностраној науци насиље у породици се дефинише превасходно уз употребу правних стандарда, тј. као понашање које се превасходно дешава у породичном дому, а које укључује физичку, психичку, емоционалну или сексуалну злоупотребу. ⁴⁸

У литератури се поставља питање да ли би родитељи вршили насиље у породици над својим дететом ако би му ограничили, а не потпуно укинули ноћне изласке, ⁴⁹ контакт с вршњацима који на њега врше лош утицај, или му ограничили приступ местима где се одржавају састанци верских секти, противили се његовом контакту с лицима која би на њега вршила утицај да промени вероисповест. Подсећамо да међународни документи, Устав Србије и ПЗ гарантују

од злостављања и занемаривања који је Влада Србије усвојила 2005. године, наведено је да се као емоционална злоупотреба детета подразумева и поступак којим се „ограничава кретање детета“. Општи протокол за заштиту деце од злостављања и занемаривања, 9, <http://www.inkluzija.org/biblioteka/Opstiprotokolzazastituedeodzlostavljanjaizanemarivanja.pdf>, 15.8.2011. Много прецизнија формулација и језички и смисаоно постоји у чл. 4, ст. 1, тач. 8 хрватског Закона о заштити од насиља у обитељи где је као радња насиља у породици предвиђена „протуправна изолација или ограничавање слободе кретања или комуницирања с трећим особама“. За разлику од српског права, квалификатив који ово понашање опредељује као насиље у породици јесте да се чини противправно. Законодавац Републике Српске у чл. 6, ст. 2, тач. 9 Закона о заштити од насиља у породици на идентичан начин дефинише ову радњу насиља у породици као хрватски законодавац, али изостављајући квалификатив „противправно“, што му даје једнак, непрецизан смисао какав постоји у српском закону.

⁴⁴ Слободан Панов, „Насиље у породици – аспект детета“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 287.

⁴⁵ В. Влашковић, (2007), 209.

⁴⁶ Светлана Ненадић, „Насиље у породици“, *Насиље у породици* (ур. М. Шкулић и др.), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2009, 99.

⁴⁷ М. Шкулић, 14-15.

⁴⁸ М. Welstead, S. Edwards, 106.

⁴⁹ С. Панов, (2010а), 379.

право родитељима да своје дете васпитавају у складу са сопственим етичким и верским уверењима. Проблем је актуелизован тиме што је у судској пракси као мотив за насиље у породици забележено и „неприхватање чињенице да је тужена постала члан Јеховиних сведока“, нажалост, без навођења радње којом је конкретно насиље учињено и других релевантних околности случаја.⁵⁰ Јеховини сведоци одбијају трансфузију крви, чак захтевају од лекара да њихову децу лече у складу са њиховим верским уверењима, због чега је пре неколико година једно дете у Србији изгубило живот.⁵¹ С друге стране, чл. 3, ст. 2 Закона о црквама и верским заједницама⁵² наводи да се „верска слобода не сме користити тако да угрожава право на живот, право на здравље, права деце, право на лични и породични интегритет и право на имовину, нити тако да се изазива и подстиче верска, национална или расна нетрпељивост“.

Право родитеља да деци обезбеде образовање у складу са својим етичким и верским уверењима нема само за задатак да им обезбеди да личности своје деце изграђују у складу с вредностима које сматрају за најпожељније, већ и да у томе ограниче утицај околине, а пре свега, како каже Драшкић, „индоктринацију“ од стране државе и државних школа које су по њеном мишљењу у могућности да фаворизовањем само једне религије у образовном процесу, утичу на религијско, али и свеукупно васпитање и образовање детета.⁵³ Међутим, оно има и свој позитивни аспект, кроз право родитеља који као порески обвезници финансирају школовање своје деце у државним школама, да им држава за узврат обезбеди свеобухватно, па и верско образовање њихове деце, које уједно представља и најделотворнији вид превенције против деловања агресивних верских секти на младе.⁵⁴ Право да деци обезбеде образовање у складу са својим верским и етичким уверењима родитељима гарантују

⁵⁰ Невена Петрушић, Слободанка Константиновић Вилић, *Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије*, Београд 2010, 63.

⁵¹ Вид више Ј. Радишић, 87.

⁵² *Службени гласник РС*, бр. 36/06.

⁵³ Марија Драшкић, „Право детета на слободу вероисповести у школи, *Анали Правног факултета у Београду* 1 4/2001, 517. У Првом додатном протоколу уз Европску конвенцију о људским правима предвиђена је обавеза државе да гарантује родитељима право да своју децу образују „сагласно својим верским и филозофским уверењима“. З. Поњавић, (2011), 244, фн. 354.

⁵⁴ Сима Аврамовић, „Право на верску наставу у нашем и упоредном европском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2005/1, 57, 59; Сима Аврамовић, „Уставност верске наставе у државним школама *res iudicata*“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 256. Супротно вид. Марија Драшкић, „О веронауци у државним школама, други пут“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2006, 148-149.

и аустријско, белгијско, енглеско, француско и немачко право, док га нека права ограничавају од навршене 14. (бугарско), односно 15. године детета (чешко, данско, финско), након чега се тражи његова сагласност.⁵⁵ Наиме, Конвенција о правима детета гарантује деци право да о свим питањима која их се тичу слободно изразе своје мишљење и да оно буде уважено обзиром на њихове године и зрелост, а то подразумева и право детета да одабере другачије верско васпитање од оног које би у погледу њега желели његови родитељи, под условом да је способно да о томе самостално и зрело изрази своју одлуку.⁵⁶ С друге стране, обавеза је родитеља у шеријатском праву „да подижу дете као правичног муслимана, с љубављу и пажњом“.⁵⁷

Увођење верске наставе као алтернативног предмета у српске основне и средње школе, изазвало је полемику у нашој стручној јавности. Драшкић такву одлуку, а потом и закон сматра супротним међународним конвенцијама, за шта као аргументе наводи да држава не сме никоме „да натура религију и веровање“, да слобода савести и веросиповести подразумева и могућност да се она јавно не изражава или уопште не исповеда, али и противан српском унутрашњем праву (као неуставну и незакониту), због одвојености цркве од државе.⁵⁸ С друге стране, Аврамовић се позива на законодавну праксу и ставове у науци у државама ЕУ и аргументује да се у савременим правним порецима одвојеност државе и цркве не сматра апсолутном, већ да подразумева њихову заједничку активност и „сарадњу у питањима од заједничког интереса“.⁵⁹ Он даље истиче да „право на неизјашњавање о верском уверењу“ у Србији није повређено јер ученицима стоји на располагању опција између верске наставе и грађанског васпитања, односно да се не може говорити о „наметању религије“, јер је вер-

⁵⁵ European Family Law in Action: „Parental Responsibilities“, (eds. K. Boele Woelki, B. Braat, I. Sumner), Antwerpen Oxford 2005, 131-156. У нашем законодавству о избору који предмет ће похађати одлучују родитељи за своју децу у основној школи, а сами ученици у средњој школи.

