

УДК 347.637:347.171-055.62

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22304A

Др Душица ПАЛАЧКОВИЋ*

Др Санда ЂОРАЦ**

НЕСАГЛАСНОСТ РОДИТЕЉА О ПРОМЕНИ ПРЕБИВАЛИШТА ДЕТЕТА – ПРОЦЕСНОПРАВНЕ ДИЛЕМЕ И МОГУЋА РЕШЕЊА

У случају када родитељ који не врши родитељско право није сагласан са променом пребивалишта детета, односно пресељењем у иностранство са родитељем који самостално врши родитељско право, наши судови, по правилу, заузимају став да искључиво због тога што није дао сагласност родитеља који не врши родитељско право треба делимично лишити родитељског права и тиме омогућити да о промени пребивалишта други родитељ одлучује самостално. У теорији породичног права таква пракса је критикована као неприхватљива, па се намеће потреба да се истраже и друге процесне могућности у тим ситуацијама. У овом раду се анализирају разлике предмета спора у поступку за делимично лишење родитељског права и предмета спора у случају када нема

* Редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија, duda@jura.kg.ac.rs.

** Доцент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија, scorac@jura.kg.ac.rs.

сагласности о промени пребивалишта, испуњеност услова за вођење поступка у спору за заштиту права детета који је предвиђен Породичним законом и врста заштите која би била примерена решењу тих спорова.

Кључне речи: *Делимично лишење родитељског права. – (Не)сагласност родитеља са променом пребивалишта детета. – Поступак. – Судска заштита.*

1. УВОД

Због економске кризе, отежаног запошљавања и финансијских тешкоћа које из тога произилазе, све је чешћа појава пресељења детета/ деце у иностранство са родитељем који самостално врши родитељско право. Не треба, међутим занемарити ни околности личне природе – закључење новог брака или заснивање нове ванбрачне заједнице родитеља или жељу за повезивањем са породицом. Правно, а посебно процесноправно, у тим случајевима је спорно када се пресељењу (промени пребивалишта) противи родитељ који не врши родитељско право јер се у пракси наших судова у тим ситуацијама прибегава делимичном лишењу родитељског права родитеља који то право не врши као јединој алтернативи. Такав приступ судске праксе запажен је и критикован у нашој правној теорији десетак година уназад (видети, на пример, Драшкић 2012, 366–381; Драшкић 2020б, 264–266; Арсић, Банић 2018, 156–157). При томе, пресељење детета у другу државу непоредиво неповољније утиче на одржавање личних односа родитеља који не врши родитељско право и детета, као и на право на поштовање породичног живота у односу на промену пребивалишта у оквиру државе или у случају путовања детета без промене пребивалишта – из туристичких или здравствених разлога, због екскурзија, такмичења и сл. Деца која су навршила 15. годину живота и која су способна на расуђивање имају право да одлуче са којим ће родитељем живети¹, па је предмет анализе у раду пресељење деце млађе од тог узраста.

У процесним одредбама Породичног закона Републике Србије могу се препознати адекватнији, мање ригидни приступи разрешењу проблема несагласности са пресељењем у односу на приступ судова који се своди на делимично лишење родитељског права родитеља који то право не врши. Најприхватљивије решење је примена правила о посебном

¹ Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС* 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 60, ст. 4.

парничном поступку за заштиту права детета (ПЗ, чл. 261–273), који је и предвиђен као процесни механизам заштите оних права која ПЗ признаје детету, а нису заштићена применом правила других поступака. Како се, међутим, родитељу који врши родитељско право не може ускратити право на подношење тужбе за делимично лишење родитељског права, неопходно је размотрити и процесни положај, односно могућности којима тужени (родитељ који не врши родитељско право) располаже у овом случају. Једна од могућности је и иницирање преиспитивања (измене) начина вршења родитељског права. Такође, морају бити размотрена и узета у обзир и официјелна овлашћења суда, односно одступање од диспозитивне максиме. Све то упућује на неопходност сагледавања проблема у ширем, материјалноправном и процесноправном контексту. Предложена решења, пак, морају пружати адекватну заштиту деци, односно бити у најбољем интересу детета, али и родитеља који су у спору, односно не могу постићи сагласност, не само о промени пребивалишта, већ и о другим питањима која битно утичу на живот детета (ПЗ, чл. 78, ст. 3).

2. ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА, НАДЛЕЖНОСТ ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА И (НЕ)САВЕСНОСТ

Основни принцип вршења родитељског права који је усвојен у законима који регулишу материју породичноправних односа јесте заједничко и споразумно вршење. Тај модел ПЗ безусловно прихвата одредбом члана 75, ст. 1 у околностима када родитељи воде заједнички живот. У ставу 2 истог члана такав приступ се предвиђа и у ситуацији када родитељи не воде заједнички живот, али уз услов да су закључили споразум о заједничком вршењу родитељског права и да је суд утврдио да такав споразум одговара остварењу принципа најбољег интереса детета. Ни у условима у којима један родитељ врши родитељско право (ПЗ, чл. 77) други родитељ није потпуно лишен права и дужности које чине садржину родитељског односа. Наиме, на основу одредбе члана 78, ст. 3 родитељ који не врши родитељско право и даље има право и обавезу да издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да са родитељем који самостално врши родитељско право заједнички и споразумно одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. У члану 78, ст. 4 наводе се нека од тих питања – образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности,

а из стилизације законског текста следи да је набрајање *exempli causa* те да суд може *in concreto* да оцењује, као фактичко питање, шта је од битног значаја за живот детета (Драшкић 2020а, 287).

