

KONSULTATIVNA SPOSOBNOST U PORODIČNOM PRAVU

A. POJAM I KARAKTER KONSULTATIVNE SPOSOBNOSTI

a. Maloletna lica koja su poslovno nesposobna učestvuju u pravnom prometu preko svojih zakonskih zastupnika, u odnosu na ova lica razumni maloletnici su bliži samostalnom učestvovanju u zasnivanju i prestanku subjektivnih prava, jer u tom aktu lično učestvuju uz prethodno odobrenje ili naknadu saglasnost (konfirmaciju) zakonskog zastupnika. Pa ipak uloga maloletnog lica je u ovim slučajevima u većoj ili manjoj meri podređena. O sudbini njihovih prava odlučuju treća lica. Stoga da bi pravni posao bio punovažan razumni maloletnici se moraju pridržavati uputstva i saveta zakonskih zastupnika. To zahtevaju potrebe za zaštitom njihovih interesa.

Međutim, već od prvih dana kada je ustanova opšte poslovne sposobnosti počela da dobija svoje konačne pravne konture, osećala se potreba da se maloletna lica na određen način, postepeno ali u sve većoj meri i sve sigurnije privuku samom aktu sklapanja pravnog posla koji za njih preduzimaju njihovi zakonski zastupnici. Maloletnik, koji pokazuje znake razumnog rasuđivanja poziva se da se izjasni da li je saglasan sa aktom koji preduzima njegov zakonski zastupnik. Ovo obraćanje maloletniku, čija je subjektivna pretpostavka o njegovoj razumnosti u većini slučajeva obeležena određenim uzrastom, predstavlja jedan od oblika posebne poslovne sposobnosti koju smo nazvali: konsultativna sposobnost.¹

Potreba za ovom sposobnošću opravdava se na više načina. Po jednom mišljenju ona je nužan zahtev da se ukloni neposredan brutalan dodir jednog poslovnog nesposobnog lica sa stanjem svoje opšte poslovne sposobnosti.² Iako je ovaj prelaz ka poslovnoj sposobnosti rezultat evolucije i rasta svih pretpostavki na kojima se zasniva opšta poslovna sposobnost, promena u pravnom položaju jednog lica, u tom trenutku, je ipak nagla i krajnje oštra. Da bi se na neki način ublažio ovaj prelaz u opštu poslovnu sposobnost, maloletno lice treba postepeno uvoditi u pravni promet i dopustiti mu da može da utiče na sticanje i promenu ne samo svojih imovinskih već, što je mnogo važnije, i svojih ličnih prava. Konsultativna sposobnost posmatrana iz ovog

¹ Prof. Živojin Perić ovu sposobnost naziva: sposobnost za statusne pravne poslove. Međutim, mi nismo prihvatili ovaj izraz zbog njegove preuskosti. Konsultativna sposobnost obuhvata problematiku koja daleko prevazilazi pitanja koja se tiču statusa jedne ličnosti. Videti: Smanjena poslovna sposobnost u srpskom privatnom pravu. Časopis Mjesečnik, br. 7-8 iz 1932. godine str. 313.

² Marc Bajatet, Les variations de l'incapacité du mineur a raison de son âge, thèse, Paris 1941, god. str. 10; Marcel Planiol, George Ripert et René Savatier, Traité pratique de droit civil français, tom prvi, Paris 1952. god. str. 475.

aspekta predstavlja početni vaspitni proces u pripremi maloletnog lica za kasnije samostalno preduzimanje pravnih poslova i odlučivanje o svojim pravima.

U uporednom pravu obim i sadržina konsultativne sposobnosti maloletnih lica je veća ili manja u zavisnosti od toga da li je priznata ili potpuno isključena roditeljska vlast nad decom. U našem pravu u kome je iz porodice uklonjen patrijarhalni sistem, konsultativna sposobnost dolazi do posebnog izražaja.³

b. Karakter konsultativne sposobnosti i pravne posledice koje ta sposobnost izaziva različito su postavljeni. U krajnjoj liniji oni zavise od karaktera pravnog akta koji zakonski zastupnik maloletnika preduzima. Te pravne posledice kreću se od mogućeg neuvažavanja mišljenja maloletnika do poništaja samog pravnog akta ukoliko je propušteno da se maloletnik konsultuje. Tako u našem pravu kao i u austrijskom postoji mišljenje da propis čl. 22. st. 3. Osnovnog zakona o starateljstvu koji govori o konsultovanju maloletnika prilikom preduzimanja svakog važnijeg pravnog posla, ima karakter informativnog uputstva, te mišljenje maloletnika nije obavezno uzeti u obzir. Tako Dr. Mihailo Stupar piše: „Kada se dobije ili ne dobije saglasnost maloletnika za preduzimanje pravnog posla, to nema nikakvog pravnog dejstva i ne utiče na punovažnost pravnog posla.“⁴ S druge strane, postoji mišljenje da se usvojenje može poništiti ako se za njegovo zaključenje nije tražila saglasnost deteta starijeg od deset godina.⁵ Međutim, po našem mišljenju celo ovo pitanje treba posmatrati iz ugla karaktera pravnog akta koji se preduzima. Mišljenje Dr. Mihaila Stupara ne može se prihvatiti ukoliko ima načelni karakter i ukoliko se odnosi na konsultativnu sposobnost u celini.

c. Konsultativna sposobnost javlja se u našem pravu u više slučajeva i to: 1. prilikom usvojenja, 2. prilikom promene ličnog i porodičnog imena, 3. prilikom donošenja odluke o dodeljivanju deteta jednom od roditelja, 4. prilikom neposrednog sklapanja pravnih poslova od strane zakonskog zastupnika, 5. prilikom postavljanja zahteva za posećivanje verske nastave i obavljanja izvesnih religioznih akata, 6. prilikom određivanja pravca obrazovanja i zanimanja deteta, i 7. u izvesnim aktima koji se tiču ustanove starateljstva.