⁵⁶ М. Драшкић, (2001), 519.

⁵⁷ R. Arshad, 149.

⁵⁸ М. Драшкић, (2001), 513 и даље; М. Драшкић, (2006),

⁵⁹ Сима Аврамовић, (2005), 50. У многим државама цркве имају своје телевизијске и радио станице, *The Church Chanel* и *BYU Television* у Америци, *Australian Christian Channel* у Аустралији, *Trwam* у Пољској, *4E* и *Lihnos* у Грчкој, *ТВ СПАС* у Русији и *Вјара* у Бугарској и све емитују културни, образовни, документарни, играни програм, световну и духовну музику. Према српском законодавству Црква може да добије само локалну фреквенцију за емитовање програма, па ТВ програм емитује само *ТВ Логос* у Трстенику и његовој околини, а дозволу је добила и *ТВ Беседа* из Новог Сада. Радио станица које емитују програм СПЦ на територији Србије има једанаест, а оних које емитују програм Римокатоличке цркве свега пет. Слободан Антонић, „Између нас и Сатане“, *Нова српска политичка мисао*, 29.5.2010, http://www.nspm.rs/crkva_i_politika/izmedju_nas_i_satane.html?alphabet 1, 15.8.2011.

ска настава у школама финансирана од стране државе доступна свим припадницима традиционалних цркава и верских заједница у Републици Србији, док је осталим верским заједницама законом остављена могућност да је саме финансирају, а износи и низ других аргумената у прилог постојећој законској регулативи.⁶⁰

Сувише екстензивно тумачење норми о породичном насиљу за које оставља простор наш законодавац, а очигледно и судска пракса, не само да не доприноси најбољем интересу детета, него генерише унутарпородичне сукобе, фаворизујући и штитећи волонтизам и непостојање ничим спутане слободе и одговорности, без чега нема ни слободе других нити могућности за успостављањем уређене заједнице. Потенцијални простор за злоупотребе створен нејасном нормом која се може тумачити на различите начине и у томе имати супротна исходишта, може да паралише обавезу родитеља да васпитавају своје дете. У породици је неретко тешко разлучити допуштено од насилног понашања, с обзиром на појачан интензитет различитих емоција који у њој постоји, али и одређене генерацијске, културне, образовне, па и верске и националне разлике које детерминишу понашање чланова породице.⁶¹

Узорну норму прописује црногорско право, где је по чл. 8, ст. 2, тач. 1 Закона о заштити од насиља у породици облик насиља и „ако члан породице не води довољно бригу о исхрани, хигијени, одијевању, медицинској заштити или редовном похађању школе или не спријечава дијете у штетном дружењу, скитњи, просјачењу или крађи или на други начин у већој мјери занемарује подизање или васпитање дјетета“. За разлику од нашег, решење црногорског закона

⁶⁰ С. Аврамовић, (2005), 51 и даље. Уставни суд Србије је 2003. године одбио предлоге за утврђивање неуставности и незаконитости Закона о изменама и допунама Закона о средњој школи и Закона о изменама и допунама Закона о основној школи којима је у наше школе уведена верска настава (*Службени гласник РС* бр. 119/03).

⁶¹ Отуд питање: „Када ће једно понашање, примера ради, родитеља, бити оцењено као усмеравање детета ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва, а када ће бити оцењено као насиље у породици?“, вид. З. Поњавић (2011), 390. У пракси се недовољно води рачуна да односи у једној породици могу да буду поремећени у краћем или дужем временском периоду, али да то не значи да *a priori* представљају насиље у породици, С. Ненадић, 100. Слична аргументација постоји и у страног литературе: „Ставови према којима се одређује шта је прихватљиво понашање у блиским породичним односима мењали су се у разним епохама и у разним културама“, вид. М. Welstead, S. Edwards, 107. Супротно мишљење има Невена Петрушић: „Неопходно је да судије покажу ‘нулту толеранцију’ на насиље, што подразумева да свако понашање које одступа од стандарда ‘нормалног’ опхођења и комуницирања са члановима породице квалификују као насиље у породици.“ Н. Петрушић, (2006), 28. Слично и судија Ј. Милутиновић, (2008), 278. Чини се сувише строг приступ, нарочито ако се имају у виду мере породичноправне заштите од насиља у породици, али и могућност лишења родитељског права независно од поменутих мера.

не само што не допушта екстензивна тумачења која нису у најбољем интересу детета, већ их изричитом одредбом санкционише као радње насиља у породици. Хармонично решење које води рачуна како о праву детета на развој сопствене личности и слободног одлучивања које тај процес нужно прати, тако и о праву родитеља да учествују у том процесу у најбољем интересу детета, пружа и хрватски Обитељски закон. Њиме је предвиђено да у циљу добробити детета, а у складу с његовим узрастом и зрелошћу, родитељи имају право и дужност да надзиру дете у његовом дружењу с другим особама, односно да имају право и дужност да забране детету млађем од 16 година ноћне изласке (од 23–5 часова) без своје или пратње друге одрасле особе у коју имају поверење.⁶² Слично је решење и Обитељског закона Федерације Босне и Херцеговине, које предвиђа дужност родитеља да у циљу заштите интереса детета контролишу његово понашање сходно његовом узрасту и зрелости.⁶³ Треба апострофирати и решење француског права које омогућава родитељима да контролишу друштвене везе и пријем поште своје малолетне деце.⁶⁴