Уколико родитељи не могу да постигну споразум о било којем од питања која битно утичу на живот детета, примарно се примењују правила ПЗ о превентивном и корективном надзору над вршењем родитељског права од органа старатељства (ПЗ, чл. 79–80). Међутим, у теорији се истиче да, према ПЗ, постоји само једна ситуација у којој орган старатељства у оквиру превентивног надзора може да донесе одлуку о питању које битно утиче на живот детета – може одлучити о имену детета када родитељи не могу да се споразумеју (ПЗ, чл. 344, ст. 4; Влашковић 2018, 211). Истовремено, добровољност примене посредовања ограничава домете тог поступка.² Уколико такви законом предвиђени методи не буду дали резултат, односно ако се не постигне споразум, спор који постоји између родитеља и који се (као и у другим ситуацијама) негативно одражава на личност и развој детета, његова права и интересе, решаваће се судским путем.

Прибегавање делимичном лишењу родитељског права родитеља који не врши родитељско право искључиво због тога што одбија да дâ сагласност за промену пребивалишта детета свакако је проблематично. Наиме, према одредби чл. 82, ст. 1 ПЗ, делимично лишење је последица несавесног вршења права или дужности из садржине родитељског права. Савесност, као правни стандард у вршењу родитељског права, могла би се одредити као поступање родитеља у складу са дужностима и обавезама на начин прихватљив у конкретним околностима и према схватању средине. Како је несавесност у вршењу родитељских права и дужности услов за делимично лишење родитељског права, суд је дужан да *in concreto* испита да ли су однос родитеља према детету и начин његовог вршења родитељских дужности и права пре свега у складу са законским правима детета и његовим могућностима.³ На основу одредаба ПЗ и одговарајућих норми међународног права, пре свега Конвенције о правима детета, свако дете има, уз законска ограничења, бројна права из којих произилази обавеза родитеља да, у складу са

² Према чл. 80, ст. 2, т. 2 ПЗ, орган старатељства упућује на посредовање. Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС* 55/14, говори о посредовању у породичним споровима (чл. 3, ст. 2), а добровољност је одређена у члану 2.

³ Решење Вишег суда у Пожаревцу 1 Гж2 7/19, 20. фебруар 2019, *Билтен Вишег суда у Пожаревцу 7/2019*, Intermex, Београд.

својим могућностима, обезбеде детету услове за остваривање тих права, што подразумева и улагање додатних напора ради стварања услова за правилан раст и развој детета.

Несавесност у вршењу родитељских права се не претпоставља већ је доказују родитељи или друга лица овлашћена за покретање поступка за лишење родитељског права (ПЗ, чл. 264, ст. 2). Примена истражног начела условљава обавезу суда да самостално истражује и чињенице које странке нису изнеле у поступку, па и када се тичу (не)савесности родитеља (ПЗ, чл. 205). Како се правни стандард савесности у вршењу родитељског права конкретизује, односно добија одређену садржину у пракси судова, то подразумева свестран, свеобухватан приступ судова и неспорно утврђивање свих чињеница које се односе на приступ вршењу родитељског права. Савесно и брижљиво поступање родитеља у вршењу родитељског права подразумева улагање посебног напора и труда да „лични контакт са дететом буде адекватан, прилагођен потребама и узрасту малолетног детета, жељи детета да буде вољено и прихваћено у средини у којој живи“.⁴ Предмет процене суда је и приврженост родитељу (родитељима), блискост, отвореност, непосредност, искреност и нежност у односу родитеља и детета и узајамна љубав и топлина.⁵ Посебно се морају процењивати мотиви родитеља за одређено понашање, на пример, да је аутентичан мотив оца да се детету забрани да поседује путну исправу био да настави сукоб са мајком детета, а не жеља да дете остане у Србији.⁶ Поседовање личних и родитељских капацитета да се одговори развојним потребама детета у складу са узрастом, постављање граница и правила понашања, истрајност у захтевима који се постављају детету, флексибилност у поступању уз уважавање личности детета и контекста у коме дете показује одређено понашање, препознавање развојних и индивидуалних потреба детета и осетљивост на њих, обезбеђење оптимално стабилне средине за развој капацитета детета, спремност родитеља да развија своје компетенције у остварењу те улоге, само су неки од критеријума о којима се мора водити рачуна када се одлучује о савесности у вршењу родитељског права.⁷ Одлуку о делимичном лишењу родитељског права суд може до-

⁴ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 2249/2017, 26. октобар 2017.

⁵ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3228/2019, 18. септембар 2019.

⁶ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3120/2017, 27. децембар 2017.

⁷ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 6201/2020, 20. јануар 2021.

нети искључиво ако неспорно утврди да родитељ занемарује или не-савесно врши родитељске дужности и тиме угрожава добробит детета у одређеном домену живота.⁸

3. ПРАКСА СУДОВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Судови у Републици Србији, што је већ поменуто, скоро без изузетка заузимају став да се у случају спора родитеља о промени пребивалишта детета родитељ који не врши родитељско право „мора“ делимично – у односу на право на промену пребивалишта, лишити родитељског права како би се другом родитељу омогућило да самостално донесе одлуку о томе. При томе се у тужбама најчешће и као једини разлог лишења наводи околност одбијања давања сагласности, а у одлучивању се полази од одредбе чл. 82, ст. 4 ПЗ, која „омогућава“ делимично лишење родитеља који не врши родитељско право у погледу одржавања личних односа са дететом и права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, када разлози за лишење буду неспорно утврђени.

