

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**Процесни положај детета у парницама за вршење
родитељског права у пракси Основног суда у
Нишу**

(мастер рад)

Ментор

Проф. др Невена Петрушић

Студент

Стефан Анђелковић

Број индекса: М 008/15-О

Ниш, 2017.

САДРЖАЈ

I.	УВОД.....	1
II.	ПАРНИЦЕ ЗА ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА	4
III.	ПОСТУПАК У ПАРНИЦАМА ЗА ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА	5
	1. Нормативни оквир поступка у парницама за вршење родитељског права	5
	2. Начела поступка у парницама за вршење родитељског права	8
	3. Субјекти поступка у парницама за вршење родитељског права	11
	4. Дете као субјекат поступка у парницама за вршење родитељског права.....	11
	4.1. Страначка способност детета.....	11
	4.2. Парнична способност детета.....	12
	4.3. Постулациона способност детета	14
	4.4. Процесна легитимација детета.....	14
	4.5. Заступање детета	17
	4.5.1. Родитељи као заступници детета.....	19
	4.5.2. Колизиски заступник детета	20
	4.5.2.1. Разлози за постављање колизиског заступника	22
	4.5.2.2. Ко може бити постављен за колизиског заступника	23
	4.5.2.3. Поступак за постављање колизиског заступника	25
	4.5.2.4. Права и дужности колизиског заступника.....	26
	4.6. Право детета на слободно изражавање мишљења	27
	4.6.1. Природа и садржина права детета на слободно изражавање мишљења.....	28
	4.6.2. Остваривање права детета на слободно изражавање мишљења.....	32
IV.	ИСТРАЖИВАЊЕ.....	34
	1. Предмет и циљ истраживања	34
	2. Методологија истраживања	35
	3. Резултати истраживања	35
V.	ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	52
	ЛИТЕРАТУРА.....	56
	ПОПИС ОСТАЛЕ ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ.....	59
	САЖЕТАК И КЉУЧНЕ РЕЧИ	60
	SUMMARY AND KEYWORDS.....	62
	БИОГРАФИЈА СТУДЕНТА.....	64
	УПИТНИК	65

I. УВОД

Правни положај детета, у многоме је измењен, усвајањем Конвенције о правима детета¹, која је најприхваћенији међународни уговор. Конвенцијом су први пут у историји дефинисана фундаментална права детета. Овај основни иновативни међународни документ у области дечијих права, „који представља успешан спој идеја протективизма и концепта дечијих права“ (Петрушић, 2006а:170), по први пут детету гарантује широку палету грађанских, политичких, економских и културних права, као што су право детета да тражи, прима и даје информације свих врста, право на слободу мишљења, савести и вероисповести, право на слободу удруживања и мирног окупљања, право детета да изрази своје мишљење о свим питањима која га се тичу у складу са својим годинама зрелости и др. Дете се више не посматра само као особа којој треба пружити појачану, посебну, заштиту, већ се препознаје као достојанствено, способно и аутономно биће, коме је пружена могућност да захтева поштовање својих права.

Права установљена КПД ближе су разрађена Европском конвенцијом о остваривању дечијих права², којом је установљен низ посебних процесних права детета, чије вршење обезбеђује да дете активно учествује у свим поступцима који се тичу његових права и интереса.

Ратификацијом Конвенције о правима детета наша држава се обавезала да правне тековине конвенције инкорпорира у сопствени правни систем.³ У складу са овим, 2005. године, извршене су реформе у области породичног законодавства Републике Србије.

¹ Конвенција о правима детета (у даљем тексту „КПД“) усвојена је 1989. године под окриљем Уједињених нација. Конвенција је основни инструмент за промоцију и заштиту права детета, како на међународном тако и на националном нивоу (Вучковић Шаховић, Петрушић, 2015:46). Конвенција о правима детета се може окарактерисати као иновативна, с обзиром да успоставља нека нова и изазовна права, међу којима је и право детета да изрази своје мишљење (Вучковић Шаховић, 2011: 8).

² European Convention on the Exercise of Childrens Rights (Council of Europe, ETS No. 160), отворена за потписивање 25.01.1996. године, ступила на снагу 07.01.2000. године. Европску конвенцију о остваривању дечијих права наша држава још увек није ратификовала.

³ Конвенцију о правима детета ратификовала је 1990. године СФРЈ, у чијем је саставу Србија била, доношењем Закона о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета. Република Србија се као сукцесор Државне заједнице Србије и Црне Горе сматра чланицом Конвенције о правима детета. Конвенција о правима детета се у Републици Србији, као и сви остали ратификовани међународни уговори, непосредно примењује, при чему се по својој правној снази, закони о потврђивању међународних уговора налазе одмах после Устава (чл.16 ст. 2, чл. 194 Устава РС) .

Права детета, усвојена и уобличена КПД, инкорпорисана су у унутрашње право Републике Србије доношењем новог Породичног закона.⁴ Његовим доношењем по први пут је у нашем законодавству посебно нормативно уређен корпус права детета под родитељским старањем, која су експлицитно утврђена као његова посебна и самостална права, а не као права изведена из дужности родитеља (Петрушић, 2006а:171). Породични закон је регулисао само извешан број права детета гарантованих Конвенцијом. Бројна права детета предмет су регулативе других посебних домаћих прописа (Палачковић, 2006а:23), с тим што постоји могућност директне примене Конвенције.⁵

Конвенција о правима детета утицала је и на унапређење процесног положаја детета у судским и управним поступцима који се тичу деце. Породични закон је предвидео посебна процесна овлашћења како би се деци омогућило суштинско уживање признатих права. Детету је признат статус активно процесно легитимисаног субјекта за покретање појединих посебних парничних поступака у вези са породичним односима.

Породичним законом детету су призната и регулисана поједина права у судским поступцима у којима се одлучује о његовим правима и интересима. Права које ПЗ признаје детету у судском поступку резултат су настојања законодавца да операционализује принцип партиципације који је садржан у члану 12 КПД.⁶ Даље, ПЗ је одредио пословну, а тиме посредно, и парничну способност детета, а уредио је и модел заступања детета.

Овај рад посвећен је процесном положају детета у парницама у којима се одлучује о вршењу родитељског права.

На одабир теме утицала је чињеница да се парница за вршење родитељског права непосредно тиче интереса и права детета, а да су досадашња истраживања показала да правни оквир остваривања права детета у парницама за вршење

⁴ Породични закон, „Службени гласник РС“, бр. 18/2005 и 72/2011; (у даљем делу рада „ПЗ“). Управо је и основни циљ законских промена био да се у области породичних односа успостави породичноправни систем, компатибилан савременом европском законодавству и пракси, уз пуно уважавање новог карактера породичних односа и савременог концепта права човека, посебно права детета (Петрушић, 2006б:103).

⁵ Чл. 16. ст. 2. Устава Републике Србије, Сл. гласник РС, 98/2006.

⁶ Више о овоме видети: Палачковић, 2006б:360.

родитељског права није сасвим задовољавајући⁷ и да се у пракси појављују бројне дилеме у тумачењу и примени прописа којима је регулисан процесни положај детета у овим парницама.

Циљ рада је да се сагледају недостаци у законској регулативи и евидентирају проблеми и изазови у практичном остваривању процесних права које дете има као субјект поступка у парницама у којима се одлучује о вршењу родитељског права. Ради остваривања овог циља критички сам анализирао релевантне законске прописе и спровео емпиријско истраживање правне праксе Основног суда у Нишу у правним стварима вршења родитељског права. Резултати истраживања обезбедили су подлогу да у раду формулишем и одговарајуће предлоге за унапређење процесног положаја и стварања услова да дете у пуној мери оствари права која му гарантује КПД и прописи Републике Србије.

Рад се састоји од четири целина.

У првом делу рада изложен је нормативни оквир парнице за вршење родитељског права, са освртом на начела и субјекте овог парничног поступка. Централни део рада посвећен је анализи и критици одредби ПЗ којима је уређен процесни положај детета у парницама за вршење родитељског права, а који је одређен страначком, парничном, постулационом способношћу детета, његовом процесном легитимацијом, правилима о заступању детета у поступку и правом детета на слободно изражавање мишљења. У трећем делу изложени су резултати емпиријског истраживања. На крају рада, у закључним разматрањима, сумирани су резултати истраживања.

⁷ Видети: Ђорац, 2014; Јанић, 2016; Јовић, Петровић, Радуловић, Стевановић, Вельковић, 2015; Палачковић, 2006б; Петрушић, 2006а; Петрушић 2006б; Вујовић, 2012.

II. ПАРНИЦЕ ЗА ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

У парницама за вршење родитељског права суд на захтев активно легитимисаних субјеката одлучује о начину вршења родитељског права након престанка брака или заједнице живота родитеља који имају заједничку малолетну децу, односно о захтеву за измену одлуке којом је одлучено о начину вршења родитељског права због измењених околности.

Заједничко и споразумно вршење родитељског права⁸ је уобичајено када родитељи живе заједно. Међутим, у случају прекида заједничког живота поставља се питање уређивања начина вршења родитељског права и једино је суд надлежан да у парничном поступку својом одлуком уреди начин вршења родитељског права.

Породични закон предвиђа два начина вршења родитељског права када родитељи живе одвојено: заједничко и самостално.⁹ Родитељско право је недељиво и не може бити одређено да поједина права која улазе у састав родитељског права врши један родитељ, а поједина други родитељ (Поњавић, 2011:251).

Поступак у парницама за вршење родитељског права води се ради уређивања начина вршења родитељског права када родитељи детета не воде заједнички живот. Овај поступак се покреће када међу родитељима детета постоји спор о начину вршења родитељског права, који суд решава тако што одлучује о начину вршења родитељског права, као и онда када између њих такав спор не постоји, јер су закључили споразум о заједничком вршењу родитељског права, односно споразум о самосталном вршењу

⁸ Породични закон дефинише родитељско право као право које је изведено из дужности родитеља и које постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета. Из самог начина на који закон одређује смисао родитељског права, увиђа се да је сам термин „родитељско право“ неадекватан и због тога се у савременим правним системима све више замењује терминима „родитељска брига“ и „родитељска одговорност“ (Поњавић, 2011:240). Садржина родитељског права се састоји од права и дужности родитеља да се старају о детету. Старање о детету обухвата чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање и управљање и располагање имовином детета.

⁹ Заједничко вршење родитељског права када родитељи не живе заједно није постојало према нашем ранијем породичном законодавству. Тако је члан 124 Закона о браку и породичним односима Републике Србије предвиђао да уколико родитељи живе одвојено, родитељско право врши родитељ код кога дете живи. Намера редактора Породичног закона, предвиђајући могућност да родитељи наставе да заједнички врше родитељско право и након престанка заједничког живота, била је да се минимизира утицај одвојеног живота родитеља и да се што је више могуће ограничи нарушавање односа родитељ дете (Поњавић 2011:247). Заједничко родитељско старање је правни израз схватања по коме се сматра пожељним да се односи између оба родитеља и детета одрже упркос ситуацијама поремећених односа родитеља као супружника, који су резултирали разводом брака (Ковачек-Станић, 2014:328). Опширније о предностима заједничког вршења родитељског права и након престанка заједнице живота родитеља видети: Драшкић, 2009:289.

родитељског права, с обзиром да је суд дужан да процени да ли су наведени споразуми закључени у најбољем интересу детета.

Суд може донети одлуку о заједничком вршењу родитељског права, само уколико су родитељи закључили споразум о заједничком вршењу родитељског права, и уколико је тај споразум у најбољем интересу детета.¹⁰ Суд ће, у случају да не постоји споразум о вршењу родитељског права или да он није у најбољем интересу детета, донети одлуку о начину вршења родитељског права, којом одлучује о поверавању детета, начину одржавања личних контаката родитеља и детета и о издржавању детета.

III. ПОСТУПАК У ПАРНИЦАМА ЗА ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

1. Нормативни оквир поступка у парницама за вршење родитељског права

Парнице за вршење родитељског права воде се по правилима посебног парничног поступка који носи законски назив „Поступак у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права“, а регулисан је одредбама садржаним у члану 261-273 ПЗ. Поред правила овог посебног парничног поступка у парницама за вршење родитељског права сходно се примењују заједничка правила породичног процесног права, која се примењују у свим поступцима из брачних и породичних односа, а која су садржана у одредбама чл. 201-208 ПЗ, као и правила Закона о парничном поступку¹¹ и то у свим оним ситуацијама које нису на другачији начин регулисане посебним поступцима, уређеним ПЗ.

¹⁰ Члан 75 став 2 ПЗ. Заједничко вршење родитељског права и када родитељи не живе заједно (joint custody) познају правни системи бројних земаља, тако Француска, Италија, Шведска, Норвешка, Данска, Велика Британија, те САД и Аустралија (Поњавић, 2011: 247). У упоредном праву, у новије време, појавила су се и законска решења према којима суд може наметнути родитељима обавезу заједничког вршења родитељског права чак и када се они томе противе (шведско право), односно када се заједничком вршењу родитељског права противи само један од њих (норвешко право) (Драшкић, 2009:259). У неким правима (нпр. холандско, белгијско) се уопште не одлучује о облику старања, него оно остаје заједничко и после развода брака, ако родитељи не поставе захтев да старање буде самостално, односно да га врши један родитељ (Ковачек-Станић, 2014:331).

¹¹ Закон о парничном поступку, Службени гласник РС, Бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014, (у даљем делу рада „ЗПП“).

У парницама за вршење родитељског права увек је стварно надлежан суд опште надлежности. У првом степену установљена је надлежност основног суда¹², док у другом степену одлучује апелациони суд.¹³ Месно је надлежан суд на чијем подручју тужени има пребивалиште или боравиште,¹⁴ а дете може подићи тужбу и пред судом на чијем подручју има пребивалиште, односно боравиште.¹⁵ У парницама за вршење родитељског права у првом степену одлучује веће састављено од једног судије и двоје судија поротника¹⁶, а у поступку по жалби веће састављено од троје судија.¹⁷ При том, судије, не и судије поротници, морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета.¹⁸

Поступак у парници за вршење родитељског права покреће се тужбом, коју могу поднети дете, родитељи детета и орган старатељства.¹⁹ У погледу садржине тужбе примењују се општа правила парничног поступка. То значи да тужба мора да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и, ако их има, споредних тражења. У тужби морају бити наведене чињенице на којима тужилац заснива захтев, докази којима се утврђују те чињенице, вредност предмета спора, као и други подаци које мора имати сваки поднесак.²⁰ Међутим, поступак у парници за вршење родитељског права може *ex officio* покренути и суд и то као адхезиони поступак уз бракоразводни поступак, уз поступак у парници за заштиту права детета и уз поступак у матернитетским и патернитетским парницама.

Пресуда којом суд одлучује о вршењу родитељског права разликује се у зависности од тога да ли су родитељи закључили споразум о вршењу родитељског права. Међутим, без обзира на то да ли постоји споразум родитеља о начину вршења родитељског права, суд је дужан да пре доношења мериторне одлуке затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.²¹

¹² Члан 22 став 2 Закона о уређењу судова, „Службени гласник РС“, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон и 13/2016.

¹³ Члан 24 став 1 тачка 3 Закона о уређењу судова.

¹⁴ Члан 39 ЗПП.

¹⁵ Члан 261 ПЗ.

¹⁶ Члан 35 ЗПП.

¹⁷ Члан 37 став 1 ЗПП.

¹⁸ Члан 35 ст. 5 и 6 ЗПП.

¹⁹ Чл. 264 ст. 1 ПЗ.

²⁰ Чл. 192 ЗПП.

²¹ Чл. 270 ПЗ.

Суд ће споразум родитеља о самосталном, односно заједничком, вршењу родитељског права унети у изреку пресуде, уколико процени да је тако закључени споразум у најбољем интересу детета.²²

Породичним законом није одређено шта представља најбољи интерес детета, нити су предвиђене смернице за његову оцену. Судовима је остављено да дефинишу овај правни стандард.²³ Предмет оцене суда свакако треба да буду све околности које су значајне за доношење одлуке, а то су, на пример: жеље родитеља и жеље детета у вези вршења родитељског права, здравствене, имовинске и стамбене прилике родитеља, понашање и карактерне особине родитеља, узраст детета (Апостоловић, 2006:320). Сложеност овог принципа захтева моћ селективног расуђивања, али и изоштрене логичке способности оних лица која утврђују шта у конкретном случају представља најбољи интерес детета. Схватање заступљено у америчкој правној теорији, претпоставља да се најбољи интерес детета може одредити као стандард најмање штетне алтернативе који стоји на располагању (Ковачек-Станић, 1994:52).²⁴

Ако су се родитељи споразумели о вршењу родитељског права, суд је дужан да оцени све елементе споразума родитеља о вршењу родитељског права. Тако, у случају споразума о самосталном вршењу родитељског права, имајући у виду обавезну садржину овог споразума²⁵, суд треба да цени да ли је у најбољем интересу детета садржина споразума о поверавању заједничког детета једном родитељу, споразума о висини доприноса за издржавање детета од другог родитеља и споразума о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем. Са друге стране, у случају да су родитељи закључили споразум о заједничком вршењу родитељског права, суд ће ценити да ли је постигнута сагласност родитеља да ће родитељска права и дужности

²² Чл 272 ст. 1 ПЗ.

²³ Судовима у дефинисању овог правног стандарда у многоме могу помоћи „Смернице за учешће детета у грађанским судским поступцима и процену најбољег интереса детета“, које је издао Центар за права детета 2015. године.