³ Dr. Ana Prokop, Pravna zaštita maloletnika u našem porodičnom zakonodavstvu, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, 1951. god. str. 191.

⁴ Dr. Mihailo Stupar, Pravni poslovi maloletnika, naročito pravni poslovi za koje je potrebna saglasnost trećeg, (doktorska disertacija), Beograd 1955. god. str. 51.

Treba primetiti da isto shvatanje zastupa i Dr. Ana Prokop kad se radi o konsultovanju deteta kome bi roditelju radije bilo povereno. Tako ovaj autor piše: „Izražena želja deteta nije za sud obavezna, jer dete može da želi i ono što objektivno nije u njegovu interesu. Može naprimer dete želiti da bude povereno onom roditelju koji mu više popušta, koji ima manje vremena da vodi nadzor nad njim itd.“ Videti: Komentar osnovnog zakona o braku, knjiga druga, Zagreb 1960. god. str. 324.

Na ovom stanovištu stoji i Vrhovni sud Jugoslavije. Videti odluku: GŽ 2/57 od 27. januara 1957. godine.

⁵ Videti: Dr. Dimitar Pop-Georgijev, Za nevažnosta na usvojuvanjeto, posebni otisak iz Godišnik na Pravniot fakultet vo Skopje, 1958. god. str. 6; Dr. Ana Prokop, Pravna zaštita maloletnika u našem porodičnom zakonodavstvu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1951. godine str. 192; Dr. Vojislav Petrović, Pravo, Beograd 1961. godine str. 170.

U doktrini Srpskog građanskog zakonika ovo mišljenje zastupaju Dr. Dragoljub Arandelović i Dr. Lazar Marković. Videti: Ugovor o usvojenju dece po građanskom pravu, Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga XXXVI str. 13; Porodično pravo, Beograd 1920. godine str. 179.

B. SAGLASNOST DETETA ZA ZAKLJUČENJE I RASKID USVOJENJA

1. *Saglasnost za zaključenje usvojenja.* Usvojenje je porodično-pravni ugovor koji se pod određenim uslovima sklapa između usvojioca i zakonskog zastupnika maloletnog usvojenika. Iz ovakve formulacije vidi se da u samom aktu sklapanja usvojenja ne učestvuje maloletni usvojenik iako se usvojenje tiče njegove ličnosti i njegovih prava. Zbog toga su mnoga zakonodavstva vezivala punovažnost usvojenja za izjavu maloletnika da li je saglasan sa usvojenjem. Sposobnost maloletnika za davanje ove izjave vezuje se za određene godine kao i za sposobnost maloletnika za rasuđivanje. Izvesna zakonodavstva, kao na primer Švajcarski građanski zakonik (čl. 265), imaju izričite odredbe o tome da maloletnik koji je, recimo, duševno zaostao nije sposoban za davanje ove izjave. Međutim, druga zakonodavstva smatraju da izjava maloletnika nije potrebna. Saglasnost za usvojenje roditelja maloletnika dovoljna je mera za ocenu da li je usvojenje od interesa za maloletnog usvojenika.

Na koncepciji da je za usvojenje potrebna saglasnost maloletnog usvojenika zasniva se i Srpski građanski zakonik. Po čl. 94. st. 1. Zakona o starateljstvu prilikom usvojenja maloletnika starijeg od sedamnaest godina koji se nalazi pod starateljstvom, potrebna je njegova saglasnost. Ovakve izričite odredbe za usvojenje maloletnika koji se nalazi pod očinskom vlašću nije bilo u Srpskom građanskom zakoniku. Zbog toga su izvesni autori izvodili zaključak da u tom slučaju nije potrebna saglasnost maloletnog usvojenika. Međutim, Dr. Dragoljub Arandelović i Dr. Lazar Marković nisu delili to mišljenje. Po njima je i u ovom slučaju potrebna saglasnost maloletnog usvojenika. Po prvom autoru to se odnosi na maloletnika koji je navršio četrnaest godina,⁶ a po drugom, koji je navršio sedmu godinu.⁷

U savremenom pravu ova saglasnost se zahteva u bugarskom (čl. 77 Zakona o licima i porodici)⁸ i sovjetskom pravu (čl. 63 Porodičnog zakonika).⁹ Uslov za ovu saglasnost je da je usvojenik navršio desetu godinu.