У једној од ранијих одлука у поступку по ревизији⁹, која је анализирана и критикована у литератури (Драшкић 2012, 366–381), Врховни касациони суд је изричито навео да „суд није овлашћен да уместо родитеља одлучује о пребивалишту малолетног детета или да доноси одлуке које замењују заједничке одлуке родитеља о битним питањима вршења родитељског права – која утичу на живот малолетног детета, а превентивни и корективни надзор над вршењем родитељског права обавља орган старатељства, а не суд“. При томе Врховни касациони суд није одбио пружање судске заштите¹⁰ већ је вратио правну ствар на поновно одлучивање првостепеном суду, уз налог да отклони недостатак, односно „наложи уређење тужбе у погледу захтева противтужбе који може бити усмерен на делимично лишење родитељског права, а не на доношење одлуке која замењује сагласност родитеља за одвођење малолетног детета у иностранство или да о делимичном лишењу

⁸ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3200/2017, 27. децембар 2017.

⁹ Решење Врховног касационог суда Рев. 2557/06, 1. март 2007.

¹⁰ Било је и случајева одбацивања тужбе јер захтев који гласи да се тужени обавезује да дâ сагласност за напуштање територије Србије не ужива судску заштиту (видети, на пример, Решење Вишег суда у Новом Саду Гж2. 36/10, од 11. октобра 2010, у којем се наводи: „Првостепени суд није имао законских могућности да удовољи захтеву тужилаца, јер тако постављени тужбени захтев не може бити предмет судске заштите.“).

родитељског права одлучи по службеној дужности“.¹¹ Исти став Врховни касациони суд је заузео и у одговору на спорно правно питање из 2017. године (Апелациони суд у Новом Саду 2018, 34–35).¹²

Нешто шире образложење тог става налазимо у Решењу Апелационог суда у Новом Саду¹³ које је донето у поступку по жалби, у којем се наводи: „Суд одлучује о правима и дужностима из садржине родитељског права родитеља који не врши родитељско право само ако су испуњени услови да се у том делу родитељ лиши родитељског права или позове на вршење тих права и дужности, да је право родитеља који не врши родитељско право изворно законско право и суд о том праву не треба да доноси одлуку, ако нису испуњени услови да се у том делу родитељ лиши родитељског права или позове на вршење тих права и дужности што би био предмет судског одлучивања. Стога, суд о овим правима и дужностима не треба да одлучује, када нису компромитована, јер извиру из Породичног закона и подразумевају се али, насупрот наводи дима жалбе, тужени то право и дужност има, а интервенција тужиље, као родитеља који врши родитељско право, може да се односи само на ситуације када би тужени несавесно вршио или занемаривао вршење тог права.“

Најважнији закључак тих примера је да наши судови сматрају да нису надлежни да својом одлуком „замене“ споразум родитеља. Из образложења одлука закључује се да су судови у спору по тужбама за

¹¹ Поставља се, међутим, питање зашто се захтева „уређење“ захтева тужбе, односно противтужбе, када суд може да одлучује о том питању *ex officio*, а онда и о каквом „уређењу“ је реч када се потпуно мења тужбени (противтужбени) захтев, односно налаже право објективно преиначење? О томе Познић, Ракић Водинелић 2015, 325.

¹² Супротан став изнет је, према Драшкић (2020б, 265 фн. 581), у пројекту једне утицајне европске невладине организације: „Када међу родитељима нема сагласности о неком важном питању које се тиче детета, а за чије решавање је потребна сагласност оба родитеља, надлежно тело (суд) ће покушати да се међу родитељима постигне споразум ако је то икако могуће, у супротном, надлежни орган овластиће једног од родитеља да донесе одлуку или ће одлуку донети сам орган (принцип 3.14.3).“ Такође, према Препоруци *CM/rec(2015)4 (Recommendation CM/Rec(2015)4 of the Committee of Ministers to member States on preventing and resolving disputes on child relocation*, Committee of Ministers of the Council of Europe, 11 February 2015, Dispute resolution [6]): „Родитељи или други који имају родитељске одговорности имају право да изнесу било који нерешен спор у вези пресељења детета пред надлежни орган како би одлучио.“ Под „надлежним органом“ се, пак, подразумева суд или административни орган – Definitions (c). <https://rm.coe.int/16807096c9>, последњи приступ 20. фебруара 2022.

¹³ Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 716/2013, 10. децембар 2013.

делимично лишење родитељског права процењивали шта је у најбољем интересу детета, што им је и обавеза. Тако је, на пример, оцењено да противљење давању сагласности није у најбољем интересу детета зато што је „дете у потпуности упућено на мајку, у добрим односима са њеним садашњим супругом и адаптирано на нову животну средину“¹⁴, па је стога промена пребивалишта у најбољем интересу детета, односно да над свим другим интересима и тежњама претеже интерес малолетног детета. Такав приступ је, међутим, могуће применити искључиво у ситуацијама када стварно постоје разлози за делимично лишење родитељског права, али не и у супротним. Ако у поменутој ситуацији дете није искључиво упућено на родитеља који самостално врши родитељско право, ако се није добро прилагодило новој средини или, уопштено, нема разлога за делимично лишење, па се проблем не решава налогом да се тужба „уреди“ тако да захтев гласи на делимично лишење. И даље нема одлуке о промени пребивалишта јер је захтев за лишење одбијен.