²⁴ У страној теорији и пракси издвајају се као важни следећи критеријуми: предност мајке, особа која одгаја дете као примарна, расположиво време за провођење са дететом, време проведено са родитељем док траје поступак, интегрисаност у породицу, стабилност средине, злостављање и занемаривање, алкохолизам и наркоманија, ментална нестабилност, мешање у посете, честа промена боравишта, одласци из земље, однос са очухом или маћехом, помоћ баба и деда и других рођака, жеља детета (Atkinson, J., 1984:8-36. Цитирано према: Ковачек-Станић, 2014:334).

²⁵ Чл 78 ПЗ.

обављати заједнички, међусобним споразумевањем, те да ли је склопљени споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета, у најбољем интересу детета.²⁶

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, о висини доприноса за издржавање од стране другог родитеља и о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем доноси суд.²⁷

Када суд донесе одлуку о вршењу родитељског права, а дете се не налази код родитеља који треба да врши родитељско право, суд ће наредити да се дете одмах преда родитељу који треба да врши родитељско право.²⁸

2. Начела поступка у парницама за вршење родитељског права

У парници за вршење родитељског права, постоје одређене модификације у односу на општи парнични поступак, које се пре свега огледају у ограничењу примене начела диспозитивности, доминације истражног начела, искључењу јавности, и нарочитој хитности поступка.

Док општи парнични поступак покреће искључиво странка, поступак у парници за вршење родитељског права, као адхезиони поступак, може покренути и суд по службеној дужности. Суд ће *ex officio* одлучити о вршењу родитељског права у бракоразводном поступку, уколико је странка пропустила да у иницијалној радњи којом је покренула бракоразводни поступак истакне захтев за уређивање начина вршења родитељског права. Такође, парница за вршење родитељског права може се водити као адхезиони поступак у оквиру парнице за заштиту права детета.²⁹ Суд је

²⁶ Обавезна садржина споразума о заједничком вршењу родитељског права прописана је чланом 76 ПЗ. Оваква формулација садржине споразума оставља родитељима велику слободу, јер им омогућава да се договоре о питањима везаним за дете на начин који највише одговара њиховој, сасвим конкретној ситуацији. Једино постављено ограничење је обавеза родитеља да постигну споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета. Ради се о томе да се у циљу правне сигурности, а првенствено омогућавања правног промета (достављање правних докумената, обавештавање родитеља, итд.) одреди пребивалиште, а које прати адреса детета (Ковачек-Станић, 2014:332).

²⁷ Чл. 272 ст. 2 ПЗ.

²⁸ Чл. 272 ст. 3 ПЗ.

²⁹ Чл. 273. ст. 1 ПЗ.

дужан да у патернитетским и матернитетским парницама одлучи о вршењу родитељског права.³⁰

У парници за вршење родитељског права суд није везан за тужбени захтев, већ може да иде и преко и мимо постављеног захтева. Такође, не може се изрећи пресуда због пропуштања нити пресуда на основу признања или одрицања, а није допуштено ни да странке закључе судско поравнање. Иако, није изрично поменута, не може се донети ни пресуда због изостанка, јер је основ забране исти: пресуда се доноси на основу утврђеног чињеничног стања, а поменуте пресуде то не омогућавају (Познић, Ракић-Водинелић, 2015:562). Постоји могућност да родитељи постигну споразум о вршењу родитељског права, међутим, суд ће такав споразум унети у изреку пресуде, само уколико процени да је у најбољем интересу детета да то учини.

Одступања од начела диспозиције неминовно доводи до тога да у парницама у брачним и породичним стварима постоје значајна одступања од расправног начела које је иначе доминантно у општем парничном поступку (Радованов, 2012:309). За разлику од општег парничног поступка, у поступку за вршење родитељског права преовлађује истражно над расправним начелом. У овом поступку суд може утврђивати чињенице и када оне нису међу странкама спорне и може самостално истраживати чињенице које ниједна странка није изнела, а све ово јер је суд дужан да се увек руководи најбољим интересом детета.³¹ Суд није везан за ону чињеничну грађу коју пред њега изнесу странке, већ утврђује све чињенице на које га упућују (углавном) когентне норме породичног права (Познић et al., 2015:546). Примена истражног начела спречава могућност да странке својим диспозитивним радњама или признавањем чињеница на којима тужилац заснива свој захтев *de facto* утичу на доношење одлуке која не би била у интересу заштите оних субјективних породичних права због којих је и уведено ограничење начела диспозиције и расправног начела, а проширена примена начела официјелности и истражне максиме (Радованов, 2012:310).

Поступак у парници за вршење родитељског права је хитан, с обзиром на то да се односи на дете и родитеља који врши родитељско право. Имајући у виду наведено, тужба се не доставља туженом на одговор, а суд је дужан да поступак спроведе на највише два рочишта, при чему се прво рочиште заказује тако да се одржи у року од 15

³⁰ Чл. 260 ст. 1 ПЗ.

³¹ Чл. 205 ПЗ.

дана од дана када је суд примио тужбу. Начело хитности се огледа и у дужности другостепеног суда да донесе одлуку у року од 30 дана од дана када му је достављена жалба.³²

Као и у свим другим поступцима у вези са породичним односима, и у овом поступку, јавност је искључена, док подаци из судских списа спадају у службену тајну и њу су дужни да чувају сви учесници у поступку којима су ти подаци доступни.³³ Овакво одступање, од уставом прокламованог начела јавности, нужно је због заштите интереса деце и приватности породичног живота.

У парници за вршење родитељског права наглашено је право детета на партиципацију које се огледа у праву детета на слободно изражавање мишљења. Право детета на слободно изражавање мишљења прописано на општи начин чланом 65 ПЗ, у парници за вршење родитељског права додатно је операционализовано прописивањем дужности суда да се стара да дете, које је способно да формира своје мишљење и које је странка у поступку, благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да му дозволи да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета, да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу, осим ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.³⁴ Изричито је прописано да овакву обавезу има и колизијски заступник детета³⁵, а у литаратури је прихваћен став да овакву обавезу имају и родитељи као законски заступници детета.³⁶

У парници за вршење родитељског права се на особен начин примењује принцип правичности: суд је увек дужан да се руководи најбољим интересом детета³⁷ (Познић et al., 2015:561).

Напоследку, о накнади трошкова поступка у парници за вршење родитељског права суд одлучује по слободној оцени, водећи рачуна о правичности.³⁸

³² Чл. 204 ПЗ.

³³ Чл. 206 ПЗ.

³⁴ Чл 266 ст. 3 ПЗ.

³⁵ Чл. 267 ПЗ. Колизијски заступник је генусни назив за колизијског старатеља и привременог заступника.

³⁶ Видети: Петрушић, 2006а:180.

³⁷ Чл. 266 ст. 1 ПЗ. Принцип најбољег интереса детета званично је први пут истакнут у Декларацији о правима детета из 1959. године.

³⁸ Чл. 207 ПЗ.

3. Субјекти поступка у парницама за вршење родитељског права

Одредбама ПЗ јасно су означени процесно легитимисани субјекти за покретање парнице за вршење родитељског права. Парницу за вршење родитељског права могу покренути дете, родитељи детета и орган старатељства.³⁹

Овлашћење детета на покретање поступка логична је консеквенца његовог положаја у материјалноправном односу и чињенице да одлука која се доноси у парници за вршење родитељског права погађа превасходно дете.

Неспорна је активна процесна легитимација родитеља као лица које има право и дужност да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета и које је дужно да штити права и интересе детета.

Орган старатељства у оквиру законом дате надлежности обављања надзора над вршењем родитељског права има генерално овлашћење да покреће судске поступке у складу са законом, а ово овлашћење је и изричито прописано у оквиру одредби које нормативно регулишу поступак у парницама за вршење родитељског права.⁴⁰ Орган старатељства захваљујући својој надлежности надзора над вршењем родитељског права, не само да има право да покрене поступак него је и дужан да то учини чим сазна да је покретање парнице за вршење родитељског права нужно са аспекта заштите најбољег интереса детета.⁴¹

4. Дете као субјекат поступка у парницама за вршење родитељског права

4.1. Странацка способност детета

Странацка способност је апстрактна могућност да се буде парнична странка и то својство не зависи од једног конкретног грађанскоправног односа или од једне конкретне парнице. Правни субјект који је странацки способан, способан је уопште да буде странка, способан је да тужи или да буде тужен (Станковић, 2010: 135). Странацка

³⁹ Чл. 264 ст. 1 ПЗ.

⁴⁰ Чл. 80 ст. 3 ПЗ.

⁴¹ Видети: Драшкић, 2009:317.

способност је својство одређеног субјекта да може бити носилац процесних права и обавеза у парници (Радованов, 2012:83).

Закон о парничном поступку одређује да странка у поступку може да буде свако физичко и правно лице. Из овакве одредбе јасно произилази страначка способност детета. Функционално и телеолошки, страначка способност је у уској узајамној вези са правним субјективитетом којег признају материјалноправне дисциплине (Узелац, Решетар, 2009). Правна способност је основ и услов за стицање страначке способности. Према Уставу Републике Србије правну способност има свако лице, па самим тим правну способност има и дете.

4.2. Парнична способност детета

Парнична способност је својство странке да пуноважно, својом вољом, предузима радње у поступку и да радње њеног противника и суда буду према њој пуноважно предузете (Познић et al., 2015:199). Парнична способност је способност особе да може утицати на ток грађанског судског поступка властитим изразима воље (Узелац et al., 2009). С обзиром на то да парнично неспособна странка нема процесно-правну релевантну вољу, њу у парници заступа њен законски заступник.⁴²

Пословна способност се у процесном праву усваја као основни критеријум за одређивање парничне способности (Палачковић 2006б: 361). Међутим, док материјално право разликује потпуну и делимичну, односно ограничену, парнична способност је увек потпуна и безусловна. Наиме, уколико делимично пословно способна особа може на темељу властитога вољног деловања стицати права и обавезе, она мора бити и у могућности да самостално покрене грађански судски поступак у којем ће остварити заштиту стечених права, односно мора бити у стању да се самостално и пуноважно брани од поступака друге стране која покреће поступак који се на та права односи. Дакле, парнична способност никад није ограничена у том смислу да је странка способна само за неке радње у одређеној парници. Она у једној парници има или потпуну парничну способност, или не може предузети ниједну радњу (Познић et al., 2015:199).

⁴² Чл. 76 ЗПП.

Следствено наведеном дете је парнично способно у границама признате пословне способности. Смисао ове формулације јесте да дете може самостално предузимати све радње у парничним поступцима који за предмет спора имају права или обавезе из материјалноправних односа у које самостално ступа (Палачковић 2006б: 361).

Пословна способност као појам материјалног права у нашем праву уређена је Породичним законом. Породични закон користи два критеријума за одређивање пословне способности детета – узраст и врсту правног посла, те разликује две категорије малолетника, и то млађег малолетника и старијег малолетника. Млађи малолетник је лице које није навршило 14. годину живота, а старији малолетник је лице које је навршило 14. годину живота.⁴³ Млађи малолетник може предузимати правне послове којима прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове малог значаја, док старији малолетник поред претходно наведених може предузимати и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно сагласност органа старатељства за правне послове располагања непокретном имовином и покретном имовином велике вредности.⁴⁴ Уопштено одређена пословна способност детета допуњава се и посебним способностима које су уређене ПЗ и другим законима (Центар за права детета, 2011:10). Тако, ПЗ посебно издваја лица која су навршила 15. годину живота одређујући да могу самостално и пуноважно предузимати правне послове којима управљају и располажу својом зарадом или имовином коју су стекли сопственим радом.⁴⁵

Осим тога, дете од навршених 15 година живота, а које је способно за расуђивање, има право:

- да одлучи са којим ће родитељем живети (чл. 60 ст. 4 ПЗ);
- да одлучи о одржавању личних односа с родитељем са којим не живи (чл. 61 ст. 4 ПЗ);
- да да пристанак за предузимање медицинског захвата (чл. 62 ст. 2 ПЗ);
- да одлучи коју ће средњу школу похађати (чл. 63 ст. 2 ПЗ);
- да извршити увид у матичну књигу рођених и другу документацију која се односи на његово порекло (чл. 59 ст. 3 ПЗ).

⁴³ Чл. 64 ст. 1 и 2 ПЗ.

⁴⁴ Види одредбе чл. 64 ст. 2 ПЗ и чл. 193 ст. 3 ПЗ.

⁴⁵ Чл. 64 ст. 3 ПЗ.

Овим одредбама признате су посебне пословне способности детета у оквиру којих има и парничну способност, која је за разлику од пословне, увек потпуна, па дете у оквиру посебне пословне способности може самостално предузимати све парничне радње у поступку (Делибашић, 2005).

С обзиром на наведено, дете има парничну способност у парници за вршење родитељског права, уколико је навршило 15. годину живота, а способно је за расуђивање.

4.3. Постулациона способност детета

Постулациона способност је својство парнично способне странке да сама без заступника или неког другог посредника, може предузимати радње у поступку (Познић et al., 2015:202). У српском праву постулациону способност има свака парнично способна странка, изузев у поступку по ванредним правним лековима.⁴⁶ Тако и дете које је навршило 15. годину живота, уколико је способно за расуђивање, има постулациону способност, те може само без заступника предузимати радње у поступку за вршење родитељског права, осим у поступку по ванредним правним лековима. Са друге стране, радње у поступку за вршење родитељског права, у име и за рачун детета које није навршило 15. годину живота, односно које је навршило наведени узраст, а није способно за расуђивање, предузимаће дететов законски заступник.

4.4. Процесна легитимација детета

Процесна легитимација је овлашћење за вођење једне конкретне парнице и она показује ко је овлашћен да води конкретну парницу и против кога би било допуштено пружање правне заштите у тој парници (Станковић, 2010: 147). Процесна легитимација је својство којим се одређена особа овлашћује да буде странка у конкретном судском поступку (Узелац et al., 2009).

Процесна легитимација може бити активна и пасивна. Активна процесна легитимација показује да је лице овлашћено да покрене конкретан судски поступак

⁴⁶ Чл. 85 ст. 6 ЗПП.

против конкретног туженог са конкретним тужбеним захтевом, док пасивна процесна легитимација означава својство једног лица да је против њега допуштено водити конкретан судски поступак.

Дете је активно процесно легитимисано у парници за вршење родитељског права. Активна процесна легитимација детета произилази не само из чињенице да је титулар права из породичног односа, него и директно из одредбе члана 264 став 1 ПЗ. Дете има неспоран правни интерес за уређењем вршења родитељског права на одређени начин, те самим тим има и неспоран правни интерес за покретање парнице за вршење родитељског права.

Према редовном току ствари, тужени је пасивно процесно легитимисан ако је стварно пасивно легитимисан. Имајући ово у виду, прихваћени концепт субјективних породичних права детета као људских права и прихваћену дефиницију родитељског права као дужности родитеља коју они врше „само у оној мери која је потребна ради заштите личности, права и интереса детета“, дете нема пасивну процесну легитимацију у парници за вршење родитељског права, односно дете не може у овој парници имати процесну улогу туженог. Међутим, законодавац у извесним случајевима одваја процесну легитимацију од стварне. То је требало бити учињено и у овом случају, те је детету могао бити обезбеђен положај странке, експлицитним предвиђањем правила да дете мора бити обухваћено тужбом за вршење родитељског права. Ова законска одредба би произашла из општих правила парничног процесног права. Наиме, због природе правног односа, према општим правилима процесног права, дете је нужни и јединствени супарничар, те би требало бити обухваћено тужбом. Због природе правног односа, односно садржине родитељског права, спор о вршењу родитељског права се може решити само на једнак начин, према свим учесницима материјалноправног односа, односа који постоји између детета и његових родитеља.⁴⁷ Сматрам да би у

⁴⁷ У литератури се истиче и други став: „Из прихваћеног концепта субјективних породичних права детета као људских права и прихваћене дефиниције родитељског права као дужности родитеља коју они врше „само у оној мери која је потребна ради заштите личности, права и интереса детета“, произилази да дете није пасивно легитимисано, односно да нема положај нужног и јединственог супарничара са родитељима у поступцима у којима се одлучује о вршењу или лишењу родитељског права“ (Вујовић, 2012:61); „У спору за вршење или лишење родитељског права који се води између родитеља, дете није нужни и јединствени супарничар са родитељима, јер стварна легитимација у овим споровима припада родитељима, независно од легитимације детета (Делибашић, 2005).

најбољем интересу детета била одредба која би обавезивала тужиоца да тужбом за вршење родитељског права обухвати и дете.⁴⁸

Према мишљењу проф др Невене Петрушић, дете, у поступцима у којима није стекло положај странке, може стећи положај умешача, у складу са општим одредбама ЗПП о учешћу умешача у парници, при чему ће дете, као умешач, имати положај јединственог супарничара када је реч о парницама у којима се дејство пресуде односи и на дете.⁴⁹

Управо највећу опасност за остваривање права детета, и околност која у највећој мери слаби процесни положај детета у парницама за вршење родитељског права је чињеница да детету није обезбеђен положај странке. Наиме, дете које нема својство странке у парници за вршење родитељског права сведено је на објекат поступања иако суд одлучује о његовим правима. Дете које нема положај странке не може изјавити жалбу, а не ужива ни одговарајућу заштиту његовог права на партиципацију, јер је законодавац прописао експлицитну дужност суда да се стара да дете, које је странка, благовремено добије сва обавештења која су му потребна и да му дозволи да непосредно изрази мишљење.

Дете не може бити странка у бракоразводној парници, иако се у бракоразводној парници мора одлучити о вршењу родитељског права. Ово је један од уникатних случајева у процесном праву уопште у којима се особи која има правни интерес не признаје процесна легитимација (Узелац et al., 2009). Тиме је дете лишено бројних процесних права, а нарочито права да се обезбеди адекватно заступање његових интереса.