Po Nemačkom građanskom zakoniku za sticanje ove konsultativne sposobnosti maloletniku je potreban uzrast od četrnaest godina (čl. 1750).¹⁰

Uzrast od šesnaest godina zahteva se u grčkom,¹¹ belgijskom,¹² francu-

⁶ Dr. Dragoljub Arandelović, Ugovor o usvojenju dece po građanskom pravu, Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga XXXVII str. 13.

Treba primetiti da se uzrast od četrnaest godina zahtevao i u Predlogu subkomiteta za Čehoslovačku osnovu (čl. 209). Tu godinu predlagao je za Predosnovu građanskog zakonika Dr. Bertold Ajzner. Videti: Dr. Bertold Ajzner i Dr. Mladen Pliverić, Mišljenje o predosnovi građanskog zakonika Zagreb 1937. godine str. 233.

⁷ Dr. Lazar Marković, Navedeno delo, Beograd 1920 godina str. 179.

⁸ Ljuben Vasilev, Graždansko pravo na Narodna Republika Belgija, Obša čast, Sofia 1956. godine str. 160, kao i: L. Cavdarov, Razvodot po blgarskoto semeino pravo, Sofia 1959. god, str. 84.

⁹ G.M. Sverdlov, Sovetskoe semeino pravo, Moskva 1958. godine str. 242, kao i: M.M. Agarkov, S.N. Bratus, D.M. Genkin, V.M. Serebrovski, Z.M. Škundin, Sovjetsko građansko pravo, knjiga prva, (prevod s ruskog) Beograd 1948. godine

¹⁰ Ludwig Enneccerus, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1952. god. str. 349.

¹¹ Savadis, Le nouveau Code civil de la Grèce, Athènes 1940. godina str. 320.

¹² René Dekkers, Précis de droit civil Belge, Tom prvi, Bruxelles 1954. godine str. 365.

skom pravu.¹³ Po mišljenju izvesnih autora maloletnik je u francuskom pravu sa navršenim uzrastom od šesnaest godina ovlašćen da sam sklapa ugovor o usvojenju. Pošto se radi o aktu strogo lične prirode za punovažnost usvojenja maloletniku nije potrebna saglasnost roditelja.¹⁴

U Švajcarskom građanskom zakoniku uzrast za sticanje konsultativne sposobnosti nije posebno određen. Zbog toga se smatra da je svako dete urteilsfähig sposobno da izjavi saglasnost za usvojenje.¹⁵ Isti je slučaj i u novom Izraelskom zakonu o usvojenju od 9 avgusta 1960 godine.¹⁶

Po drugim zakonodavstvima saglasnost maloletnog usvojenika se ne traži. Takav je slučaj u austrijskom pravu¹⁷ kao i u novom zakonu o usvojenju Vijetnama od 2 januara 1959 godine.¹⁸ Na tom stanovištu zasniva se i Predosnova građanskog zakonika.¹⁹

U našem pravu prema čl. 4 st. 3 Zakona o usvojenju maloletnom usvojeniku priznanje se konsultativna sposobnost za zaključenje usvojenja. Njegova saglasnost se zahteva ako je navršio desetu godinu i ako je sposoban za rasuđivanje.²⁰

Međutim, čini nam se da naše pravo u ovom pogledu de lege ferenda može učiniti i jedan korak dalje. Smatramo da maloletnik koji je navršio šesnaestu godinu ne treba da daje saglasnost za usvojenje; u tim godinama on je sposoban da usvojenje sam zaključi, s tim što bi organ starateljstva, što inače i sada čini, cenio da li je usvojenje od interesa za maloletno lice. U tim godinama maloletnik može preduzimati i druge korake u svom životu kao što su sklapanje braka, te mislimo da nema smetnji da u ovim godinama samostalno zaključuje i ugovor o usvojenju, odnosno da mu se sa ovim

¹³ Ambros Colin, Henri Capitant et Léon Julliot de la Morandier, *Traité de droit civil*, Tom prvi, Paris 1953. godine str. 730; Pierre Voirin, *Manuel de droit civil*, Tome I, Capacité, Paris 1957. godine str. 169; René Savatier, *Cours de droit civil*, tom prvi, Paris 1947 godine str. 172; Georg Ripert et Jean Boulanger, *Traité de droit civil*, Tom prvi, Paris 1956. godine str. 743 i 927.

¹⁴ Marc Bajotet, navedeno delo, Paris 1941. godine strana 88—89.

Međutim, u francuskoj pravnoj doktrini ovo mišljenje ne dele autori: Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçon de droit civil*, Tom prvi, Paris 1955 godine str. 1055 i 1218; kao i G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, Tom prvi, Paris 1956. godine, str. 994—995.

¹⁵ A. Egger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Familienrecht*, Zürich 1936 god. Navedeno prema: Živojin Perić, *Obrazloženje predosnove građanskog zakonika*, Beograd 1939. godine, str. 270—271.

¹⁶ Ernst Livneh, *La loi de 1960 sur l'adoption des enfants en Israel*, *Revue international de droit comparé*, Paris 1961, god. br. 3 str. 592.

¹⁷ Urmin Ehrenzweig, *System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts*, Wien 1951 godine, Tom drugi, str. 229. Za novi austrijski zakon o usvojenju od 7 februara 1960. godine videti: Hans Houer, *Le nouveau droit de l'adoption en Autriche*, *Revue international de droit comparé*, Paris 1961, god. br. 3 str. 574.