Околности на које се судови позивају у образложењима одлука не упућују неспорно на несавесност родитеља који не врши родитељско право, али га ипак делимично лишавају родитељског права у односу на промену пребивалишта. Тако се, на пример, у једној одлуци¹⁵ изричито констатује да „управо имајући у виду најбољи интерес детета и противљење туженог да мал. К. са мајком отпутује и борави одређени период у САД, указује на несавесност туженог у вршењу родитељског права“. Суд је заправо ослободио тужиљу обавезе да докаже несавесност туженог, а није је неспорно утврдио ни применом истражног начела. Или, како је у теорији уочено (Драшкић 2020 б, 265), суд је искључиво на основу противљења оца извео закључак да је он несавестан родитељ иако је имао легитимно право да се противи промени пребивалишта, односно пресељењу малолетног детета у другу државу и изнео аргументе у прилог свом противљењу.

Нижестепени судови, али и Врховни касациони суд у поступку по ревизији, на идентичан начин су одлучивали у великом броју случајева, што указује на већ формирану, устаљену и уједначену праксу.¹⁶ Околност да судови утврђују шта је у најбољем интересу детета није, наиме, довољна јер је суштина поступка делимичног лишења

¹⁴ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3200/17, 27. децембар 2017.

¹⁵ Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 359/11, 11. мај 2011, *Билтен Апелационог суда у Београду* 3/2011, 156–158.

¹⁶ Тако Врховни касациони суд у одлуци Рев. 200/12, према Милутиновић 2012, 82–84; пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. 441/16, 28. јул 2016; пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. 157/13, 20. март 2013; пресуда Врховног касационог суда Рев. 3120/17, 27. децембар 2017; пресуда Апелаци-

родитељског права да суд неспорно утврди да је родитељ несавесно вршио родитељска права. И Врховни касациони суд у неким одлукама по ревизији прихвата да тужени родитељ не процењује најбољи интерес детета на идентичан начин као други родитељ, а да суд о томе мора независно да закључује као крајњи арбитар у примени тог принципа, те да ускраћивање давања сагласности не значи *per se* да родитељ несавесно врши родитељско право и да га због тога треба делимично лишити тог права.¹⁷

4. ВРСТА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ У СЛУЧАЈУ НЕПОСТОЈАЊА САГЛАСНОСТИ ЗА ПРОМЕНУ ПРЕБИВАЛИШТА ДЕТЕТА

4.1. Уводне напомене

Проблем непостојања сагласности о промени пребивалишта детета већ на први поглед је повезан и са родитељским правом и са правима деце. У теорији се истиче да су у тим спорним ситуацијама супротстављени право на слободу кретања једног и право на породични живот другог родитеља и да је у таквим околностима веома тешко утврдити шта је најбољи интерес детета (Cashmore, Parkinson, 2016, 152). Уколико је реч о проблему вршења родитељског права, судски пут заштите, према ПЗ, био би поступак за вршење родитељског права, а ако се проблем постави са аспекта права детета, могућ је, у одређеним условима, поступак у спору за заштиту права детета.¹⁸ Оптирање за један од та два поступка условљено је ставом да ли је реч о праву детета на промену пребивалишта или је право родитеља да споразумно о томе одлуче његова суштина.

Неспорно је да одбијањем давања сагласности родитеља који не врши родитељско право за промену пребивалишта детета, овде за пресељење у иностранство, настаје спор из породичноправних односа¹⁹, који је, према одредбама Закона о парничном поступку (чл. 1)²⁰, у

оног суда у Београду Гж2 139/18, 9. март 2018, којом је одлучено о жалби против пресуде Другог основног суда у Београду П2 бр. 864/17, 6. децембар 2017; пресуда Врховног касационог суда Рев. 92/20, 30. јануар 2020.

¹⁷ Пресуда Врховног касационог суда Рев. 3229/19, 18. септембар 2019.

¹⁸ Правила тих поступака садржана су у одредбама чл. 261–273 ПЗ.

¹⁹ Реч је о тзв. релокацијским споровима, више о томе у Џелетовић 2021, 85–89.

²⁰ Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС* 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

надлежности редовних судова. Неспорно је и да су и поступак у спору за заштиту права детета и поступак за вршење родитељског права посебни парнични поступци.

Поступак у спору за заштиту права детета супсидијаран је у односу на све друге поступке предвиђене у ПЗ (Познић, Ракић Водинелић 2015, 563). У домаћој теорији породичног права прихваћен је као адекватан пут заштите у случају да не постоји сагласност о промени пребивалишта детета (Поњавић, Влашковић 2019, 284; Драшкић 2012, 381; Ковачек Станић 2012, 85), уз обавезу суда да неспорно закључи да ли та промена има позитивне ефекте на развој детета – физички, ментални, духовни, морални, психолошки и социјални (Драшкић 2020а, 260).

За одређење предмета спора у поступку за вршење родитељског права релевантне су одредбе чл. 75–78 ПЗ, којима се као начини вршења предвиђају заједничко и самостално, што је несумњиво ограничавајућа одредба. Исто важи и за одредбу чл. 272, ст. 2 ПЗ: „Ако родитељи нису закључили споразум о вршењу родитељског права или суд процени да њихов споразум није у најбољем интересу детета, одлуку о поверавању заједничког детета једном родитељу, о висини доприноса за издржавање од стране другог родитеља и о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем доноси суд.“ Тиме је, наиме, одређено о чему суд одлучује по правилима поступка за вршење родитељског права (Влашковић 2018, 212).