Важно је истаћи да право на покретање поступка не значи аутоматски да дете у поступку у парници за вршење родитељског права наступа самостално, властитим изјавама воље. Право на покретање поступка само овлашћује дете да у таквој парници суделује као активна странка, у чије ће се име и за чији ће се рачун поступак покретати. Дете које је навршило 15. годину живота, а способно је за расуђивање, може самостално и пуноважно предузимати радње у поступку у парници за вршење родитељског права, а може бити и заступано од стране родитеља као вољног заступника.

⁴⁸ Овакав став заступају и други аутори: Палачковић, (2006б:369); Петрушић (2006а:183); Петрушић (2006б:111).

⁴⁹ Видети Петрушић, 2006в.

Са друге стране, дете млађе од 15 година, односно оно које није способно за расуђивање, иако је навршило 15. годину живота заступаће родитељ као законски заступник.⁵⁰

4.5. Заступање детета

Дете у поступцима у којима нема парничну способност заступа његов законски заступник.⁵¹ Законски заступник је лице које је на основу закона или одлуке надлежног органа не само овлашћено већ и дужно да у име и за рачун парнично неспособне странке предузима парничне радње пред судом, као и да радње противника буду предузете према њему, а с дејствима према заступаној странци. (Познић et al., 2015:206).

Недостајећа процесноправно релевантна воља детета у поступцима у којима нема парничну способност супституирана је вољом његовог законског заступника, који у име и за рачун парнично неспособног детета предузима све процесне радње. Према одредбама ПЗ, улогу законског заступника детета у грађанском судском поступку могу имати његови родитељи, односно старатељ, али и колизијски старатељ и привремени заступник, које поставља орган старатељства, односно суд.

Родитељи детета могу заступати дете не само као његови законски заступници, већ и као његови вољни заступници. Родитељи су вољни заступници (пуномоћници) детета у оним поступцима у којима дете поседује парничну способност.

Очигледна је намера законодавца да направи разлику између законског и вољног заступања детета од стране родитеља. Међутим, формулацијом одредбе која се тиче вољног заступања, оваква намера није спроведена у дело. Наиме, и код вољног заступања, као и код законског, родитељи имају право и дужност да заступају дете у свим правним пословима и у свим поступцима. Оваквом формулацијом негирана је сама парнична способност детета. Иако је законодавац родитељско заступање детета у правним пословима и поступцима, за које дете поседује пословну и процесну способност детета, назвао вољно, јасно је да основ за овакво заступање није воља

⁵⁰ Чл. 72. ПЗ.

⁵¹ Чл. 76 ЗПП.

детета, као заступаног лица, већ сам закон. Породичним законом није изричито предвиђено да дете, у границама своје пословне способности, давањем одговарајуће изјаве воље, родитеље овлашћује на заступање, па је очигледно да родитељи, као вољни заступници, не црпу овлашћење за заступање из воље детета, већ из самог закона (Петрушић: 2006а:178). Законодавац је доделио неадекватан назив заступању детета у правним пословима и поступцима, за које дете поседује пословну и процесну способност, имајући у виду да вољно заступање заступање свој основ има у вољи заступаног лица, која је изражена кроз дато пуномоћје. Институт вољног заступања детета од стране његових родитеља, онако како је конципиран, јасно показује неспремност друштва и његових институција да превазиђу традиционални став о детету као незрелом бићу, које је све до пунолетства некомпетентно и неспособно да самостално учествује у правном животу и штити своје интересе (Петрушић, 2006а:179).

Оваквим законским уређењем вољног заступања детета од стране његових родитеља, створене су бројне правне празнине, које у пракси могу створити низ проблема. Законом није регулисано да ли родитељи као вољни заступници треба да се легитимишу у поступку у којем је дете парнично способно, да ли родитељи треба да се позивају на рочиште ако је дете само предузело иницијалну радњу у поступку у којем је парнично способно, да ли дете може да опозове радњу коју је његов родитељ, као вољни заступник предузео, да ли дете може да да изјаву воље којом ће онемогућити родитеље да га заступају. Споран је и обим процесних овлашћења родитеља као пуномоћника, односно да ли они морају да поседују изричито овлашћење за предузимање диспозитивних процесних радњи и за преношење пуномоћја на друго лице.⁵²

Поједини аутори сматрају да родитељи настављају да врше послове заступања детета и у оним стварима у којима је дете стекло пословну и парничну способност, без било какве изјаве детета, и после граничних година старости, а да дете које жели самостално да склапа правне послове и предузима парничне радње требе о томе да да изјаву. Они сматрају да воља има у ствари значење прећутног пристанка да родитељ настави да заступа дете и у оним правним пословима и поступцима, за које, по закону, има потупуну пословну, а онда и процесну способност (Палачковић 2006б:363).

⁵² О недостатцима оваквог законског уређења вољног заступања детета видети више: (Петрушић, 2006а:179).

4.5.1. Родитељи као заступници детета

Основно право и дужност родитеља је да се старају о детету. Важну компоненту старања о детету чини његово адекватно заступање. Наиме, законодавац је првенствено одредио родитеље као заступнике своје деце, јер су они најодговорнији за свестран развој детета, и њихова дужност је да се старају о личности и имовинским правима и обавезама детета.

С обзиром на то да родитељи, по правилу, заједнички врше родитељско право, они заједнички и споразумно заступају своју децу, што их не спречава да постигну споразум да у конкретной правној ствари радње заступања предузима један од родитеља. Овај споразум може бити изричит или прећутан, а сматра се да родитељ који присуствује расправи пред судом то чини уз сагласност другог и да се одсутни родитељ унапред сагласио са радњама које присутни родитељ предузима.⁵³ Ова претпоставка није необорива утолико што одсутни родитељ може накнадно да се успротиви предузетој радњи, али само ако је ова опозива, дакле само ако би њено дејство могао да отклони и онај који ју је предузео. Међутим, један родитељ не може својим противљењем да отклони последице неопозиве радње коју је у његовој одсутности предузео други родитељ. Не може се допустити ни то да радњу пропуштену од стране једног родитеља други предузме после тренутка у коме је она могла бити предузета (Познић et al., 2015:207). Другачије решење би водило правној несигурности и уздржавању трећих лица да ступају у правне односе са дететом које заступа само један родитељ, а то би, у крајњој линији, довело у питање ефикасност и корисност мисије родитеља као законских заступника детета (Драшкић, 2009:287). Ако се покаже да неспоразум између родитеља угрожава интересе заступаног детета, њему се може од стране органа старатељства или самог суда поставити колизијски заступник.

Родитељ који самостално врши родитељско право једини је овлашћен да предузима радње заступања детета у свим грађанским судским поступцима у којима се дете јавља као странка.

⁵³ „За родитеља који у парници наступа као заступник детета, може се, док други родитељ не приговара, претпоставити да врши правоваљано заступање на основу (прећутног) споразума са другим родитељем.“ Видети одлуку Врховног суда Хрватске Гж. 383/53 од 25. маја 1953. године. Опширније о овоме: Станковић, 2010: 186; Познић et al.. 2015:20; Старовић, Кеча, 2004:153; Драшкић 2009:286.

Правни статус родитеља као заступника детета одређен је двојако. Родитељи као законски заступници заступају дете у оним поступцима у којима дете нема парничну способност, а као вољни у оним у којима такву способност поседује, с тим што родитељи не могу заступати дете у оним поступцима у којима је искључено заступање, јер је предвиђено да дете даје изјаве воље лично и непосредно.⁵⁴

Како дете млађе од 15 година нема парничну способност, иако има овлашћење да покрене поступак у парници за вршење родитељског права, то ће га по правилу, у овој парници, заступати један од родитеља као законски заступник. Родитељ ће као вољни заступник заступати дете у парници за вршење родитељског права уколико је дете, способно за расуђивање, а старије од 15. година, покренуло поступак у парници за вршење родитељског права подношењем тужбе, с тим што дете мора лично и непосредно дати изјаву о томе са којим ће родитељем живети, односно о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи.

Пропустом законодавца, у ПЗ није прописана изричита одредба којом би била установљена дужност родитеља, који заступају дете, да се старају да детету пруже сва неопходна обавештења како би изразило своје мишљење. Међутим, у пракси се мора сматрати да оваква обавеза постоји, не само зато што овакву обавезу имају привремени заступник и колизијски старатељ, већ и због тога што је право детета на слободно изражавање мишљења изричито гарантовано чланом 65 Породичног закона.⁵⁵

4.5.2. Колизијски заступник детета

Постоје ситуације када је интерес родитеља супротан интересу детета, када постоји латентни или видљиви сукоб та два интереса. У тим ситуацијама, и поред врховне дужности родитеља да се старају о детету штитећи његову личност, права и интересе, постоји опасност да дете у поступку не буде на одговарајући начин заступано. Овакву могућност је препознао и законодавац, те је ради остварења најбољег

⁵⁴ Тако, је предвиђено, одредбом члана 46 ПЗ да очинство једино може да призна мушкарац који је навршио 16. годину живота и који је способан за расуђивање; дете које је навршило 10. годину живота даје сагласност на усвојење (чл. 98 ПЗ), лице са навршених 15 година има активну тестаменталну способност (чл. 79 Закона о наслеђивању, „Сл. гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015).

⁵⁵ Видети: (Петрушић, 2006а:180).

интереса детета предвидео институције колизијског старатеља и привременог заступника.

Институција колизијског старатеља и привременог заступника регулисана је одредбама чланова 265, 266 и 267 ПЗ, које се налазе у склопу нормативног уређења посебног парничног поступка који носи законски назив „Поступак у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права“. Међутим, одредбе обухваћене овим члановима примењују се и у свим другим судским поступцима у вези са породичним односима уколико се ти поступци односе и на права детета.⁵⁶

Основно правило које важи у случајевима када су интереси детета и његовог законског заступника супротни је да дете заступа колизијски старатељ.⁵⁷ Право детета на одговарајуће заступање операционализовано је могућношћу да само односно преко неког другог лица или установе затражи од органа старатељства да му постави колизијског старатеља,⁵⁸ при чему може на исти начин да затражи од суда да му постави привременог заступника.⁵⁹ Ово право детета неоправдано је условљено његовим узрастом и способношћу за расуђивањем.⁶⁰ Наиме, иницијатива детета да му буде постављен независни заступник, без обзира на узраст детета и његову способност за расуђивање, представља важан сигнал и упозорење, које се не сме игнорисати. При том треба имати у виду да управо деца млађег узраста, као и она која су неспособна за расуђивање, чине посебно осетљиву категорију малолетника и зато њихови предлози тим пре морају бити озбиљно размотрени (Петрушић, 2006а:190).

Колизијски старатељ и привремени заступник су супсидијарни законски заступници, јер дете заступају само у конкретној правној ствари, док у осталим стварима дете заступа његов редовни законски заступник. Дете може само изабрати, обраћањем одговарајућем органу, ко ће га заступати у конкретној правној ствари, да ли ће то бити колизијски старатељ или привремени заступник. Овај избор може бити од изузетног значаја због различитих услова за њихово постављање, о чему ће бити више речи у даљем делу рада.

⁵⁶ Члан 268 став 1 ПЗ.

⁵⁷ Члан 265 став 1 ПЗ.

⁵⁸ Члан 265 став 2 ПЗ.

⁵⁹ Члан 265 став 3 ПЗ.

⁶⁰ Овим правом се може користити само дете које је навршило 10. годину живота.

4.5.2.1. Разлози за постављање колизијског заступника

Уколико између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси дете ће у парници заступати колизијски старатељ⁶¹, а ако дете није заступано на одговарајући начин у парници, поставиће му се привремени заступник.⁶²

Из претходно наведеног јасно је да је нужан услов за постављање колизијског старатеља, односно привременог заступника, да је дете стекло процесни положај странке. Међутим, на шта је у ранијем делу рада већ указано, детету овакав процесни положај није обезбеђен у парницама за вршење родитељског права, с обзиром на то да законом није предвиђено да оно мора бити обухваћено тужбом. Дете је „прикривена“ странка у оним поступцима у којима није стекло процесни положај тужиоца, без обзира на то што се парница за вршење родитељског права увек тиче његових права и интереса. У тој ситуацији дете има свој лични и аутентични интерес који може бити супротан интересу оне странке која у своје име води парницу ради заштите дететових права (Петрушић, 2006а:182). *De lege ferenda* требало би обезбедити страначки положај детету у свим поступцима, који га се тичу.

Законодавац је предвидео постојање сукоба интереса између детета и његовог редовног законског заступника као кључни разлог за постављање независног заступника детету. Међутим, законом нису предвиђене ситуације, нити су наведени индикатори који би суду били од помоћи приликом процене да ли у конкретној ситуацији такав сукоб постоји. Свакако сукоб интереса постоји када се дете и његов законски заступник налазе у супротним страначким улогама. Међутим, овакав сукоб може постојати и када се дете и његов законски заступник налазе у истим страначким улогама и тада је оцена постојања сукоба интереса знатно тежа, те је законом требало предвидети смернице за утврђивање сукоба интереса.⁶³

Други разлог за постављање независног заступника је заступање детета од стране његовог редовног законског заступника на неодговарајући начин, чиме се обезбеђује да интереси детета буду на најбољи начин остварени. Породичним законом нису предвиђени критеријуми за утврђивање околности да дете није заступано на

⁶¹ Чл. 265 ст. 1 ПЗ.

⁶² Чл. 266 ст.2 ПЗ.

⁶³ О проблему утврђивања постојања сукоба интереса између детета и родитеља (законског заступника) када се налазе у истим страначким улогама, видети: Петрушић, 2006а:183.

одговарајући начин. Дете је на несумњив начин заступано на неодговарајући начин онда када се његов законски заступник не одазива на позиве суда, када пропушта да предузме одговарајућу процесну радњу, када признаје очигледно неистините чињенице, када повлачи основане приговоре, односно када не показује потребну пажњу у заступању (Петрушић, 2006а:184).

4.5.2.2. Ко може бити постављен за колизијског заступника

Породичним законом нису предвиђена посебна правила о условима које једно лице треба да испуњава како би било постављено за колизијског старатеља детета, те су релевантна општа правила о избору старатеља предвиђена одредбама чланова 126-128 ПЗ. Према томе, лице које се поставља за колизионог старатеља мора имати лична својства и способности потребне за обављање дужности старатеља, а пристало је да буде старатељ. Колизијски старатељ се превентивно тражи међу сродницима, при чему дете може да изрази своју преференцију, уколико је навршило одређени број година старости, а способно је за расуђивање. Начело добровољности у прихватању дужности колизијског старатеља, један је од гараната успешног остваривања улоге колизијског старатеља. Са друге стране, за колизијског старатеља не може бити постављено лице које је потпуно или делимично лишено пословне способности, које је потпуно или делимично лишено родитељског права, чији су интереси у супротности са интересима детета, те лице од кога се, с обзиром на његове личне односе са дететом, родитељима детета или другим сродницима, не може очекивати да ће правилно обављати послове колизијског старатеља.

Јасно је да лице које је злоупотребило права или грубо занемарило дужности из садржине родитељског права, те је лишено родитељског права према свом детету не може правилно заступати интересе детета у одређеној парници. Такође, лице које није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса не може се старати ни о интересима другог лица. Разлог за постављање колизијског старатеља је управо постојање сукоба интереса између детета и његових родитеља, односно редовног законског заступника, те је илузорно постављати за колизијског старатеља лице чији су интереси, такође, супротни интересима детета. Наравно постоји опасност да једно лице због својих односа са родитељима детета уместо интереса детета заступа интересе родитеља, који су у супротности са најбољим интересима детета, те свакако то лице не може остварити функцију колизијског старатеља.

Законодавац није предвидео ни услове које треба да испуњава особа коју суд поставља за привременог заступника. Како је чланом 202 ПЗ предвиђено да се на поступак суда који је у вези са породичним односима примењују одредбе закона којим се уређује парнични поступак, ако није другачије одређено овим законом, то је у погледу услова за постављање привременог заступника детету релевантна одредба члана 81 став 1 ЗПП, према којој се привремени заступник поставља по редоследу са списка адвоката који суду доставља надлежна адвокатска комора. Важно је истаћи да није прописано да адвокат који се поставља за привременог заступника мора поседовати посебна знања из области права детета.⁶⁴

Евидентно је да су услови које треба да испуни лице како би било постављено за колизијског старатеља потпуно различити од услова које треба да испуни лице које се поставља за привременог заступника. Док је привремени заступник увек особа са правничким знањем, тј. адвокат, у улози колизијског старатеља ће се често наћи лаик, односно особа без правничког знања. Па ипак без обзира на различитост услова за њихово постављење, колизијски старатељ и привремени заступник морају испунити исте задатке, односно имају идентичну функцију адекватног заступања детета, односно његових интереса. Практична консеквенца таквог стања ствари заиста је забрињавајућа: - квалитет независног заступања детета биће потпуно различит у зависности од тога да ли је независног заступника детету поставио орган старатељства, или је то учинио суд, што је, с аспекта заштите права детета, потпуно неприхватљиво (Петрушић, 2006а:189).⁶⁵

У постојећем нормативном оквиру шансе детета да од свог независног заступника добије и одговарајућу правну помоћ и неопходну психолошку подршку заиста су минималне (Петрушић, 2006а:189).

⁶⁴ Неопходност овакве стручне квалификације адвоката препозната је у области малолетничког правосуђа, где је одредбом члана 49 став 3 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица („Сл. гласник РС", бр. 85/2005) предвиђено да бранилац малолетника може бити само адвокат који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих.