¹⁸ Trinh Dinh Tieu, *L'adoption dans la loi vietnamiene du 2 janvier 1959 „sur la famille“*, *Revue internationale de droit comparé*, Paris 1961, god. br. 3 str. 604.

¹⁹ Dr. Bertold Ajzner i Dr. Mladen Pliverić, *Mišljenje o predosnovi građanskog zakonika*, Zagreb 1937. god. str. 253; Živojin Perić, *Obrazloženje predosnove građanskog zakonika*, Beograd 1939. god. str. 272.

Suprotno mišljenju Dr. D. Arandelovića i Dr. L. Markovića, Živojin Perić smatra da se na ovom stanovištu zasniva Srpski građanski zakonik. Videti: *Porodično pravo*, Beograd 1923. str. 39.

²⁰ Dr. B. Ajzner, *Porodično pravo*, Zagreb 1950 god. str. 168; Dr. M. Begović, *Porodično pravo*, Beograd 1957. god. str. 162; Dr. D. Pop-Georgijev, *Osnovi na pravoto*, Skopje 1961 str. 20; Dr. A. Prokop, *Usvojenje po zakonodavstvu FNRJ*, Zagreb 1948 god. str. 66.

uzrastom prizna posebna poslovna sposobnost za zaključenje usvojenja. Deseta godina do navršene šesnaeste ostala bi i dalje kao godina za sticanje konsultativne sposobnosti u ovom slučaju.

2. **Saglasnost za raskid usvojenja.** Sve ono što je rečeno za sklapanje usvojenja u našem pravu i stranom zakonodavstvu odnosi se i na slučaj raskida usvojenja.²¹ Maloletnom licu sa određenim uzrastom priznaje se ili se osporava konsultativna sposobnost za raskid usvojenja. U našem pravu traži se uzrast od deset godina za sticanje ove sposobnosti (čl. 20 Zakona o usvojenju).

U izvesnim pravima (na primer francusko) sporno je ko će zastupati maloletnog usvojenika kod zahteva za raskid usvojenja, odnosno za čiji postupak maloletnik u ovom slučaju treba da dâ svoju saglasnost. Po jednom mišljenju nakon sklopljenog usvojenja usvojenik ne može imati drugog zastupnika do svog usvojioca. Međutim, kako su njihovi interesi u ovom slučaju u koliziji, to se maloletniku za postupak raskida usvojenja ima postaviti tutor ad hoc.²² Po drugom mišljenju nastankom uslova za raskid usvojenja maloletni usvojenik vraća se u porodicu iz koje potiče, te se kao zakonski zastupnik u ovom slučaju javlja otac ili majka usvojenika.²³

Za naše pravo ovo pitanje se i ne postavlja. Roditelji maloletnog usvojenika mogu podneti zahtev za raskid usvojenja tim pre što je prema čl. 21 st. 2 Zakona o usvojenju za ulaganje ovog zahteva ovlašćeno svako lice ili društvena organizacija. Prema tome, maloletni usvojenik stariji od deset godina može dati svoju saglasnost na svaki zahtev za raskid usvojenja.

C. SAGLASNOST DETETA ZA PROMENU PORODIČNOG I LIČNOG IMENA

U doktrini je opšte prihvaćeno mišljenje da se funkcija imena sastoji u individualizaciji ličnosti u pravnim odnosima. Da bi se ova individualizacija dosledno sprovela i unutar jedne porodice u sastav imena pored porodičnog ulazi i rođeno ime.

Po svojoj pravnoj prirodi ime je subjektivno pravo svoje vrste jer je određeno i komponentom objektivnog prava. Praktično to znači da je ime lično pravo ali koje se mora vršiti.²⁴ Ime po svom karakteru zadire u samu

²¹ U francuskom pravu do reforme od 23 decembra 1958. godine, nezavisno od konsultativne sposobnosti, ne može se tražiti raskid usvojenja pre nego što usvojenik navrší trinaestu godinu. Ovaj uzrast je objektivni uslov za raskid usvojenja a ne objektivna pretpostavka za sticanje konsultativne sposobnosti.

²² G. Marty et P. Raynaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956. godine, str. 1006—1007.

²³ Marcel Planiol, Georg Ripert et André Rouast, René Savatier et André Berson, *Traité pratique de droit civil français*, Tom drugi, Paris 1952 god. n. 1050; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, Tom osmi, Paris 1878 god. str. 437; Georg Ripert et Jean Boulanger, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956. godine str. 1013.

²⁴ Pravna priroda prava na ime je u doktrini sporna. Ona se tumači teorijom o porodičnoj svojini, o instituciji civilne policije, o subjektivnom pravu ličnosti, o neimovinskom ličnom pravu i kombinacionom teorijom.