3.2. Брак

ПЗ предвиђа дужност родитеља да усмеравају своју децу да прихвате вредности емоционалног идентитета своје породице и друштва. Ипак, за разлику од раније важећег Закона о браку и породичним односима Србије, српски законодавац приликом дефинисања правних дејстава брака изоставља „љубав као законски елемент брака“, као његову полазну и исходишну емоцију правно уобличену овим древним институтом, констатује Панов.⁶⁵ Истиче се само да су „супружници дужни да се међусобно поштују и помажу“,⁶⁶ док се према ЗБПО односи брачних другова заснивају на узајамној љубави, поштовању и међусобном помагању.⁶⁷ Не мање значајну новину у ПЗ представља и одсуство правне релевантности прелјубе као бракоразводног узрока, односно изостављање обавезе верно-

⁶² Вид. чл. 95 Обитељског закона Хрватске, *Народне новине* бр. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07. Истраживања показују да се у нашој судској пракси психичко насиље врши и „контролисањем разговора и ограничавањем кретања“, али без детаљнијег навођења чињеничног стања конкретних случајева. Н. Петрушић, С. Константиновић Вилић, 64.

⁶³ Чл. 134, ст. 3 Обитељског закона Федерације Босне и Херцеговине.

⁶⁴ European Family Law in Action: „Parental Responsibilities“, 151.

⁶⁵ Слободан Панов, „Верност и прелјуба правни аспект“, *Правни живот* 10/2010, 160-165.

⁶⁶ Чл. 25 ПЗ.

⁶⁷ Чл. 6, ст. 2 Закона о браку и породичним односима Србије, *Службени гласник РС*, бр. 22/80, 11/88, 22/93 и 35/94.

сти између брачника.⁶⁸ Оваквим решењем је, указују наши угледни правни аутори, начињен отклон и дисконтинуитет у односу на целокупну српску правну традицију, од средњовековних извора па све до важећег ПЗ, али је начињена разлика и у односу на породичноправна законодавства Француске, Грчке, Енглеске, Италије, Хрватске, САД или нпр. Марока, која сва изричито предвиђају обавезу верности између супружника.⁶⁹ Решење предложено Нацртом Грађанског законика само је делимично боље, јер чл. 25 који регулише породичне односе наводи да се „брак заснива на узајмној верности, поверењу, поштовању и помагању“.⁷⁰

Према подацима Републичког завода за статистику у 2009. години укупан број живорођене деце у браку у Републици Србији (без Косова и Метохије) износио је 54.005 (77%), док је укупан број живорођене деце ван брака износио 16.294 (23%).⁷¹ У периоду од 1953–2006. године број закључених бракова на 1.000 становника је у Србији опао са 10,1 на 5,4, а број развода се повећао са 7,9 на 8,2.⁷² Двогенерацијска породица (родитељи и деца) је 1973. године у Србији чинила 64% укупних породица, а већ 2003. године, услед пораста монопаренталних породица, она је чинила свега 31% укупног броја породица.⁷³ Изгледа да и ПЗ, као матични закон у овој области, не доприноси својим решењима бољим трендовима, па ће бити интересантно анализирати сличне статистичке податке у будућности,

⁶⁸ С. Панов, (2010б), 154. У литератури се истиче да је обавеза верности имплицитно ипак предвиђена ПЗ, односно да је сублимирана обухватнијим појмом „узајмног поштовања“ коју закон предвиђа, а с којом је чин прелјубе у супротности. Панов не прихвата ова схватања, аргументујући свој став навођењем и других стилских и суштинских (не)намерних пропуста у законском тексту, који су по његовом мишљењу одлика ПЗ у целини, па закључује да би такво тумачење било у супротности са номотехником овог прописа, С. Панов, (2010б), 161–164. Младеновић, у контексту трансформације савременог породичног права које иде у корак с цивилизацијским променама, не искључује могућност да ће у блиској будућности у технолошки и економски најразвијенијим државама фактичка полигамија и полигинија, односно упоредо одржавање сексуалних односа и с другим партнерима а не само брачним, бити и изричито легализоване, Марко Младеновић, „Да ли породица има будућност“, *Правни живот* 9/1996, 553.

⁶⁹ С. Панов, (2010б), 152, 155. R. Arshad, 42. Речју Панова у истом раду, грађани Републике Србије богатији су у каталогу људских права у односу на друге народе „правом на неверност“.

⁷⁰ *Комисија за израду ГЗ*, 17.

⁷¹ Република Србија Републички завод за статистику, *Демографска статистика 2009*, Београд 2010, 71. У ЕУ је према извештају Еуростата (Статистичка агенција ЕУ) у 2008. години 35,1% деце рођено ван брака, http://www.srbijanet.rs/zivot/lifestyle/62542_broj_brakova_i_eu_opada_udvostrucen_broj_dece_rodjene_van_braka.html, 15.8.2011.

⁷² З. Поњавић, (2009), 25.

⁷³ З. Поњавић, (2009), 43, фн. 97.

када закон већ буде имао дужу примену и тиме остављао више простора за релевантнијом проценом његових ефеката.

Зато се може поставити питање карактера емоционалног идентитета оне породице која се заснива браком, а која је већ по законском одређењу лишена љубави као иницијалног, али и крунског осећања, односно емоционалног идентитета друштва чији ће нуклеус бити оваква породица. Како остварити законски и животни идеал, конкретизован кроз право и обавезу родитеља да с дететом развијају однос заснован на љубави, ако је правом уређени однос његових родитеља, чија је круна рођење детета, по самом закону лишен љубави? Најзад, да ли ће будући родитељи које законодавац „стимулише“ да и без осећања међусобне љубави ступе у брак, тј. које несанкционисањем „охрабрује“ на прељубу, бити у могућности да децу васпитавају у складу с идеалом емоционалног идентитета своје породице и друштва? Да ли родитељи и деца могу да развијају односе засноване на узајамном поверењу и поштовању, ако за пример имају родитеље које је после толико векова исти тај закон „ослободио“ обавезе да једно другом буду верни?⁷⁴

Исто важи и за ванбрачну заједницу и на њој засновану породицу,⁷⁵ јер ПЗ изједначава не само имовинскоправна, већ и лично-правна дејства брака и ванбрачне заједнице.⁷⁶

3.3. Усвојење

Српско и црногорско право су јединствени по томе што приликом заснивања усвојења фаворизују лице страног држављанства као усвојоца.⁷⁷ Према ПЗ страни држављанин може да буде усвојилац уз испуњење општих услова који се траже за сваког усвојоца, ако

⁷⁴ У извесном смислу ове појаве су само аспект савременог тренда „индивидуализације“ модерног породичног права, односно уступање места колективних, породичних и брачних интереса појединачним интересима сваког члана породице, чиме она све више прераста у скуп међусобно независних индивидуа. „Породица је стога све мање састављена од родитеља и рођака, а све више од странака“, мишљења је З. Поњавић, (2009), 80.