⁶⁵ Овај проблем препознат је у савременом праву, тако да су најновији модели независног заступања деце, који се последњих неколико година развијају, засновани на мултидисциплинарном приступу. Тако је у Енглеској развијен тзв. „тандем“ модел, чија се основна идеја огледа у томе да репрезентацију детета у судском поступку остварују два стручњака са комплементарним улогама: *Guardian ad litem*, кога поставља суд и који има задатак да утврди околности под којима дете живи, истражи све релевантне чињенице и утврди жеље и потребе детета, и правни стручњак- *Advocate*, који је задужен за правно саветовање и предузимање процесних радњи. Ова два стручњака у пракси редовно одржавају састанке на којима евалуирају рад, размењују информације и припремају даље активности. Овакав модел у енглеској правној пракси оцењен је као изузетно успешан. Опширније: Петрушић, 2006а:173.

4.5.2.3. Поступак за постављање колизијског заступника

Поступак за постављање колизијског старатеља, односно привременог заступника може се покренути по службеној дужности или по предлогу детета, које је старије од 10. година и способно за расуђивање.⁶⁶

Дете може само да изабере да ли ће поднети предлог за постављање колизијског старатеља или привременог заступника, с обзиром на то да је ПЗ предвиђена паралелна надлежност органа старатељства и суда. Евидентно је да ће суд поставити привременог заступника, уколико до отпочињања парнице орган старатељства није поставио детету колизијског старатеља.⁶⁷ Поставља се питање могућности постављања детету привременог заступника у ситуацији када је орган старатељства претходно одбио предлог за постављање колизијског старатеља, сматрајући да не постоји сукоб интереса. Тиме би суд вршио контролу рада органа старатељства, на шта није законом овлашћен, међутим потреба за адекватним заступањем детета у парници оправдава могућност да суд и у овом случају одлучи о постављању независног заступника детету.⁶⁸

Одредбе којим је дете овлашћено да само покрене поступак за постављање колизијског старатеља, односно привременог заступника некоректне су и са материјалноправног и са правнотехничког аспекта. Наиме, законодавац је условио само покретање поступка узрастом детета и његовом способношћу за расуђивање, при чему се испуњеност ових услова не може оценити у тренутку предузимања иницијалне радње. Ови услови представљају зато претпоставке за допуштеност пружања правне заштите (Петрушић, 2006а:190). Још важније, нелогично је и само ограничавање права детета да затражи постављање колизијског заступника његовим узрастом и способношћу за расуђивањем. Не сме бити игнорисана иницијатива детета да му буде постављен колизијски заступник.

⁶⁶ Овлашћење суда да постави по службеној дужности привременог заступника изричито је предвиђено одредбом члана 266 став 2 ПЗ. Са друге стране овлашћење органа старатељства да по службеној дужности постави колизијског старатеља није изричито предвиђено ПЗ, већ оно произилази из одредбе члана 268 став 2 истог закона, којом је предвиђено да су одредбе чланова 265-267 ПЗ дужни да примењују органи који воде друге поступке, ако се ти поступци односе и на права детета.

⁶⁷ Дете се може обратити органу старатељства са захтевом за постављање колизијског старатеља и по покретању парнице за вршење родитељског права.

⁶⁸ Види: Петрушић, 2006а:181.

Поступак за постављање колизијског старатеља представља управни поступак за чије спровођење је надлежан орган старатељства. Како ПЗ нису предвиђена посебна правила о овом поступку, сходно одредби члана 291 став 1 ПЗ, на овај поступак се примењују правила Закона о општем управном поступку.⁶⁹

С обзиром на то да предмет поступка за постављање привременог заступника није решавање грађанскоправног спора, то је поступак за постављање привременог заступника ванпарнични поступак (Петрушић, 2006а:191).

4.5.2.4. Права и дужности колизијског заступника

Главни задатак колизијског старатеља, односно привременог заступника је да обезбеди адекватно заступање дететових интереса у конкретном парничном поступку. Колизијски старатељ и привремени заступник су законски заступници детета у конкретној правној ствари, те имају сва права и дужности редовног законског заступника.

Основна дужност привременог заступника и колизијског старатеља је предузимање процесних радњи, међутим осим ове дужности предвиђене су и оне које за циљ имају омогућавање детету да у пуном обиму ужива право на слободно изражавање мишљења, о ком праву ће бити више речи у даљем делу рада. Наиме, ови независни заступници су дужни да се старају да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да детету пруже објашњење које се тиче могућих последица акта које предузимају, те да пренесу суду мишљење детета, уколико оно није непосредно изразило мишљење пред судом. Међутим, ова дужност условљена је способношћу детета да формира своје мишљење, при чему је колизијски заступник ослобођен испуњавања ових дужности и уколико утврди да би давање објашњења, пружање информација и преношење мишљења детета било очигледно у супротности са најбољим интересом детета.⁷⁰

Међутим, оваква условљеност није истовремено праћена законом прописаном дужности независног заступника да образложи своју одлуку да није у најбољем интересу детета да буде информисано и да буде пренето његово мишљење, те да

⁶⁹ „Сл. лист СРЈ”, бр. 33/97 и 31/2001 и „Сл. гласник РС”, бр. 30/2010.

⁷⁰ Члан 267 ПЗ.

образложи одлуку да дете није способно да формира своје мишљење. Уз то нису предвиђена правила, па чак ни смернице, помоћу којих би се утврдила способност формирања мишљења и најбољи интерес детета. Чак није предвиђено ни правно средство помоћу ког би се напала основаност оваквих одлука независног заступника.

Тиме је дато велико дискреционо овлашћење независном заступнику, које није праћено адекватном контролом.

4.6. Право детета на слободно изражавање мишљења

Право детета на слободно изражавање мишљења по први пут је изричито гарантовано чланом 12 Конвенције о правима детета. Наведени члан обавезује стране уговорнице ове конвенције да омогуће детету способном да формира своје мишљење да своје мишљење о свим питањима која га се тичу изрази, уз обавезу да се тако израженом мишљењу посвети дужна пажња у складу са годинама живота и зрелашћу детета.⁷¹ Правни термин „обезбедити“ који је искоришћен приликом формулације наведеног члана указује на стриктну обавезу држава да предузму све неопходне мере како би сва деца у потпуности могла да изразе мишљење, којем ће потом бити посвећена дужна пажња.

Признање и гарантовање овог фундаменталног права у складу је са савременим појмом права детета, чија се имплементација одвија кроз два паралелна процеса: кроз проширивање граница пословне и процесне способности детета и кроз конституисање посебних, тзв. партиципативних права, која омогућавају да дете у већој мери утиче на свој положај (Петрушић, 2006б:102).

Право детета на слободно изражавање мишљења афирмише дете као особу која је равноправна и компетентна да изражава своје ставове у свим питањима која се на њу односе, али и обавезује одрасле да дете саслушају те да ставовима детета придају дужну пажњу у складу са његовим годинама и зрелашћу. Ово је право, дакле, део једног још општијег права детета, а то је право на партиципацију, које значи да не постоји област живота – од свакодневних односа родитеља и деце у кући до оног у школи или здравственој установи – у којој нема места за мишљење детета приликом доношења

⁷¹ Комитет за права детета третира право детета на слободно изражавање мишљења гарантовано чланом 12 КПД, једним од четири основна принципа Конвенције. Остала три принципа су право на недискриминацију, право на поштовање најбољих интереса детета и право на живот, опстанак и развој. Опширније: Вучковић Шаховић, Петрушић, 2015: 82.

сваке одлуке која је важна за његов живот.⁷² Дете на тај начин постаје активни партнер који учествује, а не пасивни преносник жеља његових родитеља (Драшкић, 2009:275).

Категорија партиципације израз је грађанских права и слобода детета као активног учесника у складу са његовим годинама и зрелошћу (Јовић, 2008:87). Поред права детета на слободно изражавање мишљења, право детета на партиципацију садржи у себи и право на обавештавање ради формирања мишљења и право детета да његово мишљење буде узето у обзир. Партиципација подразумева потребну размену информација и дијалог између деце и одраслих који је заснован на узајамном поштовању и захтева потпуно разматрање исказаних дечијих ставова (Lansdown, 2011). Ипак, партиципацију не треба схватити као неограничену дететову слободу, већ само полазиште за активно укључивање деце у остваривању гарантованих права (Ђорац, 2014).

Партиципација је и у психолошком смислу веома повољна за дете, зато што подстиче самопоуздање, промовише разноврсне могућности детета, учвршћује разумевање за демократске процесе, доприноси развоју осећања аутономије, независности, социјалне компетенције и отпорности (Дршкић, 2009:275).

4.6.1. Природа и садржина права детета на слободно изражавање мишљења

Право детета на слободно изражавање мишљења је право сваког детета да буде саслушано и озбиљно схваћено.⁷³ Ово право је динамичке природе, а његова улога је да деци обезбеди активно учешће у доношењу свих одлука које их се тичу. Право на слободно изражавање мишљења подразумева аутентично слушање и уважавање онога што деца имају да кажу, давање простора деци да изразе своје мишљење и, узимајући у обзир њихов узраст и развојне могућности, омогућавање да учествују у процесу доношења одлука о стварима које их се тичу (Петрушић, Петровић, Пејовић Милованчевић, Ћук Миланков, Јовић, 2015:13).

⁷² На пленарној седници Генералне скупштине УН, 10.05.2002. године, усвојена је резолуција „Свет по мери деце“. Ова резолуција садржи став да су деца и адолесценти грађани способни да помогну изградњу боље будућности за све и да због тога постоји потреба поштовања њиховог права да изразе своје мишљење и да учествују у свим питањима која утичу на њих, у складу са њиховим узрастом и зрелошћу.

⁷³ Види Општи коментар број 12.

Чланом 65 Породичног закона Републике Србије изричито је признато право детета да слободно изрази своје мишљење. Породичним законом омогућено је детету да буде саслушано, а никако му није наметнута обавеза да изрази своје мишљење. Дете ће само одлучити, након што добије све неопходне информације, да ли ће користити ово право.

Породичним законом афирмисано је право детета да „слободно“ изрази своје мишљење. Није довољно да се детету само формално пружи могућност да изрази своје мишљење, неопходно је да се обезбеде услови да дете „слободно“ изрази своје мишљење. Потребно је елиминисати могућност да се на дете врши превелики притисак, услед ког би дете, уместо свог, изразило туђе мишљење.

Дете мора разумети поступак како би било успешно саслушано, те је задатак органа поступка да детету на разумљив начин укаже на природу и сврху поступка. Ради успешног реализовања права детета да буде саслушано, неопходно је да дете буде правилно припремљено, њему мора бити предочено када ће, где ће и како ће бити саслушано, ко ће том приликом бити присутан, и какве ће последице произвести његова изјава. Дете треба да буде саслушано у подстицајном окружењу и саслушање треба да има више облик разговора, него једностраног испитивања.⁷⁴

Право детета на слободно изражавање мишљења спада у ред оних посебних индивидуалних права детета чије гарантовање и практично остваривање потврђују спремност друштва да детету призна статус аутономног правног субјекта. Ради се о једном од тзв. партиципативних права⁷⁵ детета, које је од круцијалног значаја за остваривање правног субјективитета детета и једна од неопходних претпоставки за уживање свих осталих права и слобода детета (Петрушић, 2006б:105). Реализација овог права условљена је способношћу детета да формира своје мишљење.

Треба приметити да је законодавац, иако је правилно условио остварење права детета да слободно изрази своје мишљење у овом поступку, његовом способношћу да формира своје мишљење, пропустио да предвиди смернице на основу којих би суд,

⁷⁴ Види Општи коментар број 12.

⁷⁵ Право на партиципацију је једна од најзначајнијих новина које је увео Породични закон и оно представља велики корак ка усвајању свести о детету као лицу које активно учествује у остваривању својих права (Центар за права детета, 2011:11). Међутим, имајући у виду да се право на партиципацију у Уставу не помиње, те да основни принципи Конвенције о правима детета нису прокламовани и као уставни принципи, а с обзиром на њихову важност и чињеницу да је њихово остваривање услов за остваривање свих осталих права детета, неопходно је да будући Закон о деци дефинише ове принципе и одреди њихов садржај (Центар за права детета, 2011:9).

односно колизијски заступник детета требало да оцене такву способност, па је на неки начин, побројаним субјектима, дато дискреционо овлашћење да процене да ли дете поседује способност да формира своје мишљење, што је нарочито проблематично када се има у виду да није предвидео ни правни инструмент који се може употребити за случај да се погрешно закључи да је дете неспособно да формира мишљење.⁷⁶

Способност детета да изрази мишљење у већој мери је повезано са контекстом, него са узрастом, када одрасли обезбеде услове (контекст) прилагођене детету, оно може и на nižем узрасту да постигне оно што потпуно самостално, тј. без посебног прилагођавања контекста, може да чини и на вишим узрастима. Процена способности детета да формира мишљење пре свега подразумева дужност одраслих да формирају контекст прилагођен детету (од просторије до начина комуникације), па тек онда процењују да ли у таквом контексту дете може да изрази своје мишљење (Lansdown, 2005).

Одредбама члана 65 ПЗ детету је признат и низ права која су неопходна да би успешно реализовало право да слободно изрази своје мишљење, те му гарантује право да благовремено добије сва обавештења која су му потребна за формирање свог мишљења, да слободно изрази своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима, при чему може непосредно изразити мишљење, уколико је навршило 10. годину. Дете овог узраста може се само, односно преко неког другог лица или установе, обратити суду или органу управе и затражити помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења. Суд и орган управе утврђују мишљење детета у сарадњи са школским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере.

За пуну и суштинску реализацију овог права детета од немерљивог значаја је информисаност детета. Оно мора да буде обавештено о стању ствари, могућностима и могућим одлукама које ће се донети, и о њиховим последицама на оне који су

⁷⁶ Комитет за права детета стоји на становишту да не постоје старосне границе у погледу способности детета да формира мишљење, већ да се та способност утврђује у сваком конкретном случају, имајући у виду конкретно дете, конкретно питање и околности у којима се учешће детета одвија. Комитет је става да се не може претпостављати да дете није способно да изрази своје мишљење, већ да се, напротив, мора поћи од претпоставке да је дете способно да формира сопствено мишљење и пружити детету могућност да га изрази. Имајући у виду да и сасвим мала деца имају способност да креирају и на одговарајући начин саопштавају своје мишљење, очигледно је да никакво прописивање година не би ни било пожељно (Драшкић, 2009:275). Наиме, старост сама по себи не показује ниво дечијег разумевања, јер и врло мала деца могу да покажу висок ниво зрелости (Lansdown, 2011). Види Општи коментар број 12.

одговорни за саслушање детета и на родитеље или старатеље детета. Право на информације о свим могућим аспектима и последицама одлука које треба да донесе предуслов је да би дете уопште могло остварити право на партиципацију (Драшкић, 2009:276).

Да би право детета на слободно изражавање мишљења заиста било ефективно прописана је дужност суда да израженом мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета, што значи да је његово мишљење потребно свестрано размотрити. Погледе детета треба узети озбиљно у складу са његовим годинама и зрелошћу. То, наравно, не значи да ће одлука неминовно и увек бити у складу са мишљењем детета, али је важно да дете добије објашњење због чега је морала бити донета другачија одлука (Драшкић, 2009:276).

Чланом 65 став 4 предвиђено је дете које је навршило 10. годину живота може непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима.⁷⁷ Овако формулисана одредба не обавезује, међутим, суд и управни орган да детету старијем од 10 година омогуће непосредно изражавање мишљења. Суд, односно управни орган, у сваком конкретном случају доноси одлуку о начину на који ће дете изразити своје мишљење. Међутим, у ПЗ не постоји одредба која обавезује суд да овакву своју одлуку образложи. Оваква одредба је неопходна, јер се управо на основу образложења цени оправданост такве одлуке и степен доступности овог права детету. При том, треба нагласити да је овакво законодавно решење, којим је само деци која су навршила 10. годину живота омогућено да непосредно изразе своје мишљење, у нескладу са КПД која право на изражавање мишљења не лимитира узрастом детета, већ способношћу детета да формира мишљење, која зависи од његових индивидуалних развојних способности (Петрушић, 2006б:110).

У литератури се као нејасна и начелна критикује одредба којом је предвиђена могућност да се дете које је навршило 10. годину живота може само, односно преко неког другог лица или установе, обратити суду или органу управе и затражити помоћ у

⁷⁷ Комитет за права детета указује да би било најбоље да начин на који ће да изрази своје мишљење одреди само дете али да то може да учини и орган поступка имајући у виду најбољи интерес детета. Комитет препоручује да се детету, када год је то могуће, пружи могућност да у било ком поступку буде непосредно саслушано. Међутим, уколико се дете саслушава преко заступника, заступник мора да буде свестан да заступа искључиво интересе детета, а не интересе других особа (нпр. родитеља, установе које се стара о детету). Види Општи коментар број 12.

остваривању свог права на слободно изражавање мишљења.⁷⁸ Овако формулисана начелна одредба ни издалека није довољна да у пракси дете заиста добије одговарајућу помоћ у остваривању свог фундаменталног права на слободно изражавање мишљења. „Најмање што се од законодавца очекивало јесте да предвиди на какав вид помоћи дете има право, ко детету помаже да оствари ово право, како ће ова специфична помоћ бити пружена и који ће правозаштитни метод бити искоришћен приликом одлучивања о захтеву за пружање помоћи“ (Петрушић, 2006б:116). Указује се такође да постојећи начин заштите овог права детета није довољан, а с обзиром да су то, ипак исти органи који су повредили ово право детета, питање је и да ли ће њихова интервенција бити довољно објективна и ефикасна (Поњавић, 2011:238).