С друге стране, покретање поступка у спору за заштиту права детета законом је двоструко условљено – прво, захтев се мора односити на заштиту права детета које је предвиђено одредбама ПЗ и, друго, да заштита таквог права није обезбеђена одредбама неког другог поступка нормираног овим законом.²¹

На основу одредаба у којима се помиње пребивалиште детета може се закључити да се у ПЗ право детета на пребивалиште не само помиње већ и унеколико регулише. Ту, пре свега, мислимо на одредбу чл. 76, ст. 2, којом се прописује да саставни део споразума родитеља о заједничком вршењу родитељског права мора бити и споразум о томе шта се сматра пребивалиштем детета. И тај споразум је предмет процене суда са аспекта најбољег интереса детета, што имплицира да суд има обавезу да, уколико споразум не одговара најбољем интересу детета,

²¹ Тако, када је реч о праву становања (*habitatio*) које је изричито предвиђено одредбом чл. 194 ПЗ, а не штити се ни у једном другом поступку, дилеме нема (Милутиновић 2006, 451–464), као ни када је реч о праву на одржавање личних односа са блиским сродницима (Тасић 2022, 45).

одлучујући о начину вршења родитељског права, одлучује и о пребивалишту детета.²² Уколико оцени да је самостално вршење у интересу детета, поверавањем детета родитељу који ће самостално вршити родитељско право суд такође одлучује и о његовом пребивалишту. Такође, ако је одлуком суда већ решено о начину вршења родитељског права (самостално у случају који се овде анализира), уз констатацију да дете има право на промену пребивалишта које је условљено или сагласношћу родитеља или оценом суда да је то у најбољем интересу детета, логика налаже вођење поступка у спору за заштиту права детета. Мада у теорији породичног права има мишљења да је право на развој управо једно од права за која се у ПЗ не предвиђа посебан поступак заштите и да несагласност родитеља о промени пребивалишта детета може угрозити то право (Поњавић, Влашковић 2019, 284), чини се да има оправдања да се заштита пружа непосредно праву на промену пребивалишта (или продају имовине веће вредности, предузимање већих медицинских захвата и др.), зависно од процене најбољег интереса детета.

Мада то не може бити кључни аргумент за одређивање врсте поступка чија би примена била адекватна у случају који анализирамо, напомнимо да је у поступку у спору за заштиту права детета у односу на поступак у спору за вршење родитељског права круг активно легитимисаних лица проширен на јавног тужиоца (ПЗ, чл. 263, ст. 1 и чл. 264, ст. 1 и 2), а предвиђена је и нарочита хитност поступка²³, што утиче на ефикасност заштите права деце.

4.2. Прва алтернатива – издејствовати изјаву воље

Поступком за заштиту права детета нису ограничене врсте заштите па би, практично, биле могуће све три врсте тужби које су типичне за парничну процедуру – кондемпнаторна, преображајна и декларативна. Међутим, како је предмет спора оцена да ли је промена пребивалишта у најбољем интересу детета у контексту околности конкретне правне

²² То је још један од аргумента у прилог ставу да суд има могућност да о пребивалишту, односно промени пребивалишта детета одлучује, без обзира на то што формулације тужби да се одлуком суда замени сагласност нису прихватљиве, како је већ напоменуто.

²³ Скраћивањем рокова за заказивање првог рочишта (осам дана од пријема тужбе у суду) и обавезом другостепеног суда да о жалби одлучи у року од 15 дана од дана када му је достављена жалба.

ствари и непостојања сагласности родитеља, то показује да суд доноси одлуку о промени која се односи на једно од права деце, што није типично за „праву“ кондемпнацију. Једна од новијих одлука Основног суда у Новом Саду²⁴, којом је родитељу који врши родитељско право наложено да дâ сагласност за путовање детета у иностранство изјавом код јавног бележника, а ако родитељ то одбије, пресуда суда ће „заменили“ недостатак сагласности, упућује, аналогијом, на могућу врсту тужбе, односно заштите која би се могла пружити и у ситуацији коју у раду анализирамо.

Када тужилац жели да оствари једно своје право на промену тако што ће издејствовати усвајање свог захтева, реч је о преображајним (конститутивним) тужбама (Познић 2009, 397).²⁵ Промена се, према материјалноправним (ређе и процесноправним) прописима, може постићи искључиво тужбом чији је захтев преображајноправне природе и пресудом којом се усваја такав тужбени захтев. Преображајном пресудом се тужиочево право на промену остварује када се тај циљ не може постићи једностраном изјавом воље или сагласно,²⁶ што кореспондира са проблемом који је предмет анализе у овом раду. То је свакако ситуација када дете покреће поступак за заштиту свог права на промену пребивалишта, али и када тужбу покреће један од родитеља, уколико се пође од премисе да дете има положај странке у сваком поступку у коме се одлучује о његовим правима, што, без обзира на околност да у ПЗ не постоји изричита одредба о томе, обезбеђује највиши ниво заштите права деце.²⁷ Тужбени захтев би, међутим, у овим ситуацијама гласио да се тужени обавезе да дâ изјаву воље²⁸ – да други родитељ дâ сагласност за промену пребивалишта детета изјавом код јавног бележника. У науци грађанског процесног права нема потпуне сагласности о правној природи тужби чији захтев гласи да се дâ изјава воље зато

²⁴ Основни суд у Новом Саду Р-351/2017, 1. март 2019.

²⁵ Преображајна тужба је процесноправни пандан материјалним преображајним овлашћењима (Јакшић 2021, 353). Више о врстама преображајних права видети у Познић, Ракић Водинелић 2015, 305–306.