⁷⁵ Према томе да ли се породица заснива закључењем брака или заснивањем ванбрачне заједнице, породица може бити брачна и ванбрачна, С. Панов, (2010а), 37.

⁷⁶ С. Панов, (2010а), 147. Ванбрачна заједница се законом дефинише као „трајнија заједница живота жене и мушкарца између којих нема брачних сметњи“, а који имају права и дужности супружника. Вид. чл. 5 ПЗ Србије *in fine*.

⁷⁷ С. Панов, (2010а), 250 254. С друге стране, у македонском праву приоритет као усвојоци увек имају држављани БЈР Македоније или макар лица која на њеној територији имају пребивалиште. Љубиша Стефановски, „Поступак усвојења у Македонији“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 324.

не може да се нађе усвојилац који је српски држављанин⁷⁸ и ако се министар за породичну заштиту сагласи с усвојењем.⁷⁹ Међутим, чл. 318 ПЗ Србије предвиђа да је у поступку заснивања усвојења „орган старатељства који је одабрао будуће усвојитеље дужан да им дете упути ради узајамног прилагођавања, осим ако је усвојитељ страни држављанин“. Нацрт Грађанског законика у чл. 357, ст. 1 који регулише породичне односе садржи истоветно решење, али предвиђа као алтернативу и могућност брисања овакве привилегије за усвојιοца страног држављанства.⁸⁰

Имајући у виду значај пробног смештаја који подразумева испитивање најбољег интереса детета да буде усвојено од стране конкретних усвојилаца, као и начин њиховог међусобног прилагођавања, обавезу пробног смештаја безизузетно предвиђају немачко, швајцарско и француско право. Његово трајање је у Швајцарској одређено на најмање годину дана, а у Француској на бар шест месеци.⁸¹ У Швајцарској процену успостављених односа између потенцијалног усвојιοца и потенцијалног усвојеника врши тим стручњака различитих профила – лекари, психолози, правници, социјални радници, педагози, који имају задатак да, испитујући личности оба потенцијална субјекта усвојења, њихове карактере, материјалне, здравствене и социјалне прилике, дају оцену и о квалитету успостављених односа у породици за време пробног смештаја, као и антиципацију тих односа у будућности.⁸² Пропуст нашег законодавца додатно добија на значају ако се зна да орган старатељства, који је дужан да надзире процес узајамног прилагођавања, захтев за усвојењем може и да одбије ако процени да оно није било успешно.⁸³

Критику оваквог решења износи Панов. Он истиче да је наш законодавац, чини се, *a priori* претпоставио тешкоћу реализовања пробног смештаја када је усвојилац странац, при чему је не само пропустио да навођењем правних стандарда омогући утврђивање такве потешкоће у сваком конкретном случају, већ је изгубио из вида и да странчево пребивалиште може бити у Србији. При том ово решење изгледа још апсурдније ако се има у виду да за странца не постоје

⁷⁸ Што ће бити случај ако је прошло више од годину дана од уношења података о будућем усвојенику у Јединствени лични регистар усвојења, осим ако министар надлежан за породичну заштиту не дозволи заснивање усвојења страном држављанину и пре истека овог рока ако процени да је то у најбољем интересу детета

⁷⁹ Вид. чл. 103 ПЗ Србије *in fine*.

⁸⁰ Комисија за израду ГЗ, 132.

⁸¹ Тања Китановић, „Правни режим усвојења у упоредном праву“, *Правни живот* 10/2008, 469–479.

⁸² Т. Китановић, (2008), 472.

⁸³ Чл. 319, ст. 1 ПЗ.

никакве „извињавајуће околности“ ако не би прошао програм припреме за усвојење предвиђен у чл. 102 ПЗ, који је неопходан услов за заснивање усвојења (изузев ако усвојиоци нису супружник или ванбрачни партнер родитеља, односно усвојиоца детета).⁸⁴ Интересантно је да је овај недостатак примећен још у току поступка доношења ПЗ, али истакнуте примедбе и предложена решења којима би се заштитио најбољи интерес усвојеног детета, као и интерес очувања његовог идентитета, нису усвојене у коначном тексту закона.⁸⁵

Одредба којом се страни држављанин ослобађа обавезе да му се дете упуту ради пробног смештаја је у супротности с одредбама Конвенције о правима детета. У чл. 21, ст. 1, тач. б) Конвенције о правима детета је наведено „да се међудржавно усвојење може сматрати алтернативним начином бриге о детету, уколико се дете не може сместити у другу породицу или бити усвојено или се о детету не може на погодан начин водити брига у земљи његовог порекла.“ Нашим позитивним правом није предвиђена обавеза, па сходно томе ни поступак, којим би се пре започињања поступка усвојења у коме је усвојилац странац испитало да ли се дете може сместити у неку другу породицу (хранитељство), односно да ли се може на други начин збринути у Републици Србији, истиче Цвејић-Јанчић.⁸⁶ Решење ПЗ је противно и чл. 29, ст. 1, тач. Ц и тач. Д Конвенције о правима детета којим се државе потписнице обавезују да ће гарантовати да ће се образовање детета усмеравати на развој поштовања националних вредности земље у којој дете живи и земље из које потиче. Најзад, оно није у складу ни са чл. 20, ст. 3 Конвенције, према којем ће се детету које је привремено или стално лишено породичне средине пружити таква брига, заштита и помоћ државе која ће бити у складу са потребом „устпостављања континуитета у подизању детета, као и етничком, религиозном, културном и језичком пореклу детета“.⁸⁷

Усвојено решење у српском праву није у складу ни са принципима Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међудржавног

⁸⁴ С. Панов, (2010а), 252-253.