Одредбом члана 65 став 6 ПЗ предвиђено је да суд и орган управе утврђују мишљење детета у сарадњи са школским психологом, односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере. Овом одредбом признато је право детета на подршку лица у које има поверење. Ово посебно процесно право детета, чија реализација обезбеђује да дете, као посебно осетљиво и рањиво људско биће, за које је сваки контакт са судом додатна траума, има изузетан значај јер обезбеђује да дете лакше преброди страхове и да своје мишљење дете заиста изрази слободно (Петрушић, 2006б:116). Имајући у виду, овакав значај неопходно је било да законодавац одреди лице чија ће дужност бити да поучи дете о овом његовом праву.

4.6.2. Остваривање права детета на слободно изражавање мишљења

Право на слободно изражавање мишљења процесно је операционализовано нормама које регулишу парнични поступак „Поступак у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права“.

Тако је одредбама члана 266 став 3 ПЗ прописана дужност суда да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета и да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу, али само ако је дете странка у

⁷⁸ Члан 65 став 5 ПЗ.

поступку и ако суд оцени да је способно да формира мишљење и да вршење ових дужности не би очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.

Такође, одредбама члана 267 ПЗ, предвиђена је дужност колизијског заступника детета да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да детету пружи објашњење које се тиче могућих последица акта које предузима и да пренесе суду мишљење детета, ако дете није непосредно изразило мишљење пред судом, осим ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета, а уколико је претходно утврдио да у парници за вршење родитељског права заступа дете које је способно да формира своје сопствено мишљење.

Оваквом процесном операционализацијом не може се у потпуности постићи сврха признања права детета на слободно изражавање мишљења. Наиме, на шта је у ранијем делу рада већ указано, детету није обезбеђен статус странке, како у парници за вршење родитељског права, тако и у свим осталим парницама уређеним ПЗ, уз изузетак матернитетских и патернитетских парница. У овим поступцима не постоји одредба која налаже да дете треба обавезно да буде обухваћено тужбом. Додатан проблем је и то што се детету које нема положај странке не може поставити колизијски старатељ, односно привремени заступник.

Међутим, имајући у виду чињеницу да је право детета на слободно изражавање мишљења право гарантовано Конвенцијом о правима детета, која се, као међународни уговор, непосредно примењује, ова неусклађеност прописа не сме бити разлог да се детету ускрати право да слободно изрази своје мишљење у сваком судском поступку у коме одлучује о његовим правима и интересима, без обзира на то да ли формално има или нема положај странке. На такав закључак упућује и чињеница да је у свим поступцима у којима се одлучује о правима и интересима детета дете странка у материјално-правном смислу, без обзира што нема формални положај странке (Петрушић et al. 2015:13).

Такође, непримерене су одредбе којима је вршење дужности из чл. 266 ст. 3 ПЗ и чл. 267 ПЗ, условљено оценом суда, односно колизијског заступника, да је остварење ових дететових права у његовом најбољем интересу. На овај начин суду и колизијском заступнику дато је овлашћење да ускрате детету право на партиципацију, чиме је нарушена руководна идеја КПД да детету буде признат статус активног субјекта приликом одлучивања о његовим правима, а на чију се примену наша држава

ратификацијом обавезала, јер полазе од става да су једино одрасли ти који су способни да правилно одреде садржај принципа најбољег интереса детета, док дете то није у стању. Напротив, право на слободно изражавање мишљења детета и принцип најбољег интереса детета су међусобно повезани, при чему је само уважавање мишљења детета у великом броју случајева заиста у његовом најбољем интересу (Петрушић, 2006б:113). Може се слободно рећи да је неизоставни инструмент за утврђивање најбољег интереса детета став који је дете изразило о неком питању које га се тиче. Законске одредбе којима је само право на изражавање мишљења детета, а не право на уважавање мишљења детета, повезано са најбољим интересом детета, може у правној пракси довести до тога да дете буде неосновано лишено права да изрази своје мишљење (Петрушић, 2006б:113).

IV. ИСТРАЖИВАЊЕ

1. Предмет и циљ истраживања

За потребе писања мастер рада спровео сам у периоду од јануара до марта 2017. године истраживање у Основном суду у Нишу. Предмет истраживања били су поступци у парницама за вршење родитељског права вођени пред Основним судом у Нишу.

Непосредни предмет истраживања чинили су списи предмета формираних, правноснажно окончаних, поступака у парницама за вршење родитељског права који су пред Основним судом у Нишу покренути у периоду од 1. јануара 2014. године до 01. априла 2014. године. Извршен је увид у 148 списа предмета формираних поводом парница за вршење родитељског права, које су вођене као основни поступак и као придружени поступак уз бракоразводну парницу. У наведеном периоду нису покренуте матернитетске и патернитетске парнице, као ни парнице за заштиту права детета, у којима се одлучивало о повери деце.

Циљ истраживања био је да се испита како се у пракси Основног суда у Нишу примењују прописи којима је регулисан процесни положај детета у парницама за вршење родитељског права, а ради уочавања проблема и изазова у практичном оствривању процесних права које дете има као субјект поступка у парницама у којима се одлучује о вршењу родитељског права.

2. Методологија истраживања

Ради остварења циља истраживања користио сам се следећим методима истраживања: нормативно-догматским, анализом садржаја и статистичком обрадом података.

За прикупљање података коришћен је упитник, који је сачињен на основу претходне анализе међународне и домаће регулативе која се тиче процесног положаја детета у грађанском судском поступку и анализе одредаба ПЗ које уређују поступак у парницама за вршење родитељског права.

Приликом састављања упитника извршио сам категоризацију деце на три узрасне категорије. Прву категорију су чинила деца од 0-9 година, другу деца од 10-14 година и трећу деца од 15-17 година. Овакву категоризацију сам начинио, с обзиром на то да истраживања показују да је дете способно да обликује мишљење од најранијег доба, чак и када можда није у стању да га вербално изрази, да се поједина права признају деци тек од навршених 10. година живота, те на то да дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити са којим ће родитељем живети, о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи, при чему дете овог узраста има и парничну способност у парници за вршење родитељског права уколико је способно за расуђивање.

У завршној фази подаци су статистички обрађени, на одговарајући начин приказани и анализирани.

3. Резултати истраживања

У поступцима обухваћеним истраживањем одлучивано је о вршењу родитељског права над сто деведесет једним дететом. Деведесет шесторо деце било је узрасне категорије до девет година, шездесет четворо је било узрасне категорије од 10. до 14. године, а тридесет једно дете је било у узрасту од 15. до 17. године.

О повери педесет троје деце одлучивало се у поступку у парници за вршење родитељског права који је вођен као самостални поступак, док се о повери сто тридесет осам детета одлучивало у поступку који је вођен као придружени поступак уз бракоразводну парницу.

1. Приказ броја основних и адхезионих поступака.



Само је десеторо деце поднело тужбу за вршење родитељског права, при чему је осморо њих било прве узрасне категорије, док је по једно дете било друге и треће узрасне категорије. Њих су у парници за вршење родитељског права заступали родитељи, а ниједном од њих није постављен колизијски заступник, нити је дете треће узрасне категорије, које је имало 17 година непосредно учествовало у поступку. Међутим, суд у три случаја као да није препознао да је дете активно процесно легитимисано, с обзиром на то да је у пресуди као тужиоца навео родитеља детета, иако је дете у иницијалној процесној радњи било назначено као тужилац.

Остали поступци у парницама за вршење родитељског права покренули су родитељи, а ниједан поступак као основни није покренуо орган старатељства, нити је уз бракоразводну парницу суд по службеној дужности покренуо парницу за вршење родитељског права као адхезиони поступак, с обзиром на то да су сви родитељи у иницијалној радњи којом су покренули бракоразводни поступак истакли захтев за уређивање начина вршења родитељског права.

Сходно наведеном, само је десеторо од стотину деведесет једног детета имало процесни положај странке у парници за вршење родитељског права.

Квалитет процесног положаја детета у парницама за вршење родитељског права у највећој мери је условљен околношћу да ли дете има процесни положај странке, с обзиром на то да уживање великог броја права признатих детету зависи од оваквог његовог процесног положаја. Наиме, детету које нема положај странке не може се поставити ни привремени заступник, ни колизијски старатељ, па је нејасно како ће се дете изборити да се његов глас чује, посебно када се има у виду да повреда права на изражавање мишљења у поступку за вршење родитељског права не представља битну повреду одредба парничног поступка. Такође, дете не може самостално изјавити жалбу, уколико у поступку нема положај странке.

Суд ни у једном случају детету које је имало положај странке није поставио привременог заступника, из чега би се могло закључити да суд у овим случајевима није нашао да између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси, односно да дете као странка није заступано на одговарајући начин. Од десеторо деце која су у иницијалној радњи означени као тужиоци само је двоје испуњавало законом постављени услов за коришћење права да траже постављање колизијског заступника, јер осморо њих није навршило 10. годину живота. Међутим, они се овим својим правом нису користили.

Суд није образлагао своју одлуку да детету не постави привременог заступника. Иако оваква изричита обавеза не постоји, сматрам да би било целисходно прописивање овакве дужности суда, јер би то имало позитиван ефекат по побољшање положаја детета, с обзиром на то да постоји реална могућност, имајући у виду питање које се доношењем пресуде у парници за вршење родитељског права регулише, да постоје супротни интереси између детета и његовог законског заступника. Оваква обавеза суда је нарочито оправдана у оним случајевима у којима су странке деца која још нису навршила 10. годину живота, јер је законодавац само деци која су навршила наведени узраст и која су способна за расуђивање признао право да сами односно преко неког другог лица или установе затраже од органа старатељства постављање колизијског старатеља, односно од суда постављање привременог заступника.

2. Број деце са процесним положајем странке.



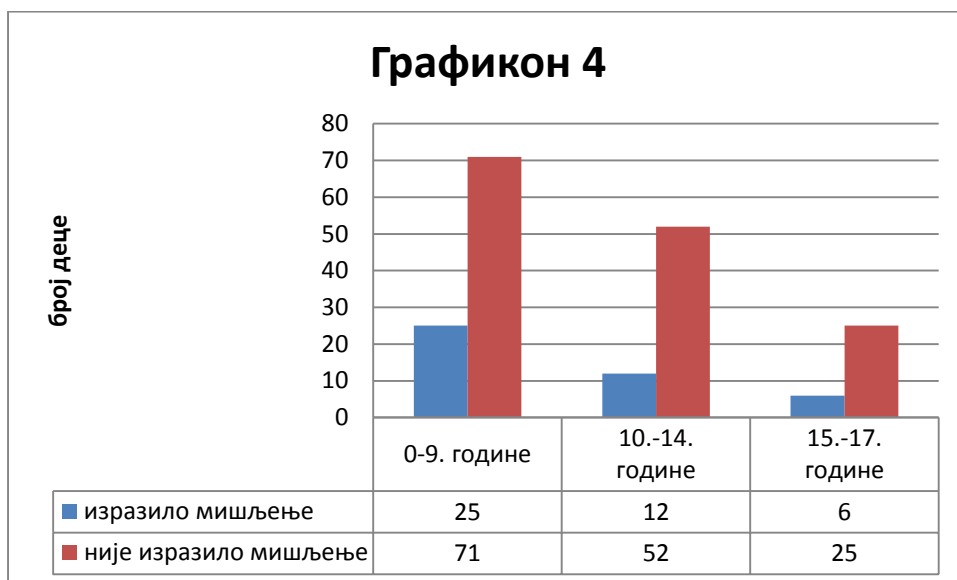
Дете, узраста 17 година, које је у иницијалној радњи означено као тужилац, заступао је родитељ, који суду није поднео исправу о пуномоћју из које проистиче његово овлашћење да заступа своје парнично способно дете. Суд је највероватније сматрао да постоји воља детета за заступање од стране тог родитеља изражена кроз његов прећутни пристанак.

Спроведеним истраживањем дошао сам до резултата да је четрдесет троје деце изразило своје мишљење о томе са којим родитељем жели да живи, односно о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи. Своје мишљење је изразило двадесет пет детета прве, дванесторо друге и шесторо деце треће узрастне категорије.

3. Број деце која јесу/нису изразила мишљење.



4. Узраст деце која јесу/нису изразила мишљење.



Сва деца која су изразила своје мишљење учинила су то посредно, а њихово мишљење је утврђивао центар за социјални рад.⁷⁹ Центар за социјални рад је утврђивао мишљење детета у случајевима када је суд тражио од Центра израду налаза и стручног мишљења о томе ком родитељу дете треба да буде поверено и о начину одржавања личних односа са родитељем са којим не живи.⁸⁰ При том, ниједан налог суда упућен ЦСР није садржао изричит захтев за утврђивањем мишљења детета. У појединим случајевима ЦСР је достављао своје стручно мишљење, а да претходно није омогућено детету да изрази своје мишљење. Овакви налази нису садржали ни оцену способности детета да формира своје мишљење, иако је то једини законски разлог из ког се може ускратити детету право да изрази своје мишљење, а суд оваква мишљења није враћао Центру на допуну због неомогућавања детету остваривања његовог права на слободно

⁷⁹ Центар за социјални рад (у даљем делу рада „ЦСР“) у нашем правном систему врши улогу органа старатељства. Наиме, према чл. 12. ПЗ, центар за социјални рад врши послове заштите породице, помоћи породици и старатељства.

⁸⁰ У налазима ЦСР наведена је садржина мишљења детета: „Евидентирана је велика емоционална везаност деце са мајком., нарочито млађе девојчице која је исказивала жељу да одмах крене са мајком. Деца имају добру емотивну размену са оба родитеља. Деца кроз разговор са стручним радником, исказују потребу за већом емоционалном разменом са мајком.“; „Дете наводи да је самоиницијативно прешло да живи код оца. Како наводи слабије се слаже са мајком, која је строжи родитељ, те са њом чешће улази у конфликт...“; „На питање радника ЦСР ком родитељу би волео да буде поверен на чување и васпитавање, одмах изјављује да оца није видео и не познаје га и да жели да остане са мајком као и до сад.“; „Организовано је виђење са оцем у просторијама ЦСР, где се уочило да остварују контакте са оцем, али да не исказују емоционалну везаност за њега, те да доласке и виђење са њим доживљавају као обавезу. Деца наводе да не желе да живе са оцем. Могла се уочити јака емотивна везаност и приврженост мајци.“

изражавање мишљења. При том, из налаза ЦСР који су садржали утврђено мишљење детета, уз један изузетак⁸¹, не може се утврдити да ли је дете поучено да има право, не и обавезу, да изрази своје мишљење о томе са којим родитељем жели да живи и о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи, што је од нарочите важности имајући у виду да изражавање мишљења детета противно његовој вољи представља повреду његових права гарантованих ПЗ и КПД.

Суд није омогућио ниједном детету које је навршило 10. годину живота да непосредно изрази мишљење, а овакву своју одлуку није образлагао. Свакако није увек неопходно да дете непосредно изрази мишљење пред судом, међутим, постоји потреба да суд образложи своју одлуку да дете посредно изрази мишљење. Разлози наведени у образложењу омогућили би оцену оправданости такве одлуке и степен доступности овог права детету. Најбоље би било да суд омогући детету да само изабере начин изражавања мишљења.

При том, суд ни у једној својој одлуци није изнео разлоге из којих је ускратио детету реализацију његовог права на слободно изражавање мишљења, а реализација овог права је ускраћена сто четрдесет осморо деци. Једини законски разлог из ког се детету може ускратити уживање овог права је уколико суд утврди да дете није способно да формира своје мишљење. Међутим, суд ни у једном случају није утврђивао ову способност детета. Такође, ни у једном налазу ЦСР није наведена оцена способности детета да формира своје мишљење, што је од нарочите важности у случајевима када детету није омогућено да изрази своје мишљење.

Ускраћивањем права на слободно изражавање мишљења деци, суд није испунио своју обавезу, која директно произилази из КПД, која се као ратификовани међународни уговор непосредно примењује, а ускраћивањем овог права деци која су поднела тужбу за вршење родитељског права, није испунио ни обавезу која директно произилази из чл. 266 ст. 3 ПЗ. Дакле, суд је у обавези да омогући детету да изрази своје мишљење, а од искључиве воље детета зависи да ли ће изразити своје мишљење, јер како је већ истакнуто дете има само право, не и обавезу да своје мишљење изрази. Из тог разлога не стоји аргумент, који се свакодневно може чути, да за дете представља

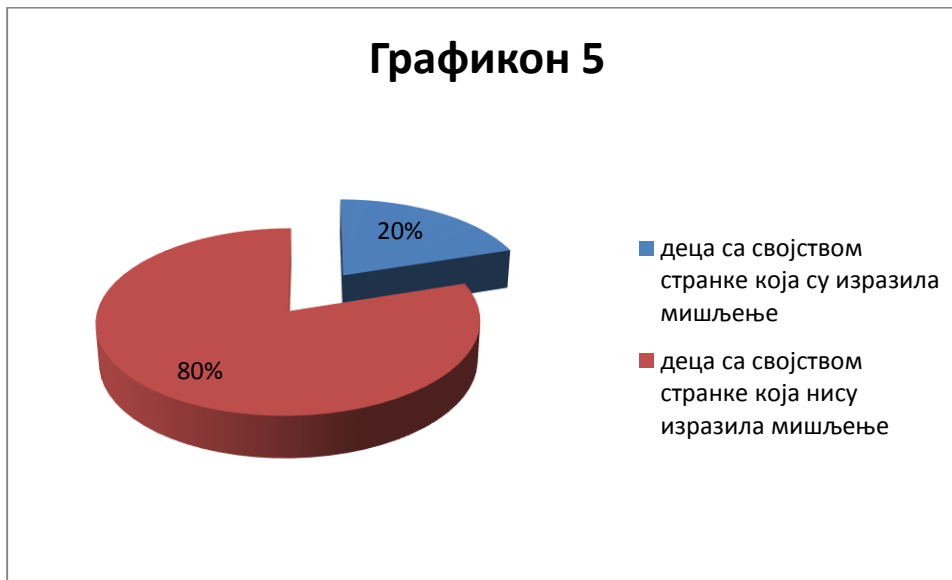
⁸¹ Наиме, само се из једног налаза ЦСР може посредно закључити да је детету предочено да не мора да изрази своје мишљење о томе са којим родитељем жели да живи. У том налазу је наведено „Дете је емотивно везано за оба родитеља. Има успостављен близак однос и са мајком и са оцем. Уздржан је по питању изражавања жеље са којим би родитељем желео да живи.“

нарочити стрес изражавање мишљења са којим родитељем жели да живи, јер дете не мора да изрази своје мишљење о овом питању, уколико то не жели.