Videti: G. Marty et P. Raynaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956 god. str. 1176—1185; Henri, Léon et Jean Mazeaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1955. god. str. 541—544; Pierre Voirin, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1957 god. str. 16—20; René Savatier, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1947. god. str. 51—53; Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tom prvi, Paris 1925 godina str. 153—154; Ambros Colin, Henri Capitant et Léon Julliot de la Morandière, Navedeno delo, Tom prvi,

suštinu ličnosti a često i reprezentuje samu ličnost. Mnoge su osobe poznate po svom imenu van kruga u kome se kreću. Zbog toga povreda imena uživa posebnu zaštitu.

Sa imenom kao ličnim pravom, zbog njegove komponente koja je određena objektivnim pravom, ne može se subjekt koristiti van okvira opšte datih pretpostavki. Isto tako ime se ne može promeniti sem na način kako je to određeno objektivnim pravom. Tako po našem pravu ime se može promeniti na dva načina:

1. zahtevom njegovog nosioca u kom slučaju se promena odnosi na ime u celini ili samo na porodično, odnosno rođeno ime (promena imena redovnim putem), i

2. po sili samog zakona u kom slučaju se može promeniti samo porodično ime (promena imena vanrednim putem).

U ovom drugom slučaju određeni postupci zakonskog zastupnika mogu povući za sobom i promenu porodičnog imena maloletnika. To se može dogoditi prilikom pozakonjenja, usvojenja, preudaje, odnosno udaje majke maloletnog deteta, kao i prilikom naknadnog utvrđivanja roditelja nadjenog deteta (nahočeta). To se isto tako može dogoditi i prilikom promene porodičnog imena redovnim putem od strane oca, odnosno majke deteta.

Kako se u vezi sa imenom radi o jednom subjektivnom pravu od osobite važnosti to se postavlja pitanje da li maloletnik, u ovim slučajevima, može svojom izjavom da spreči promenu svog porodičnog imena? Na ovo pitanje u uporednom pravu daju se različiti odgovori.

1. *Saglasnost deteta za promenu porodičnog imena prilikom pozakonjenja*

Pozakonjenje²⁵ je pravni akt kojim se vanbračno dete stavlja u položaj na dva načina: stupanjem u brak vanbračnih roditelja²⁷ i odlukom suda. Prema Zakonu o ličnim imenima vanbračno dete nosi porodično ime svoje

Paris 1953. god. str. 282; Marcel Planiol, Georg Ripert et René Savatier, *Traité Pratique de droit civil français*, Paris 1952. god. str. 140—141; Léon Julliot de la Morandière, *Droit civil et institutions judiciaires*, Tom prvi, Paris 1956. god. str. 236; Ludwig Enneccerus, *Navedeno delo*, Tom prvi, Tübingen 1952. god. str. 382; Andreas von Tuhr, *Der Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, Tom prvi, *Personnenrecht*, Leipzig 1910. god. str. 440; Alberto Trabucchi *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1956. god. str. 89—91; Aga Dr. Ljuben Dikov, *Kurs po blgarsko graždansko pravo*, Tome prvi, Sofia 1940. god. str. 198—200.

²⁵ Izraz „pozakonjenje“ ne odgovara našem pravu. On potiče iz vremena kada su deca rođena van braka smatrana infamnom i van zaštite zakona. Međutim, ovaj izraz ostao je i danas u upotrebi u nedostatku pogodnijeg izraza.

bračnog deteta. Kao pravna ustanova pozakonjenje predstavlja oblik transformacije statusa fizičkog lica.²⁶ U našem pravu pozakonjenje se obavlja

²⁶ Aubry et Rau, *Navedeno delo*; Tom šesti, Paris 1873. god. str. 64—65; G. Baudry-Lacantinerie, *Precis de droit civil*, Tom prvi, Paris 1882. god. str. 460; René Savatier, *Navedeno delo*, Tom prvi, Paris 1947. god. str. 188—191; Henri, Léon et Jean Mazeud, *Navedeno delo*, Tom prvi, Paris 1955. god. str. 1032; G. Marty et P. Raynaud, *Navedeno delo*, Tom prvi, Paris 1956. god. str. 952; Dr. Lazar Marković, *Porodično pravo*, Beograd 1920. god. str. 175—176; Dr. Danilo Danić, *Jedan pogled na pozakonjenje vanbračne dece*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1 iz 1939. god. str. 5—20; Dr. Vojislav Bakić, *Pozakonjenje*, *Pravni život*, br. 8—9 iz 1956. god. str. 1—12.

²⁷ Ovaj oblik pozakonjenja ne poznaje englesko pravo. Po mišljenju Ehrenzweig-a to je učinjeno zbog toga „što ovaj oblik pozakonjenja podstiče parove na divlje brakove“. Citirano prema delu: Dr. Dragoljub Arandelović, *O pozakonjenju dece poznijim brakom*, Zbirka rasprava, Knjiga druga, Beograd 1929. god. str. 95.

majke a bračno dete porodično ime svog oca. Promenom pravnog položaja vanbračnog deteta postavlja se i pitanje promene njegovog porodičnog imena kako bi se promena u statusu deteta uskladila sa zahtevom o porodičnom imenu bračnog deteta.