⁸⁵ Н. Вучковић Шаховић, 266. Најбољи интерес детета је једно од основних начела на којима се темељи и Конвенција о правима детета и Породични закон (чл. 6, ст. 1).

⁸⁶ Олга Цвејић Јанчић, „Балансирање интереса и приоритети којима треба тежити у области усвојења“, *Правни живот* 9/2005, 1114. Нацрт Грађанског закона РС у чл. 123 који се бави породичним односима стога изричито предвиђа ову обавезу, *Комисија за израду ГЗ*, 51.

⁸⁷ О значају националног, културног, расног и верског порекла у односима родитеља и деце, сведочи и пракса енглеских судова који приликом одређивања ком родитељу ће бити поверено вршење родитељског права увек воде рачуна да дете и родитељ деле ове карактеристике и уверења. С. Панов, (2010 а), 227.

усвојења, која је усвојена 1993. године на 17. сесији Хашке конференције за међународно приватно право.⁸⁸ Већ у њеној преамбули се истиче да се међудржавно усвојење може засновати као *ultima ratio*, односно тек ако за конкретно дете у земљи његовог порекла није могуће пронаћи одговарајућу породицу која би се о њему старала и ако би то било у дететовом најбољем интересу. Слично решење постоји и у руском праву, где се странци и апатриди могу јавити као усвојиоци малолетног детета руског држављанства само ако се оно не може предати на чување и васпитање породици руских држављана који имају стални домицил на територији Руске Федерације или ако га не могу усвојити његови сродници (независно од држављанства и пребивалишта).⁸⁹ Ово је разумљиво с обзиром на то да се усвојењем између усвојиоца и усвојеника ствара однос који имитира родитељски (*adoptio naturam imitatur*), што у случајевима међудржавног усвојења најчешће подразумева пресељење детета у другу државу и промену његовог држављанства, што доводи до губитка националног идентитета детета.⁹⁰ Не треба previdети да ПЗ оставља могућност да дете буде усвојено све до навршене 18. године живота,⁹¹ што и иначе, а посебно ако до усвојења дође када дете већ одрасте, може да има врло значајне психолошке, емотивне и проблеме идентитета усвојеника, нарочито када је усвојилац страни држављанин. Зато Конвенција предвиђа дужност Централних органа држава потписница који су овлашћени да обављају послове предвиђене Конвенцијом, да узму у обзир у ком духу је васпитавано дете, односно његово етничко, културно и верско наслеђе.⁹² О

⁸⁸ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=69, 15.8.2011. О садржини Конвенције, дometу и правној природи њених одредаба вид. Тања Китановић, „Међудржавно усвојење и конвенција о заштити деце“, *Правни живот* 10/2006, 193-202.

⁸⁹ Т. Китановић, (2008), 481.

⁹⁰ Вид. чл. 7, ст. 4 ПЗ Србије и Т. Китановић (2006), 194. Конвенција о правима детета у чл. 8, ст. 1 обавезује државе уговорнице да поштују право детета на очување идентитета, укључујући и држављанство. У шеријатском праву је потреба очувања сећања на порекло детета и очувања везе са природном породицом упркос усвојењу толико изражена, да се захтева да када год је то могуће дете у свом личном имену задржи породично име, односно име свог биолошког оца. Тако се и пророк Мухамед противио да Заида, кога је усвојио, зову његовим сином, иако се према њему односио с љубављу и пажњом биолошког оца, R. Arshad, 163, 176.

⁹¹ Чл. 90, ст. 1 ПЗ. У Великој Британији је то могуће до усвојеникове 19. године, али обзиром на мишљење да усвојење и раздвајање од родитеља детета старијег од 12 година може да буде супротно најбољем интересу детета, потребна је и сагласност надлежног органа у таквим ситуацијама, који је овлашћен да предложи и алтернативни начин старања о детету. M. Welstead, S. Edwards, 298-299.

⁹² Вид. чл. 16, ст. 1, тач. б) Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења.

идентичним критеријумима се, приликом заснивања усвојења, води рачуна и у енглеском праву.⁹³

Може се закључити да све међународне конвенције које се баве заштитом деце међудржавно усвојење сматрају пожељним искључиво ако се детету не може обезбедити одговарајуће старање у држави из које оно потиче. То, с једне стране, има за циљ да дете очува национални, културни, верски и језички идентитет средине из које потиче, али и да спречи трговину децом. Кад се све то има у виду, мора се истаћи да се фаворизовањем страних држављана као усвојилаца није водило рачуна о најбољем интересу детета као суштинском критеријуму за заснивање усвојења, односно да оваквим решењем нису дискриминисани само домаћи држављани као усвојиоци, већ и она деца коју усвајају страни држављани јер су лишена свих гаранција које пружа пробни смештај.⁹⁴ Тиме је повређено и једно од четири основна права детета предвиђених Конвенцијом о правима детета, „право на недискриминацију“, које је због свог значаја у свим националним законодавствима уздигнуто на ранг начела.⁹⁵ Овакво решење је у супротности и с чл. 21, ст. 3 Устава Републике Србије који забрањује сваку непосредну и посредну дискриминацију засновану по било ком основу, али и са сличним одредбама предвиђеним у чл. 2 Универзалне декларације о људским правима и чл. 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

3.4. Посебна пословна способност

Детету се гарантује право на образовање у складу с његовим способностима, жељама и склоностима, при чему се детету које је навршило 15 година живота и способно је за расуђивање даје право да одлучи коју ће школу похађати.⁹⁶ Није спорно да детету независно од узраста треба гарантовати најбоље животне и здравствене услове за потпун и правилан развој,⁹⁷ под чиме се подразумева и пуно развијање његових најразличитијих потенцијала и интересовања, а да детету одређеног степена физичке и душевне зрелости треба гаранто-

⁹³ Adoption and Children Act 2002 (ACA 2002) s 1(5), M. Welstead, S. Edwards, 300-304.

⁹⁴ О. Цвејић Јанчић, (2005), 1120.

⁹⁵ С. Панов, (2010а), 260; Н. Вучковић Шаховић, 254.