Са друге стране, потпуно је неоправдано и у нескладу са важећим правним прописима ускратити детету његово право да изрази своје мишљење, уколико оно то жели да учини. Суд мора омогућити сваком детету да искаже своје мишљење са којим родитељем жели да живи, односно да искаже своје мишљење о било ком другом питању које га се тиче, уколико то жели, под условом да је способно да формира мишљење. При том, детету треба омогућити да искаже своје мишљење на начин који је најмање стресан за њега. Смернице за извођење ове врсте испитивања даје Општи коментар број 12 Комитета за права детета, у коме се наводи да је ради успешног реализовања права детета да буде саслушано, неопходно да дете буде правилно припремљено, да му мора бити предочено када ће, где ће и како ће бити саслушано, ко ће том приликом бити присутан, и какве ће последице произвети његова изјава, уз нагласак да дете треба да буде саслушано у подстицајном окружењу и да саслушање треба да има више облик разговора, него једностраног испитивања. Упутства за испитивање детета даје и ПЗ, којим је прописано да суд мишљење детета треба да утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу, у сарадњи са школским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере.

Процент деце која су изразила своје мишљење у парници за вршење родитељског права, у случају када су тужбом покренула ову парницу и тиме стекла својство странке је готово идентичан проценту деце која су изразила своје мишљење у оним поступцима у којима нису стекла положај странке. Следствено овом, чак ни изричита законска обавеза суда, прописана чл. 266 ст. 3 ПЗ, да дозволи непосредно изражавање мишљења детету које је странка у парници за вршење родитељског права, није гаранција да ће дете изразити своје мишљење.

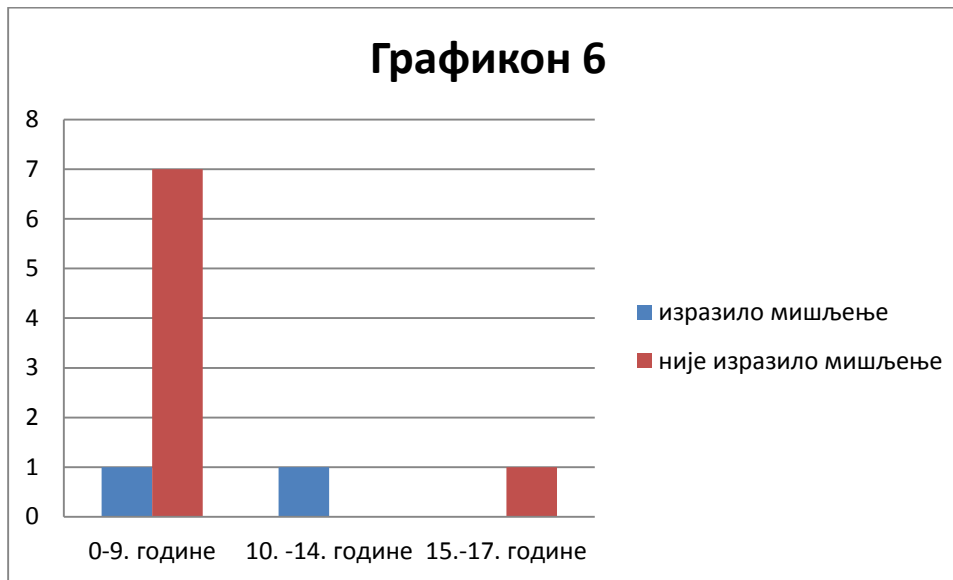
5. Број деце са положајем странке која јесу/нису изразила мишљење.



Као што је у раду већ раније истакнуто, постоји извешан несклад између КПД и ПЗ, који се огледа у томе што КПД обавезује да се сваком детету омогући да изрази своје мишљење, док ПЗ изричито прописује обавезу суда да омогући детету које је странка у поступку да непосредно изрази своје мишљење. Иако, ова неусклађеност прописа не сме бити разлог да се детету ускрати право да слободно изрази своје мишљење у сваком судском поступку у коме се одлучује о његовим правима и интересима, свакако нема места ускраћивања права детету да изрази своје мишљење у поступку у којем има положај странке. Ускраћивање овог права је, сходно ПЗ, могуће у случају оцене суда да дете које је странка у поступку није способно да формира своје мишљење, односно оцене да би изражавање мишљења детета било у супротности са његовим најбољим интересом.

Но, и поред изричите законске обавезе суда само је двоје од десеторо деце изразило своје мишљење у парници за вршење родитељског права у којој је имало положај странке. У преосталих осам случајева суд уопште није ценио способност детета да формира своје мишљење, нити је утврдио да би остваривање дететових права гарантованих чл. 266 ст. 3, било у супротности са најбољим интересом детета. Суд у овим случајевима не само да је ускратио право детета да слободно изрази своје мишљење, већ није испунио ни обавезу старања да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна.

б. Узрост деце са положајем странке која јесу/нису изразила мишљење.



Иако је законодавац можда веровао да је детету које је навршило 10. годину живота обезбеђено остварење права на слободно изражавање мишљења, предвиђањем могућности да се такво дете само, односно преко неког другог лица или установе, обрати суду или органу управе и затражи помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења (чл. 65 ст. 5 ПЗ), показало се да је оваква одредба недовољна, јер се ниједно дете из испитаног узорка није користило овим правом. Оправдане су критике, на које је указано у ранијем делу рада, да овако формулисана одредба није ни издалека довољна да у пракси дете заиста добије одговарајућу помоћ у остваривању свог фундаменталног права на слободно изражавање мишљења.

С обзиром на то да је у свим случајевима у којима је дете уопште изразило своје мишљење, то учинило посредно, преко ЦСР, то је очигледно стручно лице центра за социјални рад требало да информише дете о свом праву да може слободно да изрази своје мишљење у погледу начина вршења родитељског права и контаката са родитељем, те да нема дужност да мишљење изрази, као и на то да своје мишљење може да изрази у присуству лица које само изабере. Стручно лице центра за социјални рад је требало детету да пружи обавештења која су му потребна за формирање мишљења, јер је оно једино остварило непосредни контакт са дететом.

Приликом спровођења истраживања уочио сам да у налазима и мишљењима које је центар за социјални рад достављао суду, није навођено да је дете поучено о овим

правима, а нису наведене ни околности које су детету саопштене у циљу омогућавања формирања „информисаног“ мишљења. Такође, суд у акту којим је од ЦСР тражио израду налаза и мишљења није указивао на информације које дете треба да добије, те суд није испунио своју дужност да предузме радње којима обезбеђује да дете добије потребна обавештења.

Имајући у виду стандарде КПД, неопходно је да се у налазу и мишљењу ЦСР констатује да је дете заиста поучено о својим правима, као и да се наведе која су обавештења детету пружена. На томе би и судови требало да инсистирају јер би се тиме подигла свест лица које утврђује мишљење детета о важности ових права, а суду би било омогућено да правилно оцени изражено мишљење детета. Уз то, мора се описати и окружење у којем је дете изражавало своје мишљење, јер се на основу тога утврђује да ли је дете „слободно“ изразило мишљење или је у таквом окружењу постојала могућност да буде изложено нечијем прекомерном утицају, услед ког би изразило туђе, а не своје мишљење. Не наводи се ни да ли је мишљење детета утврђивано у присуству лица које дете само изабере.

Центар за социјални рад је у својим налазима наводио утврђени став детета о томе са којим родитељем жели да живи, али ни у једном случају није доставио суду транскрипт разговора који је стручно лице ЦСР водило са дететом приликом утврђивања његовог мишљења. Међутим, суд приликом издавања налога за давање налаза и мишљења, ни у једном предмету није захтевао достављање транскрипта разговора.

Суд би то био дужан да чини, јер се једино на основу увида у транскрипт разговора, који је стручно лице ЦСР водило са дететом приликом утврђивања његовог мишљења, може правилно вредновати изражено мишљење детета, односно оценити да ли је стручно лице Центра на ваљан начин утврдило мишљење детета, и да ли је детету омогућено уживање права гарантованих законом. Суд би требало, увидом у транскрипт, да стекне сазнања о обавештењима која су детету пружена, о средини у којој је утврђивано мишљење, у чијем је присуству дете изразило своје мишљење, што је све од значаја приликом оцене израженог мишљења детета.

Суд је само изузетно утврђивао мишљење детета у ситуацијама када је постојао споразум родитеља о начину вршења родитељског права.⁸² Наиме, то је учињено само у 15 случајева, док у преосталих евидентираних 129 случајева није утврђивано мишљење детета. Свакако није оправдано лишити дете његовог права да, уколико је способно да формира своје мишљење, слободно изрази мишљење у парници за вршење родитељског права, у ком поступку се *par excellence* одлучује о његовим правима, само зато што су се родитељи споразумели о начину вршења родитељског права.

Шта више суд је у незнатном броју ових случајева, иако је био у обавези да то учини, сходно члану 270 ПЗ, уопште тражио од органа старатељства израду налаза и стручног мишљења пре него што је доносио пресуду у чију је изреку уносио споразум родитеља о начину вршења родитељског права. У овим случајевима се оправдано може посумњати у квалитет процене суда да је постигнути споразум родитеља о начину вршења родитељског права у најбољем интересу детета, јер је суд тако нешто ценио само на основу постојања самог споразума и навода родитеља изнетих пред судом. Стиче се утисак да је суд *a priori* прихватио споразум родитеља о начину вршења родитељског права, без извршене претходне процене да ли је такав споразум у најбољем интересу детета.

Међутим, чак и ови ретки случајеви у којима је утврђивано мишљење детета и поред постојања споразума родитеља показатељи су значаја које изражено мишљење детета има за суд. Тако је у једном случају суд и поред постојања договора родитеља о повери деце, испунио своју обавезу из члана 270 ПЗ и затражио од ЦСР израду налаза и стручног мишљења. Центар за социјални рад је у свом налазу навео исказану жељу деце да буду поверени оцу на старање. Иако је утврђено мишљење деце, суд није унео садржину њиховог израженог мишљења у образложење своје пресуде.

Изузетно има и примера добре праксе који би могли да послуже као узор. Тако је суд, сагласно својој законској обавези, затражио од органа старатељства израду налаза и стручног мишљења, иако, још на првом рочишту, између родитеља није постојао спор о начину вршења родитељског права, а затим је у образложењу своје пресуде коју је донео на основу споразума родитеља, за који је нашао да је у најбољем интересу детета, унео садржину мишљења деце, које је утврдило стручно лице ЦСР, закључујући на

⁸² Тако је, нпр., суд у образложењу своје одлуке навео „Суд налази да је у најбољем интересу детета постигнут споразум странака у погледу вршења родитељског права, јер малолетно дете не мења досадашње окружење а мајка поседује родитељске капацитете да се самостално брине о мал. детету.“.

крају да деца треба да буду поверена мајци „имајући у виду узраст, потребе и жеље малолетне деце“.

Аргументи да остварење права детета на изражавање мишљења не треба везивати за узраст детета, да је дете способно да обликује мишљење од најранијег доба, чак и када можда није у стању да га вербално изрази, да се мишљење може изразити и путем невербалних облика комуникације који обухватају игру, говор тела, изразе лица, цртање и сликање, могу се наћи и у судској пракси. Наиме, у једном случају у који сам извршио увид, постојала је потреба, да се поред доношења коначне одлуке о поверавању заједничког детета једном родитељу, привремено уреди начин одржавања личних односа и виђење малолетног детета, које је навршило 2. годину живота, са мајком. Суд је од ЦСР затражио изјашњење у погледу оцене најбољег интереса детета у одлучивању по привременој мери. Центар за социјални рад је у свом налазу навео да је организовао сусрет детета и мајке у просторијама Центра, током ког је дете остварило виши степен блискости са оцем, али да је одређене игровне активности изводило и са мајком, и то без устежања, али на наговор оца, при чему се тренутно одсуство блискости са мајком тумачило у контексту изостанка контакта са мајком у протеклом периоду. У другом случају одлучивало се о повери детета прве узрасне категорије у парници за вршење родитељског права која је вођена као главни поступак. У овом случају орган старатељства је у свом налазу и стручном мишљењу навео „Мал. има очувану емотивну блискост са оцем. У присуству оца понаша се слободно и весело. Центар за социјални рад је мишљења да дете треба да се повери оцу, јер је грубо занемаривано и злостављано од стране мајке.“.

Изражено мишљење детета садржале су 22 одлуке, а у свих 43 случајева, донета пресуда је била у складу са израженим мишљењем детета.⁸³ Овај податак представља важан показатељ да су деца способна да процене шта је у њиховом најбољем интересу. То додатно указује на оправданост става да су право на слободно изражавање мишљења детета и принцип најбољег интереса детета међусобно повезани, а да је неоправдан став законодавца да право на слободно изражавање мишљења детета и принцип најбољег интереса детета могу бити међусобно контрадикторни и да у том случају превагу има најбољи интерес детета (Петрушић, 2006б:113). Наведено указује и

⁸³ У пресудама које су садржале изражено мишљење детета навођено је „У интересу мал. деце узимајући у обзир њихов узраст да се повере мајци, јер деца исказују потребу за већом емоционалном разменом са мајком.“; „Имајући у виду узраст, потребе и жеље малолетне деце суд је донео одлуку...“.

на то да треба у сваком конкретном случају омогућити детету да оствари право на изражавање свог мишљења, уколико је способно да формира своје мишљење. Стога законска могућност да се детету ускрати право да слободно изрази своје мишљење треба схватити као изузетак од правила, који треба уско тумачити, посебно имајући у виду значај права детета на слободно изражавање мишљења.

7. Број пресуда у чијем образложењу јесте/није наведена садржина мишљења детета.



Наравно, могуће је да изражено мишљење детета не буде у складу са његовим најбољим интересом, али зато и законодавац предвиђа обавезу суда да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета.⁸⁴ Такође, суд би требало да у образложењу своје одлуке наведе разлоге из којих није уважио мишљење детета, иако оваква законска обавеза за суд не постоји. Без детаљног навођења разлога због којих није уважио мишљење детета, не постоји могућност да инстациона суд изврши контролу начина на који је суд вредновао мишљење детета, тј. разлоге због којих није уважио мишљење детета (Петрушић, 2006б:115). *De lege ferenda* требало би предвидети овакву обавезу суда и управног органа. Овакво правило је неизоставно потребно јер се само тиме могу обезбедити реални услови да мишљење детета заиста има адекватан третман у поступку, тј. да буде брижљиво размотрено и вредновано и оствари одговарајући утицај на садржину саме одлуке (Петрушић, 2006б:115).

⁸⁴ Чл. 266 ст. 3 тачка 2 ПЗ.

Чињеница да у образложењу судске одлуке у готово половини случајева у којима је дете изразило своје мишљење није наведена садржина израженог мишљења говори да у овим случајевима суд изражено мишљење детета није уопште или није на адекватан начин размотрио. Ово указује да на доношење одлука о вршењу родитељског права примарно утиче евентуални споразум родитеља и неке објективне околности, а у знатно мањој мери став детета.⁸⁵ То је свакако неоправдано, јер како је раније већ наведено одлука донета у овом поступку, примарно погађа дете.

Жалба је изјављена само против две пресуде које су садржале одлуку о вршењу родитељског права. У једној жалби је као жалбени разлог истакнута чињеница да одлука првостепеног суда није у складу са израженим мишљењем детета. У овом случају одлучивало се о измени одлуке о повери малолетног детета, прве узрасне категорије. Мишљење детета је утврдио ЦСР, који је у свом налазу навео „Иако се мал. вербално декларише за оца, жели присуство оба родитеља у одрастању, што вербално и саопштава родитељима, а нарочито је то препознатљиво у њеној реакцији на родитељске конфликте када вербално реагује. Орган старатељства је сагледавајући све релевантне чињенице и потребе мал. у овом развојном периоду, сензибилност родитеља да пружи подршку мал. у превазилажењу свих актуелних догађања, спремност за промену и истрајност, закључио да мајка поседује већи степен одговорности, компетентности, те да нема елемената за измену одлуке о повери, те да је у најбољем интересу детета да буде поверено мајци.“ Првостепени суд је засновао своју одлуку преваходно на мишљењу органа старатељства. Отац детета изјавио је жалбу и као један од жалбених разлога истакао је чињеницу да одлука првостепеног суда није у складу са израженим мишљењем детета. Апелациони суд је одбио жалбу и потврдио првостепену пресуду а у образложењу своје одлуке је навео „да неосновано тужилац у жалби приговара мишљењу ЦСР да је мајка компетентнији родитељ од тужиоца, да поседује већи степен одговорности и компетентности, да је Апелациони суд ценио чињеницу да се мајка лечила код КЦ Ниш на Клиници за психијатрију, али да је имао у виду да се лечила због конфликтне ситуације у породици, те да је тим лекара састављен од психијатра и неуропсихијатра навео да тужена може обављати радне и родитељске дужности, да се из пресуде о разводу брака утврђује да је тужилац користио алкохол, да је долазило до насиља, па је Апелациони суд закључио да је првостепени суд, имајући у

⁸⁵ У образложењу пресуда које нису садржале изражено мишљење детета наведено је, нпр., „Суд је ценио договор родитеља у поступку нагодбе, па је нашао да је постигнути споразум о вршењу родитељског права у најбољем интересу детета.“

виду мишљење ЦСР и налаз лекара који су лечили тужену, руководећи се најбољим интересима малолетног детета, правилно одбио тужбени захтев тужиоца.“.