²⁶ Трива и Дика (Triva, Dika 2004, 408) изричито наводе да се преображајном тужбом може постићи заштита и у ситуацијама када се одређена промена у правном односу не може постићи само једностраном изјавом воље већ је за то потребна сагласност странака, а она је изостала. Изричито и Познић 2009, 398

²⁷ Видети чл. 7, ст. 1 Нацрта закона о правима детета и заштитнику права детета. <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/070619/070619-vest15.html>, последњи приступ 16. маја 2022.

²⁸ Могућност тзв. издејствовања изјаве воље у поступку извршења одлука о заштити права детета прихвата и Тасић 2022, 107.

што тужилац, заправо, предлаже обавезивање на чинидбу, али пресуда којом се таква обавеза изриче не извршава се принудно. Закон, наиме, прописује фикцију да је правноснажношћу пресуде изјава дата што се сматра аргументом у прилог преображајног карактера ових пресуда.²⁹ Усвајањем оваквог захтева уз оцену свих релевантних околности, а посебно најбољег интереса детета, у конкретном случају, родитељ би био обавезан да дâ изјаву којом се саглашава са променом пребивалишта малолетног детета у конкретном случају, односно изјаву о сагласности за пресељење детета у одређени град/државу. Другим речима, не обавезује се родитељ који не врши родитељско право на давање генералне, начелне сагласности за промену пребивалишта детета већ ће за евентуалну сваку будућу промену морати да се води посебан поступак, што оправдавају промењене околности, односно измењен чињенични основ тужбе.

Изрека такве пресуде има, дакле, и обавезујући део, који указује на то да је реч о тзв. мешовитој – преображајно-кондемпнаторној пресуди. Како кондемпнаторни (обавезујући) елемент таквих пресуда подлеже принудном извршењу (Познић, Ракић Водинелић, 436; Dika 2009, 323–324), али се у овом случају родитељ који не врши родитељско право обавезује на давање изјаве воље, примењивала би се правила из чл. 390 Закона о извршењу и обезбеђењу³⁰, односно фикција да је изјава дата у моменту наступања правноснажности пресуде. То је једно од средстава извршења ради принудног остварења неновчаног потраживања извршног повериоца (ЗИО, чл. 54, ст. 3) када је изјава воље правна радња коју дугује извршни дужник. Обавеза која се састоји у давању изјаве воље не може се остварити употребом средстава принуде и због тога законодавац прописује наведену фикцију, односно да у тој ситуацији није потребно водити поступак извршења.³¹

Како је одлука о вршењу родитељског права подложна изменама у новом судском поступку, с обзиром на измењене околности, тужени родитељ у поступку за заштиту права детета може да поднесе и противтужбу за измену начина вршења родитељског права и да изнесе да пресељење, односно промена пребивалишта није у најбољем интересу детета или наведе и неке друге, нове околности. Или да суд о томе

²⁹ О овоме видети Познић, Ракић Водинелић (2015, 307).

³⁰ Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС* 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење.

³¹ Више о издејствовању изјаве воље вид. Станковић, Палачковић, Трешњев (2020, 1288–1290).

одлучи *ex officio*. То значи да нема забране да родитељ који не врши родитељско право, знајући да родитељ који врши родитељско право има намеру да са дететом отпутује, да промени пребивалиште детета, сам поднесе тужбу за измену начина вршења родитељског права. У том случају тужени, опет услед конекситета предмета спорова³², може реаговати противтужбом за заштиту права детета. Иста врста поступка по тужби и противтужби, што је један од услова допуштености противтужбе, није у тим ситуацијама проблематична јер су сви поступци из породичноправних односа посебни парнични поступци, а у прилог могућих варијанти противтужбе су и официјелне могућности суда из одредбе чл. 273 ПЗ.

Конечно, да ли се може закључивати према аналогiji на ситуацију недавања сагласности за продају имовине веће вредности, у којој би, уколико је родитељ који врши родитељско право без сагласности другог родитеља већ отуђио имовину, овај могао тужбом захтевати поништај овако закљученог правног посла? Из овако примењене аналогije би проистекла могућност да се, у случају када је родитељ донео одлуку о промени пребивалишта самостално, без сагласности другог, тужбом захтева поништај такве одлуке (такође преображајна по правној природи). Такво закључивање је, међутим, проблематично када нема никаквог формално закљученог правног посла нити формално дате изјаве воље. Ако постоји захтев за издавање путне исправе за дете као доказ самостално донете одлуке родитеља који врши родитељско право, то не омогућава подношење поменути тужбе, а и услови за њено издавање су другачији него за промену пребивалишта. Извршена промена пребивалишта, односно пресељење у иностранство, с друге стране, без сагласности другог родитеља, уколико би до ње дошло, асоцира на отмицу, што такође подразумева другачији приступ.

4.3. Друга алтернатива – утврдити право детета на промену пребивалишта

Декларативна заштита, чији је смисао декларисање да једно право (или правни однос) постоји, начелно би била могућност за покретање поступка у спору за заштиту права детета у анализираном случају. Но, пресуда којом се у случају основаности усваја захтев таквих тужби

³² О противтужбама, посебно конексној, више у Станковић, Боранијашевић (2020, 353–355); Јакшић (2021, 445); Познић, Ракић Водинелић (2015, 350).