⁹⁶ Вид. чл. 63 ПЗ *in fine*. Идентичну одредбу садржи и чл. 65 Породичног закона Црне Горе, а веома сличну, која изричито ово право гарантује детету без сагласности родитеља и норвешки Закон о деци из 1981. године. *European Family Law in Action*, „Parental Responsibilities“, 47. Исто решење задржава и Нацрт Грађанског законика РС у чл. 78, ст. 2 који се бави породичним односима, *Комисија за израду ГЗ*, 34.

⁹⁷ Чл. 62, ст. 1 ПЗ.

вати право да своја интересовања и склоности конкретизује избором одговарајуће школе или занимања. Жеље детета не треба спутавати, нити треба сужавати сферу друштвених и животних односа који су предмет његове пажње, у којима оно види могућност да се развија, јер то доприноси не само развоју личности сваког појединца, већ и просперитету и хармоничним односима како у његовој породици, тако и у друштву у целини.⁹⁸ ПЗ је при одређивању узраста детета у коме оно стиче ово право водио рачуна о чињеници да дете са 15 година живота стиче и друга значајна права, односно посебне пословне способности, као што су право да заснује радни однос,⁹⁹ да закључује правне послове којима управља и располаже зарадом или имовином стеченом сопственим радом¹⁰⁰ или да сачини завештање ако је способно за расуђивање,¹⁰¹ али пре свега да је то узраст у којем оно по правилу завршава основну школу. Зато се старосна граница од 15 година за доношење овакве одлуке сматра разумном и довољном да се у погледу избора средње школе изрази воља и преузме одговарајућа одговорност која је прати. Ипак, у погледу развијања одговорности младих и подстицања да на примерен начин своје склоности усагласе са сопственим могућностима, ПЗ такав одабир оправдано ограничава на способност детета, јер би сваки раскорак између жеља и могућности био контрапродуктиван.

Томе у прилог говори и правна природа ове способности детета као специјалне пословне способности. У литератури се истиче пет различитих функција пословне способности од којих је њена заштитна функција нарочито доминантна код посебних пословних способности, у извесном смислу изузетних правила од оних које уређују општу пословну способност у једном праву.¹⁰² Овде је од суштинског значаја да „малолетнику треба омогућити да предузме оно за шта поседује потребну вољу, али то не значи да му треба омогућити да предузме све за шта поседује такву вољу. Јер, воља је само не-

⁹⁸ Хрватски Обитељски закон у чл. 94, ст. 4 говори о дужности родитеља да брину „о свестраном образовању свога дјетета и потицати његове умјетничке, техничке, шпортеке и друге интересе,“ док чл. 136, ст. 1 Обитељског закона Федерације Босне и Херцеговине прописује да образовање детета треба да буде усмерено на развој његове личности и његових психофизичких способности.

⁹⁹ Чл. 24, ст. 1 Закона о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009. Ипак, све до пунолетства, таквом детету је за заснивање радног односа потребна и писмена сагласност родитеља, усвојоца или стараоца, ако такав рад не угрожава његово здравље, морал и образовање и ако није у супротности са законом. Вид. чл. 25, ст. 1 Закона о раду.

¹⁰⁰ Чл. 64, ст. 3 ПЗ.

¹⁰¹ Чл. 79 Закона о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 и 101/03 одлука УСРС.

¹⁰² Владимир Водинелић, „Функције пословне способности малолетника“, *Право теорија и пракса* 3/1999, 34 41.

опходан услов, али не и довољан услов да би се заштитили малолетникови интереси... Без довољног животног искуства малолетници су често ускраћени за зрелост расуђивања о потреби за послом, о повољности посла и о ризицима. Знају шта хоће, али не знају све релевантне димензије тога“.¹⁰³

Управо зато, нисмо сигурни да ПЗ на најбољи начин успоставља право на образовање детета када му безусловно, неупитно, неопориво и апсолутно гарантује, да само, без усмеравања или оцењивања његовог најбољег интереса, одабере средњу школу коју ће похађати. Честа је животна ситуација да дете под утицајем окружења одабере средњу школу која само тренутно и на први поглед одговара његовим жељама, али је испод нивоа његових способности и не задовољава његова истинска интересовања.¹⁰⁴ Могућа је и ситуација *vice versa*, ништа повољнија за дете, да неутемељено преамбициозан ученик не упише жељену или жељене средње школе без алтернативе, и тако остане без средњег образовања, привремено или трајно. Тиме се обесмишљава и у чл. 70 и 71 ПЗ признато право и обавеза родитеља да у развијаном односу поверења усмеравају своје дете да усвоји вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва, односно да му обезбеде образовање које је у складу са њиховим етичким и верским уверењима. Ово тим пре што избор средње школе, који је гарантован детету, није ограничен на школе које се налазе у истом граду, па ни у истој држави у којој дете живи са родитељима. Марина Јањић Комар истиче: „Права детета се често замењују са његовим положајем субјекта и нестаје реална основа права. Губи се танка граница раздвајања процеса индивидуализације субјекта родитељског односа и позитивне дискриминације деце и занемарује дете у име његових права“.¹⁰⁵

¹⁰³ В. Водинелић, 34.

¹⁰⁴ Вид. чл. 6, ст. 1 ПЗ: „Свако је дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета“. Конвенција о правима детета у чл. 29, ст. 1, тач. а) предвиђа да образовање детета треба да буде усмерено на „развој дететове личности, талената, менталних и физичких способности до њихових крајњих могућности“.

¹⁰⁵ М. Јањић Комар, (2006), 247. „Модерно породично право везу између генерација поставља кроз призму дејих права... Слобода мишљења замењује класичан правни субјективитет и дете постаје усамљени носилац права... Интерес детета постаје циљ независан од контекста и главни принцип интерпретације породичног односа“, пише Марина Јањић Комар, *Расправа о принципима породичног права*, Београд 2008, 24-25. „Педоцентризам је схватање да је дете центар целокупног образовно-васпитног процеса и једини критеријум при избору садржаја и метода наставе и васпитања“. О педоцентризму и негативним последицама које има на развој детета у адолесцентном и постадолесцентном добу, а које се изражавају у сујети, самовољи и егоизму детета, вид. Владета Јеротић, *Духовни разговори*, Београд 2007, 192-193.