Овакав налаз и стручно мишљење ЦСР јасно указује да за утврђивање стварног мишљења детета није релеванто само оно што дете вербално изражава. Мишљење детета треба утврђивати кроз призму његовог целокупног понашања. Законодавац зато правилно налаже да суд и орган управе утврђују мишљење детета у сарадњи са школским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима.

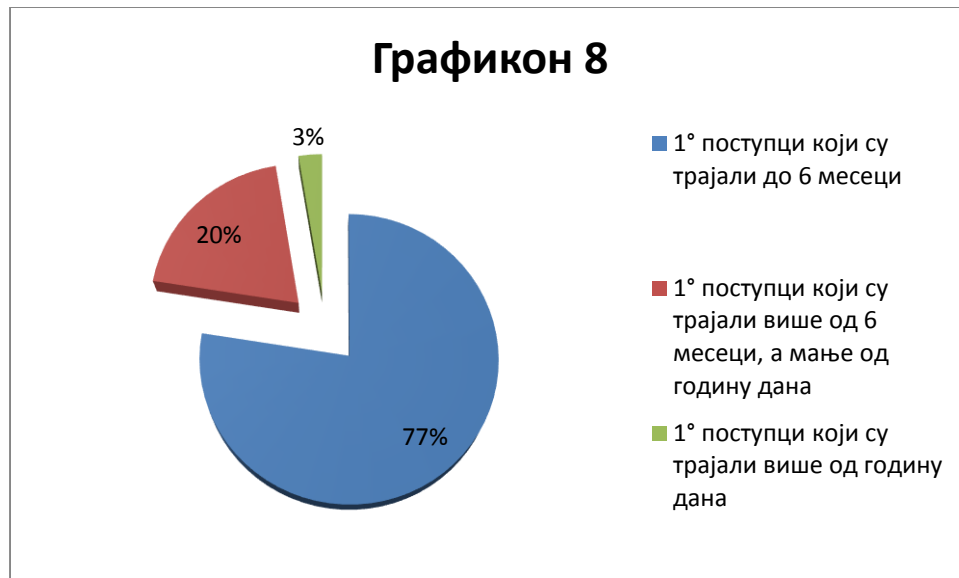
Свакако један од разлога за овакав незнатан број изјављених жалби представља чињеница да је у великом броју случајева постојао споразум родитеља о начину вршења родитељског права и да је у свим тим случајевима суд нашао да је постигнути споразум у најбољем интересу детета. Међутим, у не малом броју случајева овакав споразум није постојао, а оба родитеља су желела да самостално врше родитељско право. У неким од ових случајева суд је доносио одлуке, а да претходно није утврђено мишљење детета. Чињеница да у тим случајевима није изјављена жалба и да као жалбени разлог није истакнута повреда права детета да слободно изрази своје мишљење може бити показатељ да ни међу адвокатима и родитељима деце не постоји свест о постојању права детета и њиховој важности. Међутим, ово не изненађује, с обзиром да оваква свест, гледајући податке који говоре о проценту деце којој је омогућено да изразе своје мишљење и о проценту судских одлука које су садржале изражено мишљење, не постоји ни међу судијама, који су за разлику од адвоката и родитеља, стекли посебна знања из области права детета, јер у супротном не би могли да суде у овој врсти поступака.

Са друге стране, околност да као жалбени разлог, сем у овом једном случају, није истицано да одлука првостепеног суда није у складу са израженим мишљењем детета представља последицу чињенице да су све донете одлуке биле у складу и са вербално израженом жељом детета о томе са којим родитељем жели да живи.

Поступак у парници за вршење родитељског права спада у ред нарочито хитних поступака, сходно чл. 204 ПЗ. Постоји потреба да се овај поступак оконча у најкраћем могућем року с обзиром на то да се само судском одлуком може разрешити једна врло стресна ситуација за дете изазвана прекидом заједнице живота родитеља и њиховом „битком“ око детета.

Због тога радује чињеница да је највећи број првостепених поступака, нешто више од $\frac{3}{4}$ свих поступака обухваћених истраживањем, окончан за мање од шест месеци, а да су првостепени поступци само изузетно трајали више од годину дана.⁸⁶ Такође, задовољава податак да ретко до правноснажног окончања поступка протекне више од годину дана.

8. Дужине трајања првостепеног поступка.



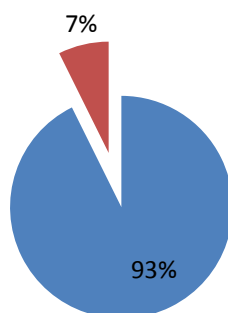
Прикупљени подаци указују да постојање споразума родитеља о начину вршења родитељског права, односно његово непостојање, представља фактор који највише утиче на дужину трајања поступка. У већини случајева када је постојао споразум родитеља, целокупни поступак се окончавао врло брзо, у року од месец дана, а након одржаног једног, односно највише два рочишта. На нешто дуже трајање појединих поступака, утицао је „Штрајк адвоката“ који је био на снази у периоду у којем су вођени поступци који су били непосредни предмет истраживања, а дуже трајање неких поступака последица је немогућности ЦСР да у кратком року израде налаз и стручно мишљење.

⁸⁶ Разлог због кога је један од поступака трајао више од годину дана је тај што је тужена променила име, презиме и пребивалиште. Након што су ове генералије утврђене чекала се уредна достава позива, која је била отежана јер је редовно боравиште тужене било у иностранству. Важно је напоменути и да је тужена напустила дете одмах по рођењу детета.

9. Дужине трајања поступка до правноснажног окончања.

Графикон 9

- поступци који су правноснажно окончани за мање од годину дана
- поступци који су правноснажно окончани за више од годину дана



V. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Сprovedено емпиријско истраживање и теоријска анализа постојеће законске регулативе указују да процесни положај детета у парници за вршење родитељског права није задовољавајући, и да је неупоредиво лошији од положаја који у овој, а и у другим парницама, уживају одрасле особе.

Да би се процесно операционализовао онај статус који дете има у домену материјалног права, било је неопходно изградити процесне инструменте који ће омогућити да дете буде стварни субјект у свим поступцима у којима се, непосредно или посредно, одлучује у његовим правима (Петрушић, 2006а:170). Међутим, ПЗ то није до краја спроведено, јер је пропуштено да се детету обезбеди положај странке у сваком судском, односно административном, поступку који га се тиче. Такође, пропуштена је и адекватна санкција за повреду признатих процесних права детета. Само такав свеобухватни приступ, могао је да обезбеди да дете у поступцима пред државним органима има онај степен аутономије који има у сфери материјалног права, те да у поступцима ужива онај третман који је признат пунолетним лицима (Петрушић, 2006а:170).

Ово указује на неопходност реформе породичног законодавства, која ће се огледати у измени, односно прецизирању постојећих одредби. Међутим, судска пракса показује да је од законодавне реформе, можда још важније, наставити даљу перманентну едукацију свих укључених у доношењу одлуке о повери даце након раскида заједнице живота између родитеља. Едукација треба да буде усмерна ка повећавању свести о деци као аутономним субјектима, која су способна да сходно својим развојним способностима доносе одлуке које су у њиховом интересу и која поседују законом и међународним уговорима призната права чије се уживање мора обезбедити.

Једна од највећих замерки која се може упутити законодавцу је што детету није обезбедио положај странке у парници за вршење родитељског права, као што је то учинио у матернитетским и патернитетским парницама, јер како је у раду већ истакнуто, од овог статуса зависи остварење читавог низа дечјих права попут права на независно заступање, права на изјављивање жалбе, итд. Због природе

материјалноправног односа који постоји између родитеља и деце, детету би требало обезбедити положај нужног и јединственог супарничара у парници за вршење родитељског права, јер се спор који се међу родитељима јавља око начина вршења родитељског права мора истоветно решити према свим странама из овог материјалноправног односа.

Резултати спроведеног емпиријског истраживања указују да се деци ретко омогућава да изразе своје мишљење, те се као недовољна гаранција за остварење овог права показују постојеће начелне одредбе из чл. 65 ПЗ. Овакви резултати истраживања намећу потребу за прописивањем повреде права детета на слободно изражавање мишљења као битне повреде одредаба парничног поступка. У супротном, потребно је прецизирати, односно изменити постојећу одредбу чл. 65 ст. 5 ПЗ, која предвиђа да се дете које је навршило 10. годину живота може само, односно преко неког другог лица или установе, обратити суду или органу управе и затражити помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења, јер се ова одредба показала недовољном за обезбеђење остварења права детета на изражавање мишљења, имајући у виду да се ниједно дете из испитаног узорка није користило овим правом.⁸⁷

Такође, потребно је, експлицитно, предвидети дужност суда да се стара да дете, у сваком поступку у коме се одлучује о његовим правима, благовремено добије сва обавештења која су му потребна и да допусти детету да непосредно изрази своје мишљење, којем ће потом посветити дужну пажњу у складу са зрелошћу детета, јер постојеће одредбе намећу ове обавезе суду само „ако утврди да је у спору за заштиту права детета или у спору за вршење односно лишење родитељског права странка дете које је способно да формира своје мишљење“.

Неопходно је омогућити сваком детету, а не само оном које је навршило 10. годину живота, да се обрати суду, односно органу старатељства, са захтевом за постављање колизијског заступника, јер постојећа законска регулатива неоправдано лишава дете могућности да оствари заштиту својих интереса. Наиме, овако постављени услов за коришћење овог права лишио је већину деце из испитаног узорка саме могућности да захтевају постављање независног заступника, што је неоправдано

⁸⁷ „Најмање што се од законодавца очекивало јесте да предвиди на какав вид помоћи дете има право, ко детету помаже да оствари ово право, како ће ова специфична помоћ бити пружена и који ће правозаштитни метод бити искоришћен приликом одлучивања о захтеву за пружање помоћи“ (Петрушић, 2006б:116).

имајући у виду да то што дете сматра да његови интереси нису на одговарајући начин заштићени даје јасан сигнал за неопходност постављања колизијског заступника. При том, везивање остварења једног права, за узраст детета, а не за његове развојне способности, у нескладу је са КПД, на чију се примену наша држава ратификацијом обавезала. *De lege ferenda* не треба условљавати остварење права одређеним узрастом детета, већ његовом зрелошћу.

Иако је законодавац предвидео да дете које је навршило 10. годину живота може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском поступку у коме се одлучује о његовим правима, суд није омогућио уживање овог права у парници за вршење родитељског права ниједном детету наведеног узраста. Из тог разлога, *de lege ferenda* требало би прописати критеријуме на основу којих суд доноси одлуку о начину на који ће дете изразити своје мишљење и обавезу суда да овакву своју одлуку образложи.

Требало би изменити и тренутно законодавно уређење вољног заступања детета, јер како је већ указано постојећи начин регулисања указује да је основ овог вида заступања детета од стране родитеља закон, а не воља детета. Ново законодавно решење треба да обезбеди да дете буде истински властодавац, и да из јасно изражене воље детета извире овлашћење родитеља да га заступају у поступку у ком поседује парничну способност.

Међутим, истраживање је показало да се у пракси деци не омогућава уживање у пуном обиму, постојећом законском регулативом, признатих права. Наиме, увидом у судске списе се не може утврдити да ли је дете заиста поучено о свим правима које има и да ли је добило сва обавештења која су му потребна. Процент пресуда које нису садржале изражено мишљење детета указује да суд у великом броју случајева израженом мишљењу детета не посвећује дужну пажњу, пажњу која је у складу са зрелошћу детета. Суд не остварује своју обавезу да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна. Мишљење детета никада не утврђује непосредно, а ЦСР никада експлицитно не налаже да утврди мишљење детета. Тако је остављена слобода органу старатељства да донесе одлуку да ли ће у конкретном случају утврђивати мишљење детета.

Из тог разлога, неопходна је и измена постојеће праксе. Наиме, суд је дужан најпре да утврди да ли је дете способно да формира своје мишљење, а затим да омогући

детету да се изјасни да ли уопште жели да изрази своје мишљење о питању које га се тиче и да се изјасни о начину на који жели да буде саслушано. При том суд мора обезбедити да дете претходно буде обавештено о стању ствари, могућностима и могућим одлукама које ће се донети. Детету даље мора бити предочено када ће, где ће и како ће бити саслушано, ко ће том приликом бити присутан, и какве ће последице произвести његова изјава. Дете се мора поучити и о праву да своје мишљење искаже у присуству лица које само изабере, јер ово право обезбеђује да дете лакше преброди страхове и да своје мишљење дете заиста изрази слободно. Након овога, уколико дете изрази своје мишљење, суд је дужан да израженом мишљењу посвети дужну пажњу која је у складу са зрелошћу детета, а степен указане пажње се најбоље огледа кроз образложење одлуке, у ком нарочито морају бити наведени разлози због којих суд није уважаио мишљење детета.

Да би се у сваком конкретном случају обезбедило поштовање законом, признатих права, суд, односно лице које утврђује мишљење детета, треба записнички, понаособ, да констатује која су права детету предочена, како се у вези са коришћењем тих права дете изјаснило, а у записник морају бити унета и обавештења која су детету пружена. На овај начин се може обезбедити суштинска и потпуна реализација законом загарантованих права детета. Такође, овај начин омогућава првостепеном суду да изврши правилно вредновање израженог мишљења детета, када дете своје мишљење не изражава непосредно пред судом, а инстациони суд може оценити правилност поступања првостепеног суда приликом утврђивања мишљења детета.

Циљ свих настојања треба да буде обезбеђивање деци могућности да, сходно свом развоју, изразе своје мишљење и да стварно учествују у поступцима који их се тичу, а нема поступка који се више тиче детета од оног у ком се одлучује о средини у којој ће развијати своје способности и градити своју личност.

ЛИТЕРАТУРА

Апостоловић, Б. (2006). Вршење родитељског права; у: Слијепчевић, Д. (ур.). *Билтен судске праксе Врховног суда Србије број 2*. Београд: Intermex. 304-324.

Atkinson, J. (1984). Criteria for Deciding Child Custody in the Trial and Appellate Courts. *Family Law Quarterly*. Vol. 18. 8-36.

Центар за права детета (2011). *Анализа законодавства Републике Србије с аспекта права детета*. Београд. [Електроничка верзија]. преузето 09.12.2016. http://www.unicef.rs/files/FINAL_Analiza%20zakonodavstva%20RS_9_2_11.pdf

Ђорац, С. (2014). *Право детета на изражавање мишљења у судском поступку*. [Електроничка верзија]. преузето 25.9.2016. <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0350-8501/2014/0350-85011466325C.pdf>

Делибашић, З. (2005). *Права детета у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права*. [Електроничка верзија]. преузето 19.1.2017. http://www.bg.ap.sud.rs/images/ZORANA%20DELIBASIC_PRAVA%20DETETA.pdf

Ђрашкић, М. (2009). *Породично право и права детета*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник.

General Comment No. 12 (2009) *The Rights of the Child to be Heard*. Committee on the Rights of the Child. [Електроничка верзија]. преузето 15.6.2016. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

Јанић, Љ. (2016). Право детета на слободно изражавање мишљења у поступку за лишење родитељског права; у: Ђурђић, В. и Лазић, М. (ур.). *Зборник радова студената докторских студија права*. Ниш: Правни факултет Универзитета. 177-191.

Јовић, О. (2008). *Европски концепт права детета – родитељска права и дужности*: докторски рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду. Нови Сад.

Јовић, С. Петровић, М. Радуловић, С. Стевановић, И. Вељковић, Ј. (2015). *Како до правосуђа по мери детета. Положај детета у грађанским судским поступцима у Републици Србији – поштовање и остваривање права на партиципацију и најбоље интересе детета у судским поступцима*. Београд: Центар за права детета.

Ковачек-Станић, Г. (2014). *Породично право: партнерско, дечје и старатељско право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду: Центар за издавачку делатност.

Ковачек-Станић, Г. (1994). *Правни израз родитељства*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду: Центар за издавачку делатност.

Lansdown, G. (2005). *Can you hear me? The Right of Young Children to Participate in Decisions Affecting Them. Working Papers in Early Childhood Development, vol. 36; Bernard van Leer Foundation*. [Електроничка верзија]. преузето 21.9.2016. године <http://www.bibalex.org/Search4Dev/files/282624/114976.pdf>

Lansdown, G. (2011). *Every child's right to be heard, A resource guide on the UN Committee on the rights of the child general comment no.12*, London. [Electronic version]. преузето 21.9.2016. године www.unicef.org/adolescence/files/Every_Childs_Right_to_be_Heard.pdf

Палачковић, Д. (2006а). Конвенција о правима детета и Породични закон; у Станковић, Г. (ур.). *Научна конференција „Новине у породичном законодавству“*. Ниш: Правни факултет. 23-38.

Палачковић, Д. (2006б). Процесни положај детета под родитељским старањем у посебним парничним поступцима према новом породичном закону Србије; у: Бејатовић, С. (ур.). *Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савета Европе. Књ. 1*. Крагујевац: Правни факултет. 359-370.

Петрушић, Н. Петровић, М. Пејовић Милованчевић, М. Ђук Миланков, Д. Јовић, С. (2015). *Смернице за учешће детета у грађанским судским поступцима и процену најбољег интереса детета*. Београд: Центар за права детета.

Петрушић, Н. (2006а). Заступање детета у парници; у: Ђорђевић, М. (ур.). *Правни живот бр.10/2006*. Београд. 169-191.