није подобна за принудно извршење (Станковић, Боранијашевић 2020, 445; Познић, Ракић Водинелић 2015, 302). Усвајање тужбеног захтева значило би да се утврђује да дете има право на промену пребивалишта јер је то у његовом најбољем интересу. Постојање права морало би бити, међутим, конкретно повезано са околностима правне ствари, односно морало би да се утврди да дете има право на промену пребивалишта у конкретном случају, као и у претходно анализираној преображајно-кондемпнаторној одлуци, а не генерално. Истовремено, наступање правноснажности пресуде којом се захтев усваја и утврђује право на промену пребивалишта било би основ за родитеља који врши родитељско право да се пресели са дететом у иностранство. Одбијањем тужбеног захтева, односно одлуком да на основу околности конкретне правне ствари дете нема право на промену пребивалишта, опет због тога што то није у његовом најбољем интересу, значило би да није било потребе за заштитом права детета те да нема потребе ни за тражењем сагласности родитеља који не врши родитељско право. ПЗ, међутим, не предвиђа изричито могућност подношења декларативне тужбе у анализираном случају па би обавеза тужиоца била да учини вероватним постојање правног интереса за утврђење. Ипак, у теорији се сматра да такав интерес постоји нарочито када се положај тужиоца показује несигурним према туженом, а закључак о томе могуће је извести управо из понашања туженог (Познић, Ракић- Водинелић 2015, 303). Непостојање споразума родитеља свакако указује на несигурност положаја како родитеља који подноси позитивну декларативну тужбу, тако и оног који не врши родитељско право, али легитимно сматра да промена пребивалишта није у најбољем интересу детета. Оваква ситуација свакако се реперкутује и на несигурност положаја детета. Околности које износи тужилац имају управо за циљ да увере суд да јесте/није пресељење у најбољем интересу детета (зависно од тога да ли је захтев декларативне тужбе позитивно или негативно формулисан), што би, чини се, било довољно за доказивање постојања правног интереса. Новој тужби којом би се одлучивало о праву на промену пребивалишта било би и овде места услед промене чињеничног основа тужбе, што по правилу значи околности повезаних са најбољим интересом детета (Познић, Ракић Водинелић 2015, 313–316).

Захтев би био формулисан зависно од тога ко од активно легитимисаних лица по закону може да поднесе тужбу. Наиме, родитељ који самостално врши родитељско право подносио би позитивну декларативну тужбу, било у своје име било у име детета, као његов заступник, док би родитељ који не врши родитељско право поступак покретао негативном декларативном тужбом. Дете би, пак, формалноправно могло да поднесе обе врсте тужби. Међутим, суштински, како је његов

заступник родитељ који самостално врши родитељско право, у пракси би то била позитивна декларативна тужба јер је у име детета подноси родитељ који жели промену пребивалишта.³³

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Анализа извршена у раду, а пре свега изнета аргументација, показују, пре свега, да је неприхватљиво да се одлука о лишењу, у случају када родитељ који врши родитељско право поднесе тужбу против другог родитеља са захтевом да се тај други родитељ делимично лиши родитељског права у погледу права на промену пребивалишта детета, донесе искључиво на основу те околности. Ма колико, према одредбама ПЗ, било прихватљиво да се и таква тужба поднесе, тек проценом бројних релевантних околности, као што су разлози обе странке и најбољи интерес детета, суд се може одлучити да ли је захтев основан. Разлози наведени у овом раду упућују, међутим, на закључак да је подношење тужбе за заштиту права детета исправан процесноправни пут у случају када родитељ који не врши родитељско право одбија да се сагласи са променом пребивалишта детета због тога што сматрамо да су за то испуњени услови (разлози) који су предвиђени одредбама ПЗ. Између осталог, такво закључивање оправдава и околност да суд у том поступку може по службеној дужности да одлучи и о вршењу и лишењу родитељског права. Такође, неспорно је да захтев тужбе не може да гласи да пресуда замени сагласност родитеља, али процесни механизми чијом применом се може обезбедити заштита свакако постоје. Поступање било по преображајној било по декларативној тужби мора обезбедити правилно закључивање о томе да ли промена пребивалишта има или нема позитивне ефекте за укупан развој детета, односно да ли пресељење јесте или није у најбољем интересу детета. У конкретном случају неопходно је размотрити питање да ли се пресељењем стварају нови, бољи услови за живот, образовање, здравствену заштиту детета, боља финансијска ситуација за родитеља (не и као примарни критеријум), а тиме и за дете, како промена утиче на квалитет одржавања личних односа и сл. У теорији се оправдано истиче да најпре, „кроз призму савесности и оправданости“, треба проценити разлоге за пресељење и разлоге за противљење пресељењу (Новаковић

³³ Треба имати у виду одредбе ПЗ о постављању колизијског старатеља или привременог заступника, према чл. 265 и 266, и о њиховим дужностима, према чл. 267.

2020, 293). У случају да нема оправданих разлога за пресељење, однос детета и другог родитеља би био прекинут уколико до пресељења дође, а дозвољавање пресељења би имало карактер повреде права на породични живот детета и родитеља који не врши родитељско право (Новаковић 2020, 23). Није спорно да у судском поступку предмет оцене мора бити и да ли је родитељ који тражи пресељење савестан, односно да ли пресељењем искључиво жели да онемогући одржавање личних односа између детета и другог родитеља или то није случај. Супротно томе, мора се извести неспоран закључак и да ли је разлог за противљење другог родитеља пресељењу искључиво мотивисан намером да онемогући родитеља који тражи пресељење да заснује нови брак, пронађе боље радно место или да се врати у своју примарну породицу, а не бригом за благостање детета (Новаковић 2020, 293). Или, суд је неспорно у обавези да утврди мотиве оба родитеља, а у тим оквирима су релевантни и интереси оба родитеља. То, даље, имплицира суштинску процену како и да ли интереси родитеља конвергирају најбољем интересу детета. Ако суд неспорно утврди да је родитељ не-савестан, то води делимичном лишењу родитељског права у погледу права детета на промену пребивалишта по службеној дужности.