Најзад, уз *argumentum a contrario* из чл. 63 ПЗ закључујемо да право да одлучи коју ће средњу школу похађати нема дете које заврши основну школу са 14 година живота (није ретка ситуација да дете крене у школу с навршених 6 уместо 7 година живота или да у једној школској години заврши два разреда основне школе), чиме долазимо до још једног занимљивог исходишта: ученици коју су талентованији или брже савлађују градиво немају законом гарантовано право да самостално одлуче о избору средње школе, док онима чији је успех просечан или испод просека (ако су понављали неки разред) то право неутуђиво припада. Зато се чини да је било боље да је законодавац право на избор средње школе детета везао за флескибилнији тренутак у коме оно завршава основну школу, уместо што га је ограничио постављајући старосну границу од 15 година за његово стицање.

И летимичан упоредноправни преглед указује на могућност постизања равнотеже између потребе да се омогући развој личности детета, тако што би му се обезбедила могућност да самостално, у складу са својим жељама и могућностима утиче на своје образовање и врши одабир свог животног позива, и нужности да се гарантује да ће такав избор детета у сваком конкретном случају бити усмераван у његовом најбољем интересу. У чл. 24/1 Повеље о основним правима Европске Уније се оставља слобода деци да слободно исказују своја гледишта у стварима које их се тичу, али да таква гледишта треба да буду узета у обзир водећи рачуна о узрасту и зрелости детета.¹⁰⁶ Идентична одредба постоји и у француском, мађарском и грчком праву.¹⁰⁷ У Хрватској је право детета на избор образовања и занимања и право на запослење гарантовано у складу са његовим способностима, али и уз вођење рачуна о његовој добробити,¹⁰⁸ док у Републици Српској родитељи имају право и дужност да према својим приликама својој деци обезбеде школовање након завршеног редовног основног школовања, а водећи рачуна о способностима, склоностима и оправданим жељама детета.¹⁰⁹ Белгијско право иде корак даље дајући родитељима ексклузивно право да одлучују о филозофском, религијском и моралном васпитању детета, језику, школи и врсти образовања.¹¹⁰ И у Енглеској и Немачкој родитељи самостално

¹⁰⁶ *Official Journal of the European Union* C 346/1 од 18.12.2000. године. Олга Цвејић Јанчић, „Јединствено породично право Европе сан или јавна савремене Европе?“, *Правни живот* 9/2004, 872.

¹⁰⁷ Чл. 371 1 *Code Civil; European Family Law in Action*, „Parental Responsibilities“, 38, 155.

¹⁰⁸ Чл. 87, ст. 4 Обитељског закона Хрватске.

¹⁰⁹ Чл. 83, ст. 3 Породичног закона Републике Српске.

¹¹⁰ Чл. 373 375 Белгијског грађанског законика. *European Family Law in Action*: „Parental Responsibilities“, 20.

одлучују о врсти и начину образовања свог детета, односно о школи коју би требало да похађа.¹¹¹ Чешко породично право прописује да је неопходно да се родитељи сагласе о начину образовања и избору школе који жели њихово дете, а у случају да се не сагласе, о начину образовања одлучује суд, док детету припада право да се изјасни како о начину школовања, тако и о избору професије.¹¹² Готово идентичну норму, односну корисну новину у погледу могућности да у случају несугласности родитеља у погледу верског и етичког образовања детета одлучује суд или орган старатељства, предвиђа и Нацрт Грађанског законика РС у чл. 89 који се бави породичним односима.¹¹³

Нема препрека да се сличним правним стандардима и у складу са најбољим интересом детета прецизира право детета на избор средње школе и у српском праву, јер постојећи институти нашег права за то пружају гаранцију. Орган старатељства би пре свега упозоравањем родитеља на недостатке у вршењу родитељског права, а онда и доношењем одлуке којима исправља родитеље у вршењу родитељског права, у пуној мери могао да заштити легитиман интерес детета да самостално одлучује о сопственој будућности у сфери образовања и спречи мешање родитеља које би превазилазило саветодавну и подстицајну улогу.¹¹⁴ У случају несавесног вршења ових права и дужности из садржине родитељског права, родитељ би могао да буде и делимично лишен родитељског права, конкретно права на васпитање и образовање детета,¹¹⁵ а у случају злоупотребе родитељског права или грубог занемаривања вршења родитељских дужности, родитељ би могао и потпуно да буде лишен родитељског права.¹¹⁶

Иста аргументација важи и за право које ПЗ у чл. 60, ст. 4 и чл. 61, ст. 4 признаје детету које је способно за расуђивање и навршило је 15 година, да може да одлучи с којим ће родитељем живети и да ли ће и како одржавати личне односе с родитељем с којим не живи. Конвенцијом о правима детета је у најбољем интересу детета предвиђена заједничка одговорност оба родитеља за његово

¹¹¹ *European Family Law in Action*, „Parental Responsibilities“, 30, 153. Вид. пар. 1631 Немачког грађанског законика. У Енглеској то подразумева и избор да ли ће се дете образовати у школи или код куће, али у случају да се родитељи одлуче за институционално образовање, обавезни су да осигурају редовно присуство детета у школи. M. Welstead, S. Edwards, 261 262.

¹¹² *European Family Law in Action*, „Parental Responsibilities“, 26.

¹¹³ *Комисија за израду ГЗ*, 37.

¹¹⁴ Чл. 79 и чл. 80 ПЗ.

¹¹⁵ Чл. 82, ст. 1 и ст. 3 ПЗ.

¹¹⁶ Чл. 81 ПЗ.

васпитање и развој.¹¹⁷ У шеријатском праву чак постоји јединствен став по коме родитељ с којим дете живи треба да охрабрује контакт детета с другим родитељем, ако је то у најбољем интересу детета.¹¹⁸ Али, како у нашем праву детету стоји на располагању ничим ограничено и никаквом преиспитивању у контексту његовог најбољег интереса подложно овлашћење да одлучи о контакту с родитељем с којим не живи, не постоји ни гаранција да ће оба родитеља, и то не својом кривицом, бити у могућности да учествују у васпитању детета.¹¹⁹ Овакво решење би посебно негативне последице могло да има ако би родитељи били припадници различитих етничких, националних или верских група, чиме би дете у мери у којој би својом (или туђим утицајем усмеравањем) вољом ограничило личне односе са једним родитељем било лишено и сазнања, одрастања и васпитавања у духу препознавања и уважавања његових (и својих) особености. Тако се и у енглеској науци и пракси каже да је поводом овог питања „виђење детета веома важно иако не увек одлучујуће“.¹²⁰

У истом духу је и чл. 61, ст 5 ПЗ који предвиђа да „дете има право да одржава личне односе и са сродницима и другим лицима

¹¹⁷ Љ. Милутиновић, (2009), 227. У шеријатском праву ће по ханефитској школи жеље и осећања детета које навршило седам година о томе с којим ће родитељем живети и о контакту с другим родитељем бити процењиване зависно од његове зрелости, R. Arshad, 155.