O ulozu deteta prilikom promene njegovog porodičnog imena pozakonjenjem u uporednom pravu postoje uglavnom tri rešenja.

a. Po prvom rešenju, koje je zastupljeno u francuskom pravu²⁸ i u Austrijskom građanskom zakoniku (čl. 160—162), vanbračno maloletno dete prilikom pozakonjenja dobija porodično ime svog oca. Ta promena nastupa po sili salog zakona bez učešća deteta čije se porodično ime menja. Osporavanje detetu konsultativne sposobnosti u ovom slučaju pravda se potrebom o očuvanju jedinstva bračne porodice jedinstvenim porodičnim imenom. Ako svi članovi jedne bračne porodice ne bi nosili isto porodično ime, onda se dovode u pitanje ne samo interesi porodice već i zahtevi sigurnosti pravnog saobraćaja. Konsultativna sposobnost i ima za cilj da u ovom slučaju stvori stanje po kome u jednoj porodici svi njeni članovi ne bi imali isto porodično ime. Zbog toga prilikom pozakonjenja konsultativnu sposobnost ne treba prihvatiti.

Međutim, nama se čini da se ovom shvatanju, po kome se odbacuje konsultativna sposobnost maloletnika, mogu staviti nekoliko primedbi. Jedinstvo jedne bračne porodice ne zasniva se na jedinstvu imena, već na mnogo dubljim vezama koje postoje između članova te porodice. Nismo sasvim sigurni da jedan manje-više formalan ili iz porodičnog aspekta simboličan momenat može uticati na unutrašnje jedinstvo jedne porodice. Ako u ovakvom slučaju i dođe do poremećaja moralne povezanosti među članovima porodice, onda tome treba tražiti uzrok koji je mnogo dublji i ozbiljniji od odsustva jedinstvenog porodičnog imena. S druge strane učesnici u pravnom saobraćaju ne individualiziraju se i ne indentifikuju porodičnim imenom kao apstraktnom kategorijom, već sasvim određenim imenom koje u datom trenutku nose. S toga ne vidimo kako bi se sigurnost pravnog saobraćaja mogla dovesti u pitanje ako jedan ili više članova jedne bračne porodice ne bi imali isto porodično ime.

b. Po drugom rešenju, koje je prihvaćeno u Nemačkom građanskom zakoniku, konsultativna sposobnost maloletnog lica izvodi se u ovom slučaju indirektno iz njegove sposobnosti da izjavi saglasnost na sam akt o pozakonjenju. Kad se radi o pozakonjenju sklapanjem braka vanbračnih roditelja maloletno dete nema nikakvog uticaja na sam akt pozakonjenja. Samim sklapanjem braka svojih roditelja dete postaje bračno a time po sili samog zakona dobija i porodično ime svog oca (čl. 1719).²⁹ Međutim, pozakonjenje odlukom državnog organa vrši se uz pristanak vanbračnog deteta. Za ovaj pristanak traži se uzrast deteta od četrnaest godina (čl. 1726). Na ovaj način maloletno dete dajući ili uskraćujući svoju saglasnost na akt pozakonjenja ujedno posredno utiče i na promenu ili zadržanje svog vanbračnog porodičnog imena.³⁰

²⁸ G. Baudry—Lancantinerie, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1882. god. str. 464—465; Henri, Léon et Jean Mazeaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1955. god. str. 1036; René Savatier, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1947. god. str. 191; G. Marty et P. Raynaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956. god. str. 986.

²⁹ Ludwig Enneccerus, Navedeno delo, Tom prvi, Tübingen 1952. god. str. 385.

³⁰ Po mišljenju izvesnih autora ova koncepcija je bila prihvaćena i u Srpskom građanskom zakoniku. Videti: Dr. Dragoljub Arandelović, Pozakonjenje deteta milošću vladaoca, Zbirka rasprava, knjiga druga, Beograd 1929 god. str. 114; Dr. Lazar Marković, Porodično pravo, Beograd 1920. god. str. 176.

Ova koncepcija na kojoj se zasniva Nemački građanski zakonik, a koja u svojoj suštini predstavlja prelaz od potpunog negiranja konsultativne sposobnosti do njenog potpunog i neograničenog prihvatanja, nosi u sebi, po našem mišljenju, sve nedostatke jednog rešenja čije postavke nisu dovedene do kraja. Otuda je i moguća pojava neugodne alternative pred koju se stavlja maloletnik: ili zadržati položaj vanbračnog deteta a time i svoje dotadanje porodično ime ili promeniti svoj status a izgubiti mogućnost za dalje služenje svojim vanbračnim porodičnim imenom. Ako su interesi deteta u oba pravca izrazito jaki, onda je neizbežnost ovakve koncepcije sasvim uočljiva.