Петрушић, Н. (2006б). Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије; у Станковић, Г. (ур.). *Научна конференција „Новине у породичном законодавству“*. Ниш: Правни факултет. 99-117.

Петрушић, Н. (2006в). *Посебна пословна и парнична способност детета. Учешће детета у судским поступцима у породичним стварима*. [Electronic version]. преузето 15.6.2016. www.pars.rs/files/Ucesce_deteta_u_postupku.ppt

Поњавић, З. (2011). *Породично право*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке.

Познић, Б. Ракић-Водинелић, В. (2015). *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион: Службени гласник.

Радованов, А. (2012). *Грађанско процесно право*. Нови Сад: Универзитет Привредна академија у Новом Саду, Правни факултет за привреду и правосуђе.

Станковић, Г. (2010). *Грађанско процесно право. Св. 1, Парнично процесно право*. Ниш: Правни факултет.

Старовић, Б. Кеча, Р. (2004). *Грађанско процесно право*. Нови Сад: Правни факултет.

Узелац, А. Решетар, Б. (2009). *Процесни положај и заступање дјетета у судском поступку према хрватском и компаративном праву – нека отворена питања*. [Electronic version]. преузето 15.10.2016. године http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A24proc_pol_djeteta_Os.pdf

Вучковић Шаховић, Н. Петрушић, Н. (2015). *Права детета*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Вучковић Шаховић, Н. (ур.) (2011). *Права детета у међународним документима*. Београд: Заштитник грађана, Повереник за заштиту равноправности. [Electronic version]. преузето

21.9.2016.http://www.unicef.rs/files/Publikacije/PDFPrava_detet_u_medjunarodnim_dokumentaF.pdf

Вујовић, Р. (2012). Утицај промене положаја детета у породици; у: Ђорђевић, М. (ур.). *Правни живот бр.10/2012*. Београд.55-71.

ПОПИС ОСТАЛЕ ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ

European Convention on the Exercise of Childrens Rights (Council of Europe, ETS No. 160).

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98. 2006.

Породични закон. *Службени гласник РС*. Бр. 18.2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015.

Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Ad Hoc Committee of the Whole. A world fit for children. 6th plenary meeting 10 May 2002.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. *Службени гласник РС*. Бр. 85.2005.

Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015.

Закон о општем управном поступку. *Службени лист СРЈ*. Бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, Бр. 30/2010.

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014.

Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета. *Службени лист СФРЈ-Међународни уговори*. Бр. 15. 1990.

Закон о уређењу судова. *Службени гласник РС*. Бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон и 13/2016.

САЖЕТАК И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Предмет овог мастер рада била је анализа процесног положаја детета у парницама за вршење родитељског права.

Циљ рада је био да се сагледају недостаци у законској регулативи и евидентирају проблеми и изазови у практичном оствривању процесних права које дете има као субјект поступка у парницама у којима се одлучује о вршењу родитељског права, а како би се формулисали одговарајући предлози за унапређење процесног положаја ради креирања услова да дете у пуној мери оствари права која му гарантује Конвенција о правима детета и прописи Републике Србије.

Ради остварења циља истраживања коришћени су следећи методи истраживања: нормативно-догматски метод, метод анализе садржаја и статистички метод.

У раду је извршена критичка анализа постојеће законске регулативе, у контексту међународних стандарда утврђених Конвенцијом о правима детета, а изложени су и резултати спроведеног емпиријског истраживања. Кроз цео рад настојано је да се утврде недостаци постојеће законске регулативе и да се укаже на могуће правце законодавне реформе, која се показује као неопходна, с обзиром на податке до којих се дошло анализом списка парничних предмета Основног суда у Нишу у правним стварима вршења родитељског права, који су формирану у периоду од 1. јануара 2014. године до 31. децембра 2014. године. Критички је посматрано поступање Основног суда у Нишу, и указано је на поступке који су негативно утицали на процесни положај детета у парницама за вршење родитељског права. У закључним разматрањима исказана је потреба стварања добре судске праксе у оквирима постојеће законске регулативе, и у том циљу формулисани су одређени предлози.

Спроведено емпиријско истраживање и теоријска анализа постојеће законске регулативе указали су да процесни положај детета у парници за вршење родитељског права није задовољавајући, и да је неупоредиво лошији од положаја који у овој, а и у другим парницама, уживају одрасле особе. Због оваквог стања неопходна је реформа породичног законодавства, а истиче се потреба да се детету новим законодавним решењем обезбеди положај странке у парници за вршење родитељског права, на начин као што је то постојећим Породичним законом учињено у матернитетским и патернитетским парницама.

Стање евидентирано у судској пракси Основног суда у Нишу показало је да се не поштује ни постојећи квантум права гарантованих деци, која одређују његов положај у парницама за вршење родитељског права, па је јасно да је неопходан даљи наставак едукације свих оних који учествују у доношењу одлуке о повери деце, усмерне ка повећавању свести о деци као аутономним субјектима, која су способна да сходно својим развојним способностима доносе одлуке које су у њиховом интересу и која поседују законом и међународним уговорима призната права чије се уживање мора обезбедити.

Кључне речи: дете, парница за вршење родитељског права, право детета на слободно изражавање мишљење, заступање детета, активна легитимација, парнична способност.

SUMMARY AND KEYWORDS

Title: The legal status of a Child in the litigation for the exercise of parental rights in practice of the Basic Court in Nis

Summary:

The subject of this master thesis was the analysis of the legal status of a child in the litigation for the exercise of parental rights.

The aim of the study was to analyze deficiencies in the legislation, as well as to record issues and challenges in the practical exercise of legal rights that a child might encounter as the subject of proceedings in which decisions are made on the exercise of parental rights, with the intention to formulate appropriate proposals for improving the legal status in order to create conditions for a child to fully exercise their rights guaranteed by the Convention on the Rights of the Child and the regulations of the Republic of Serbia.

In order to achieve the objective of the research, the following research methods are used: normative-dogmatic methods, content analysis and statistical methods.

This paper presents a critical analysis of the existing legislation, in the context of international standards set by the Convention on the Rights of the Child, and the results of an empirical research are stated as well. Throughout the paper, it was attempted to identify the deficiencies of the existing legislation and to indicate the possible directions of legislative reforms, which proves to be necessary given the data obtained from the Basic Court in Nis during the analysis of the civil case files in legal matters of exercising parental rights, which are formed in the period from 1 January 2014 to 31 December 2014. The lawsuits of the Basic Court in Nis are critically observed, and the actions that negatively affected the legal status of the child in the litigation proceedings about exercising of parental rights are also pointed out. In concluding remarks, the need to create good judicial practice is expressed within the framework of existing legislation, and to this end, certain proposals have been formulated.

The implemented empirical research and theoretical analysis of the existing legislation have shown that a child's legal status, in the litigation for the exercise of parental rights, is not satisfactory. Additionally, it is incomparably worse than the status which adults enjoy, both in this, as well as in the other cases.

Due to such situation, it is necessary to reform the Family Law. Moreover, there is a need for a child to obtain the status of the party in the litigation for the exercise of parental

rights through a new legislative solution, in a way that it was stated in the maternity and paternity litigation of the existing Family Law.

The state recorded in the jurisprudence of the Basic Court in Nis has shown that not even the existing quantum of rights guaranteed to children, that determine its status in the litigation for the exercise of parental rights, has been honored. Therefore, it is clear that the continuation of education of all those involved in making decisions about entrusting children, aimed at increasing awareness of children as autonomous entities, is necessary. At this end, the children are capable, according to their evolving capacities, to make decisions that are in their interest stated by law. They would also be provided with the enjoyment of rights that are recognized by the international treaties.

Keywords: child, litigation for the exercise of parental rights, child's right to freedom of opinion and expression, representing the child, active legitimation, litigation capacity.

БИОГРАФИЈА СТУДЕНТА

Стефан Анђелковић рођен је 30.11.1992. године у Нишу, Општина Медијана.

Основну школу завршио је 2007. године, као носилац дипломе „Вук Карацић“, која се додељује ученику за изузетни општи успех у учењу и примереном владању. Гимназију „Бора Станковић“ у Нишу завршио је 2011. године са одличним успехом.

Правни факултет Универзитета у Нишу уписао је 2011. године. Дипломирао је 15.10.2015. године са просечном оценом 9,45. Исте године уписао је мастер академске студије на грађанско правном модулу.

Приправнички стаж обавља од 02.11.2015. године у Основном јавном тужилаштву у Нишу.

Говори енглески језик.

УПИТНИК

МАСТЕР РАД

ТЕМА: Процесни положај детета у парницама за вршење родитељског права у пракси Основног суда у Нишу

Истраживач: Стефан Анђелковић

Број индекса: М 008/15-О

Датум: _____ 2017. године

Град Ниш

УПИТНИК ЗА ПРИКУПЉАЊЕ ПОДАТАКА ИЗ СУДСКИХ ПРЕДМЕТА:

Основни суд у Нишу

Број предмета: _____

Предмет истраживања: Предмети из 2014. године који су правноснажно решени.

1. Поступак у парници за вршење родитељског права се води као:
 - 1) главни (самостални)
 - 2) адхезиони уз:
 - а) бракоразводну парницу
 - б) матернитетску и патернитетску парницу
 - с) парницу за заштиту права детета
2. Поступак у парници за вршење родитељског права покренут је:
 - 1) тужбом :
 - а) детета
 - б) родитеља детета
 - с) органа старатељства
 - 2) *ex officio* (суд по службеној дужности)

Подаци о детету:

Напомена: Ако се у истој парници за вршење родитељског права одлучује о поверавању више деце, онда се за свако дете попуњава посебан упитник!

3. Узраст: 1. 0-9 2. 10-14 3. 15-17

4. Дете заступа:
1. законски заступник
 2. колизијски старатељ
 3. привремени заступник
5. Детету је постављен колизијски заступник:
- 1) на захтев детета
 - 2) по службеној дужности (*ex officio*)
6. Да ли је дете тражило од органа старатељства да му постави колизијског старатеља?
- 1) јесте
 - 2) није
- а) На који начин је дете тражило од органа старатељства да му постави колизијског старатеља:
- 1) само
 - 2) преко другог лица - _____
 - 3) преко установе - _____
- б) Коју је одлуку орган старатељства донео:
- _____
- _____
- _____
- _____
- в) Ако је детету постављен колизијски старатељ, које лице је постављено за колизијског старатеља?
- _____
7. Суд је детету поставио привременог заступника:
- 1) због постојања сукоба интереса детета и његовог законског заступника
 - 2) јер дете, као странка у парници, није заступано на „одговарајући начин“ навести образложење судске одлуке
- _____
- _____
- _____
8. Да ли је дете тражило од суда да му постави привременог заступника?
- 1) јесте
 - 2) није
- а) На који начин је дете тражило од суда да му постави привременог заступника:
- 1) само
 - 2) преко другог лица - _____
 - 3) преко установе - _____
- б) Коју је одлуку суд донео:

9. Навести образложење одлуке којом је орган поступка детету поставио колизијског заступника:

10. Да ли је дете информисано о свом праву да може слободно да изрази своје мишљење у овом судском поступку?

1) информисано је 2) није информисано

11. Да ли је дете информисано да нема дужност да изрази мишљење?

1) информисано је 2) није информисано

12. Ко је детету пружио информације у вези права на слободно изражавање мишљења?

1. суд

2. законски заступник детета

3. колизијски старатељ

4. привремени заступник

5. стручно лице Центра за социјални рад

6. неко други

13. Да ли је дете користило право на слободно изражавање мишљења?

1. јесте

2. није

14. На који начин је суд утврђивао способност детета да формира своје мишљење?

15. Какву је одлуку суд донео у погледу оцене способности детета да формира своје мишљење?

1. дете је способно да формира своје мишљење

2. дете није способно да формира своје мишљење

16. Да ли је суд детаљно образложио своју одлуку да дете није способно да формира своје мишљење?

1. суд је то учинио, а као разлоге је навео

2. суд је пропустио да то учини

17. На који начин је колизијски старатељ утврђивао способност детета да формира своје мишљење?

18. Какву је одлуку колизијски старатељ донео у погледу оцене способности детета да формира своје мишљење?

1. дете је способно да формира своје мишљење

2. дете није способно да формира своје мишљење

19. Да ли је колизијски старатељ детаљно образложио своју одлуку да дете није способно да формира своје мишљење?

1. колизијски старатељ је то учинио, а као разлоге навео је

2. колизијски старатељ је пропустио да то учини

20. На који начин је привремени заступник утврђивао способност детета да формира своје мишљење?

21. Какву је одлуку привремени заступник донео у погледу оцене способности детета да формира своје мишљење?

1. дете је способно да формира своје мишљење

2. дете није способно да формира своје мишљење

22. Да ли је привремени заступник детаљно образложио своју одлуку да дете није способно да формира своје мишљење?

1. привремени заступник је то учинио, а као разлоге је навео

2. привремени заступник је пропустио да то учини

23. Да ли је дете непосредно изразило мишљење пред судом?

1. јесте 2. није

Ако је суд одлучио да дете посредно изрази мишљење, ову одлуку

1) није образложио

2) образложио је следећим разлозима:

24. Да ли је дете добило обавештења која су му потребна за формирање мишљења?

1. јесте 2. није

Ко је детету пружио обавештења:

1. Суд

2. Законски заступник

3. Колизијски старатељ

4. Посебан заступник

5. Стручно лице центра за социјални рад

6. Неко други

25. На ком месту је суд утврђивао мишљење детета у случају када је дете своје мишљење непосредно изразило:

26. Да ли је дете информисано о свом праву да мишљење изражава у присуству лица које само изабере?

1. јесте 2. није

Ко је детету пружио информације?

1. Суд

2. Законски заступник

3. Колизијски заступник

4. Стручно лице центра за социјални рад

5. Неко други

27. Да ли је у разговору са дететом ради утврђивања мишљења детета суд користио помоћ психолога или другог стручног лица?

1. јесте
2. није

28. Ако је дете посредно изразило мишљење, ко је утврђивао мишљење детета?

1. Центар за социјални рад
2. школски психолог
3. неко други

29. Да ли је привремени заступник пренео суду мишљење детета, у случају када дете то мишљење није непосредно изразило?

1. привремени заступник је то учинио
2. привремени заступник то није учинио, јер би по његовој оцени то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета

30. Да ли је привремени заступник детаљно образложио своју оцену да је мишљење детета у супротности са најбољим интересом детета?

1. детаљно је образложио своју оцену, а као разлоге је навео

2. пропустио је да то учини, већ је као разлог навео

31. Да ли је колизијски старатељ пренео суду мишљење детета, у случају када дете то мишљење није непосредно изразило?

1. колизијски старатељ је то учинио
2. колизијски старатељ то није учинио, јер би по његовој оцени то очигледно

било у супротности са најбољим интересом детета

32. Да ли је колизијски старатељ детаљно образложио своју оцену да је мишљење детета у супротности са најбољим интересом детета?

1. детаљно је образложио своју оцену, а као разлоге је навео

2. пропустио је да то учини, већ је као разлог навео

33. Да ли се дете обратило суду и затражило помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења (чл. 65 ст. 5 ПЗ):

1. затражило је и то тако што је

1.1. помоћ је пружио

1.2. пружена је помоћ у

виду _____

1.3. помоћ је пружена тако што је

2. није се користило овим процесним овлашћењем

34. Да ли је дете претходно примпремљено за учешће у судском поступку:

1. јесте и то тако што је

2. није

35. Да ли је у образложењу одлуке наведена садржина мишљења детета:

1. јесте 2. није

36. Ако је одлука суда супротна мишљењу детета, суд је у образложењу навео разлоге због којих није уважио мишљење детета:

1. јесте 2. није

Разлози због којих суд није уважио мишљење детета (из образложења пресуде)

37. Да ли је против првостепене пресуде изјављена жалба:

1. јесте 2. није

38. Да ли је као жалбени разлог истакнута повреда права детета да слободно изрази своје мишљење:

1. јесте 2. није

39. Да ли је као жалбени разлог истакнута чињеница да одлука првостепеног суда није у складу са израженим мишљењем детета:

1. јесте 2. није

40. Каква је одлука донета по жалби?

41. До доношења првостепене пресуде поступак је трајао:

- 1) мање од шест месеци
 - 2) више од шест месеци, а мање од годину дана
 - 3) више од годину дана
42. До правноснажности пресуде протекло је
- 1) мање од годину дана
 - 2) више од годину дана

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ
ШТАМПАНОГ И ЕЛЕКТРОНСКОГ ОБЛИКА МАСТЕР РАДА**

Име и презиме аутора мастер рада: Стефан Анђелковић

Наслов мастер рада: Процесни положај детета у парницама за вршење родитељског права у пракси Основног суда у Нишу

Ментор: Проф. др Невена Петрушић

Изјављујем да је електронски облик мастер рада у pdf формату истоветан штампаном облику, који сам предао Правном факултету Универзитета у Нишу.

У Нишу, _____

Потпис аутора

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ И ОДОБРАВАЊУ ОБЈАВЉИВАЊА МАСТЕР РАДА

Изјављујем да је мастер рад, под насловом Процесни положај детета у парницама за вршење родитељског права у пракси Основног суда у Нишу пријављен и одбрањен на Правном факултету Универзитета у Нишу:

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да овај мастер рад у целини, нити у деловима, нисам пријављивао на другим факултетима, нити универзитетима;
- да нисам повредио ауторска права, нити злоупотребио интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се овај мастер рад чува у библиотеци и објави на сајту Правног факултета Универзитета у Нишу, са подацима о датуму одбране и комисији пред којом је рад брањен.

Аутор мастер рада: Стефан Анђелковић

У Нишу, _____

Потпис аутора