¹¹⁸ R. Arshad, 157.

¹¹⁹ У предмету Рев. 491/08 Врховни суд Србије је одбио ревизију тужиоца против правоснажне пресуде којом је одбијен његов тужбени захтев према туженој којим је тражио да њихова малолетна ћерка рођена 1997. године буде њему поверена на чување и васпитање. Наиме, тужилац и тужена су се развели 2003. године, након чега су обоје засновали нове породице, а тужена се одселила с новим супругом и настанила у САД. Иако су нижестепени судови у конкретном случају утврдили да су оба родитеља и психофизички и материјално способни да се старају о детету и иако дете има једнак емоционални однос према оба родитеља, одлучено је да малолетна К. треба да живи са мајком, која је при томе обавезана да дете доводи два пута годишње у Србију ради одржавања личног контакта с оцем. Одлука је била вероватно мотивисана и тиме што је девојчица у присуству клиничког психолога изразила жељу да живи с мајком, иако је у претходним извештајима органа старатељства истакнуто њено колебање у погледу одлуке с којим би родитељем желела да живи, вид. Љ. Милутиновић, (2009), 231-233. Имајући у виду све наведене чињенице, изгледа да суд није водио рачуна о потреби да дете настави живот, школовање, образовање и развој у земљи свог порекла, те да најбољи интерес малолетне К. није посматрао и у погледу обавезе родитеља да детету обезбеди васпитање у складу с националним вредностима породице и друштва. За разлику од наших, енглески судови приликом одлучивања којем родитељу ће бити поверено вршење родитељског права, за један од суштинских критеријума спрам кога просуђују добробит детета узимају „стабилност и континуитет“, односно одржавање статуса кво у окружењу и околностима у којима је дете до тада расло, вид. *Allington v. Allington* (1985), Re M (Residence) (2004). Исти значај има и религија којој дете припада и културно окружење у коме је до тада расло, M. Welstead, S. Edwards, 373-374.

¹²⁰ M. Welstead, S. Edwards, 380.

са којима га везује посебна блискост ако ово право није ограничено судском одлуком,“ што значи да је овде реч само о праву детета на контакте са сродницима и блиским лицима, а не и о истоветном таквом праву наведених лица.¹²¹

4. ЗАКЉУЧАК

Право и дужност родитеља на васпитање и образовање детета чини саставни део садржине родитељског права, што значи да је правна природа норми којима је оно регулисано императивна. Ипак, због специфичних односа родитеља и деце и владајуће аутономије воље у модерном породичном праву, улога државе и њених органа у спровођењу овог права односно обавезе, превасходно мора да буде превентивна (што проистиче и из Конвенције о правима детета), па тек онда реактивна, кроз лишење родитељског права. Није нам познат ниједан случај из наше судске праксе да су родитељи лишени родитељског права јер нису своје дете усмеравали ка усвајању емоционалних, етичких и националних вредности своје породице и друштва.

Ако је потпуна усклађеност решења у једном правном систему, нажалост, тешко остварив идеал, ако је иста таква хармонија у једној породици правних грана, каква је грађанско право, веома пожељна, онда је она у једној грани права као што је породично право императив. ПЗ није успео да успостави унутрашњу кохезију, односно законодавац није у довољној мери водио рачуна о међузависности различитих института. Тако су право и обавеза родитеља на васпитање и образовање детета у колизији с појединим одредбама института насиља у породици, усвојења, посебне пословне способности и начина на који је дефинисан брак, што отежава остварење духа ове правне установе. Упоредноправна решења којима се постиже хармонија често супротстављених интереса у овој области треба да послуже као добар путоказ за реформу наведених института приликом доношења Грађанског законика Републике Србије.

¹²¹ Срећом, боље решење, на основу кога су субјекти овог права и сродници детета и њему блиска лица постоји у Нацрту Грађанског законика РС у чл. 76, ст. 6 који се бави породичним односима: „Сродници, као и друга лица која су са дететом развила односе посебне блискости, имају право да одржавају личне контакте са дететом, ако је то у његовом најбољем интересу,“ *Комисија за изразу ГЗ*, 33. Међутим, у контексту неотуђивог права детета способног за расуђивање да навршеном 15. годином живота самостално одлучује о одржавању личних односа с родитељем с којим не живи, остаје питање да ли ће предложена новина допринети суштинском побољшању овог института, или ће створити простор за нову колизију норми и проблеме у пракси у случају супротстављених жеља детета и њему блиских лица.

Miloš Stanković, LL.M

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

PARENTAL RIGHT AND DUTY TO CONTROL UPBRINGING AND EDUCATION OF THEIR CHILDREN

Summary

The parental right and duty to control upbringing and education of their children is mandatory in its nature. However, the role of the state bodies in implementing these rights should be limited, due to the specificities of parent-child relationship, and the prevailing free will doctrine of the contemporary Family Law. The state should act preventively, more then reactively, which would also be in line with the Convention on the Rights of the Child. Despite the fact that parents in Serbia have statutory duty to guide their children to „the adoption of emotional, ethical and national values and identity of their own family and the society“, failure of a parent to fulfill this duty is never sanctioned by depriving them of their parental rights.

The author claims that the Serbian Family Code provisions on parental right (and duty) to control upbringing and education of their children are in collision with some other rules of national law, such as those relating to the prohibition of domestic violence, adoption, marriage and legal capacity (*capacité juridique*), which makes the enforcement of the abovementioned parental right (and duty) more difficult. The author suggests that the Serbian legislator should look up to certain comparative experiences in reconciling the conflicting interests in this field.

Key words: *Parental right. – Preventive role of the State. – Internal collision of the norms.*