С обзиром на то да је, дакле, дете централна фигура поступка у спору за заштиту права детета (као и у свим другим поступцима у споровима из породичноправних односа у које је дете укључено потребом за највишим могућим степеном заштите његове личности, права и правом заштићених интереса), суд мора неспорно да утврди *in concreto* све околности релевантне за најбољи интерес детета. Осим околности које у поступку износе родитељи као странке, то су и оне које суд утврђује применом истражног начела. Посебно се мора обезбедити, под условима из ПЗ, да дете које је способно да формира своје мишљење добије све информације које су му у том процесу неопходне и да своје мишљење изрази. У том процесу је посебно важна улога колизијског старатеља и привременог заступника, која је дефинисана одредбама ПЗ. У доказном поступку, осим доказа које су предложиле странке, суд је *дужан* да пре доношења одлуке затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Апелациони суд у Новом Саду. 8/2018. *Билтен судске праксе*. Београд: Intermex.
- [2] Арсић, Јелена, Милена Банић. 2018. Анализа имплементације домаћег законодавства, међународних докумената и општеприхваћених стандарда међународног права у остваривању породичноправне и социјалне заштите деце. 150–164. *Зборник стручних анализа правних аката у области људских права*. Београд: Кућа људских права – Swiss Agency for Development and Cooperation SDC – Заштитник грађана.
- [3] Cashmore, Judy, Patrick Parkinson. 2/2016. Children’s ‘wishes and feelings’ in relocation disputes, *Child and Family Law Quarterly* 28: 151–173.
- [4] Дика, Михајло. 2009. *Грађанско парнично процесно право*. Књига VI, *Тужба*. Загреб: Народне новине.
- [5] Драшкић, Марија. 1/2012. Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије. *Анали Правног факултета у Београду* 60: 366–381.
- [6] Драшкић, Марија. 2020а. *Породично право и права детета*. 11. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [7] Драшкић, Марија. 2020б. Члан 82. Делимично лишење родитељског права. 258–267. *Коментар Породичног закона – пракса Европског суда за људска права, пракса Уставног суда, пракса редовних судова, према стању законодавства од 1. фебруара 2020. године*, ур. Мијодраг Радојевић. Београд: Службени гласник.
- [8] Џелетовић, Мирна. 2021. *Правни положај детета у ситуацијама његовог незаконитог одвођења у земљи и иностранству*, докторска дисертација. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- [9] Јакшић, Александар. 2021. *Грађанско процесно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [10] Ковачек Станић, Гордана. 2/2012. Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце. *Анали Правног факултета у Београду* 60: 74–94.

- [11] Милутиновић, Љубица. 2006. Право становања – *habitatio* у Породичном закону. 451–464. *Ново породично законодавство*, зборник радова са саветовања. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [12] Новаковић, Урош. 2020. *Пресељење детета и родитеља који врши родитељско право – relocation случајеви*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [13] Поњавић, Зоран, Вељко Влашковић. 2019. *Породично право*. 6. издање. Београд: Службени гласник.
- [14] Познић, Боривоје, Весна Ракић Водинелић. 2015. *Грађанско процесно право*. 17. издање. Београд: Правни факултет Универзитета Унион – Службени гласник.
- [15] Познић, Боривоје. 2009. Тужба. 393–406. *Коментар Закона о парничном поступку: према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник
- [16] Станковић, Гордана, Душица Палачковић, Александра Трешњев. 2020. Члан 380. Извршење ради заштите од насиља у породици, заштите права детета и других одлука у вези с породичним односима. 1238–1240. *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу: са одабраном судском праксом и примерима поднесака и одлука: према стању законодавства од 25. децембра 2017. године*, ур. Мијодраг Радојевић. Београд: Службени гласник.
- [17] Станковић, Гордана, Владимир Боранијашевић. 2020. *Грађанско процесно право*. Ниш: Свен.
- [18] Тасић, Анђелија. 2022. *Извршење одлука из односа родитеља и деце*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
- [19] Triva, Siniša, Mihajlo Dika. 2004. *Грађанско парнично процесно право*. 7. izdanje. Zagreb: Narodne novine.
- [20] Влашковић, Вељко. 2018. Одлучивање о питањима која битно утичу на живот детета према Породичном закону Србије. 201–216. *Породични закон – дванаест година после*, ур. Марија Драшкић, Небојша Шаркић, Јелена Арсић. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.

Dušica PALAČKOVIĆ, PhD

Full Professor, retired, University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

Sanda ĆORAC, PhD

Assistant Professor, University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

PARENT'S DISAGREEMENT TO CHANGING THE CHILD'S PERMANENT RESIDENCE – PROCEDURAL DILEMMAS AND POSSIBLE SOLUTIONS

Summary

In the case when the parent who does not exercise parental rights does not agree with the change of permanent residence of the child, i.e., doesn't agree with the child moving abroad with a parent who independently exercises parental rights, courts in Serbia, as a rule, take the position that only because they did not give consent, the parent who does not exercise parental rights should be partially deprived of the parental rights and thus enable the other parent to independently decide on the change of permanent residence. In the theory of family law, this practice has been criticized as unacceptable, therefore there is a need to explore other procedural possibilities in such situations.

Key words: *Partial deprivation of parental rights. – (Dis)agreement of a parent with change of permanent residence of the child. – Procedure. – Court protection.*

Article history:

Received: 16. 5. 2022.

Accepted: 31. 7. 2022.