c. Po trećem rešenju maloletno lice sa navršenim određenim uzrastom stiče konsultativnu sposobnost za promenu svog porodičnog imena prilikom pozakonjenja. Ovo shvatanje prihvaćeno je i u našem pravu. Po Zakonu o ličnim imenima (čl. 10) za promenu porodičnog imena prilikom pozakonjenja deteta starijeg od šesnaest godina i sposobnog za rasuđivanje potrebna je njegova saglasnost. Stižući pod ovim uslovima konsultativnu sposobnost maloletnika o eventualnoj promeni svog porodičnog imena mora se izjasniti u roku od šest meseci od dana saznanja za pozakonjenje, odnosno u roku od godine dana (objektivni rok). Ovaj rok je ostavljen maloletnom licu da razmisli o promeni svog porodičnog imena. Međutim, ako se u ovim rokovima maloletnik ne izjasni da zadržava svoje vanbračno porodično ime smatramo, u nedostatku izričitog propisa, da će u tom slučaju dobiti porodično ime svog oca. Na ovaj zaključak navodi nas formulacija zakona³¹ po kojoj se sadržina konsultativne sposobnosti vezuje za pitanje ne da li je dete saglasno za promenu svog porodičnog imena, već da li će, koristeći svoju konsultativnu sposobnost, dati izjavu da zadržava svoje dotadanje porodično ime. Prema tome, ako dete propusti da u određenim subjektivnim rokovima da svoju izjavu o zadržavanju svog dotadanjeg, porodičnog imena ili jednostavno odbije da da tu izjavu, dobiće po samom zakonu porodično ime svog oca. Prilikom pozakonjenja pravilno je da vanbračna deca menjaju svoje porodično ime. Izuzetke od toga treba tumačiti ili najuže ili u smislu pravila. Osim toga, konsultativna sposobnost je u ovom slučaju data maloletnom licu da zaštiti svoje interese koji se kriju u zadržavanju svog vanbračnog porodičnog imena. Stoga maloletnik treba te interese da štiti koristeći svoju konsultativnu sposobnost. Odsustvo izjave maloletnika u tom slučaju u stvari znači da maloletnik tih interesa nema te da daje prećutnu saglasnost za promenu svog porodičnog imena.

Ovo treće rešenje, po našem mišljenju, dovodi u najbolje mogući sklad interese vanbračnog deteta za pozakonjenjem sa njegovim eventualnim interesom da zadrži svoje dotadanje porodično ime. Nije ništa novo reći da je život ljudskog bića orijentisan ne samo ka onome što sa većom ili manjom određenošću nazivamo budućnost, već da je dobrim delom naslonjen i na vreme koje je proteklo. U tom vremenskom rasponu interesi koji su zasnovani i koji su još latentni sačinjavaju jedan dinamičan i složen splet gde su nijansiranja često neophodna. Posmatrano iz tog ugla u opštem procesu psihološke i pravne kombinatorike života, problematika promene porodičnog imena nije mogla ostati po strani. Zbog toga, potreba da se prilikom pozakonjenja

³¹ Čl. 10 Zakona o ličnim imenima glasi: „Naknadnim sklapanjem braka dete rođeno van braka dobija porodično ime oca. Dete starije od 16 godina može izjavom zadržati dotadašnje porodično ime...”

ne izvrši promena porodičnog imena može biti na više načina izražena. A svaki od tih načina ostvaruje se korišćenjem konsultativne sposobnosti koja se priznaje maloletniku.

2. *Saglasnost deteta za promenu porodičnog imena prilikom usvojenja*

Aktom usvojenja zasniva se između usvojioca i usvojenika odnos koji postoji između roditelja i dece. Pravilo je da članovi jedne porodice imaju isto porodično ime. Stoga se i kod adoptivne porodice, koja imitira prirodnu porodicu, postavlja pitanje izjednačavanja porodičnog imena usvojioca i usvojenika. Pošto usvojenik aktom usvojenja ulazi u porodicu usvojioca, to se praktično ova potreba za usklađivanjem imena odnosi na porodično ime usvojenika.

U većini zakonodavstava ova promena porodičnog imena usvojenika nastaje po sili samog zakona. Usvojeniku nije priznata konsultativna sposobnost da svojom izjavom zadrži svoje dotadanje porodično ime i posle usvojenja.³² U francuskom pravu, koje inače prihvata ovu koncepciju, uzrast od šesnaest godina ne predstavlja objektivnu pretpostavku za sticanje konsultativne sposobnosti, već samo okvir za određivanje sadržine porodičnog imena usvojenika. Tako usvojenik do te godine uzima po sili zakona porodično ime usvojioca, a dostizanjem šesnaeste godine uz porodično ime usvojioca, po istom pravnom principu, dodaje svoje dotadanje porodično ime.³³

Međutim, u našem pravu usvojeniku se priznaje konsultativna sposobnost pri odlučivanju o promeni njegovog dotadanjeg porodičnog imena. Po čl. 12 Zakona o ličnim imenima za promenu porodičnog imena usvojenika potrebna je i njegova saglasnost ako je stariji od četrnaest godina.³⁴

Isti princip usvojen je i u sovjetskom i bugarskom pravu. Međutim, ova prava zahtevaju desetetu godinu za sticanje konsultativne sposobnosti u ovom slučaju.³⁵

3. *Saglasnost vanbračnog deteta za promenu porodičnog imena u porodično ime svog očuha*

U životu se dosta često dešava da se zaključi brak između oca i majke vanbračnog deteta. U tom slučaju prisutni smo ustanoviti pozakonjenja i o njenim posledicama na porodično ime deteta bilo je napred reči. Međutim,

³² Takav je slučaj u građanskim zakonima: nemačkom (čl. 1758), austriskom (čl. 182), švajcarskom (čl. 268), grčkom (čl. 1580).

Na ovoj koncepciji zasniva se i Srpski građanski zakonik (čl. 136) kao i bugarski Zakon o priznanju očinstva, pozakonjenju i usvojenju od 17 decembra 1889. godine. Tu koncepciju prihvata i Predosnova građanskog zakonika (čl. 222).

³³ Marc Bajotet, Navedeno delo, Paris 1941 god. str. 89; Pierre Voirin, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1957. god. str. 53; Henri, Léon et Jean Mazeaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1957. god. str. 1061; G. Marty et P. Raynaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956 god. str. 999 i 1168; Georg Ripert et Jean Boulanger, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956. god. str. 372.

Pre zakona od 29 jula 1939. god. usvojenik je u francuskom pravu dobijao porodično ime usvojioca bez obzira na svoj uzrast. Videti: G. Baudry-Lacantinerie, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1882. god. str. 498.

³⁴ Videti i: Dr. Ana Prokop, Pravna zaštita maloletnika u našem porodičnom zakonodavstvu, Navedeni zbornik, Zagreb 1951. god. str. 192; Dr. Bertold Ajzner, Navedeno delo, Zagreb 1950 god. str. 171; Dr. Mehmed Begović, Porodično pravo, Beograd 1957. god. str. 102, odnosno Lično pravo, Beograd 1960. god. str. 5.

³⁵ G. M. Sverdlov, Navedeno delo, Moskva 1958. god. str. 250; Ljuben Vasilev, Navedeno delo, Sofia 1956. god. str. 156.

majka vanbračnog deteta može sklopiti brak sa osobom koja nije otac njenog deteta. U tom slučaju dete i nakon udaje svoje majke zadržava vanbračni status. Iz takvog braka muž njegove majke nalazi se sa njim u tazbinskom srodstvu (odnos očuha i pastorka).

Po Nemačkom građanskom zakoniku u ovako zasnovanoj porodici dete se razlikuje u porodičnom imenu od svoje majke. Želeći da ukloni ovu razliku, a time i jedan vidljiv znak o vanbračnom poreklu deteta koje živi u porodici koja ostavlja utisak bračne porodice, ovaj zakonik (čl. 1706) dopušta da dete uzme porodično ime svog očuha. Za ovu promenu porodičnog imena zahteva se saglasnost deteta, odnosno njegovog staratelja i majke ako nije u stanju da da takvu izjavu.³⁶

Ovu koncepciju Nemačkog građanskog zakonika, kojom se maloletnom licu priznaje konsultativna sposobnost, prihvata i naše pravo. Prema čl. 6 Zakona o ličnim imenima dete rođeno van braka može dobiti porodično ime svog očuha ako se majka deteta o tome sporazume sa svojim bračnim društvom. Za promenu porodičnog imena u ovom slučaju potrebna je saglasnost deteta ako je starije od 14 godina.³⁷

4. *Saglasnost nahočeta za promenu porodičnog imena u porodično ime svojih utvrđenih roditelja*

Prema opšte usvojenom shvatanju zakonodavstva zauzimaju stanovište da dete nepoznatih roditelja (nahoče) dobija rođeno i porodično ime koje mu odredi nadležni državni organ.

Isti je slučaj i u našem pravu. Prema čl. 5 st. 3 Zakona o ličnim imenima Narodni odbor opštine boravišta deteta određuje nahočetu rođeno i porodično ime. Ovo ime dete zadržava ako se do njegovog punoletstva ne utvrdi ko su mu roditelji. Međutim, ako se utvrde roditelji deteta nakon što je detetu određeno ime, dete može promeniti svoje porodično ime u porodično ime svog oca, odnosno svoje vanbračne majke. Ako je dete straije od četrnaest godina za promenu porodičnog imena u ovom slučaju potrebna je njegova saglasnost.

5. *Saglasnost za promenu porodičnog imena deteta prilikom promene porodičnog imena njegovih roditelja*

Kao što smo napomenuli ime se može promeniti redovnim i vanrednim putem. Za promenu imena rođenog ili porodičnog redovnim putem potreban je zahtev titulara imena. Međutim, promena porodičnog imena vanrednim putem nastaje po sili samog zakona.

³⁶ Ludwig Enneccerus, Navedeno delo, Tom prvi, Tübingen 1952. god. str. 385; Dr. Ninko Perić, Pravni položaj vanbračne nece po Nemačkom građanskom zakoniku, Skupljeni pravni članci i rasprave, Beograd 1921. god. str. 41.

Na ovoj odredbi Nemačkog građanskog zakonika prilikom debate u parlamentu insistirali su socijaldemokratski poslanici Auer i Bebel sve dok nije usvojena. Videti: Dr. Vojislav Bakić, Porodično ime vanbračnog deteta, Pravni život br. 7-8 iz 1955. god. str. 18.

³⁷ Videti o ovome i: Dr. Ana Prokop, Pravna zaštita maloletnika u našem porodičnom zakonodavstvu, Navedeni zbornik, Zagreb 1951. god. str. 203; Dr. Vojislav Bakić, Porodično ime vanbračnog deteta, Pravni život, br. 7-8 iz 1955. god. str. 18.

U slučaju promene porodičnog imena redovnim putem promena porodičnog imena oca ima za posledicu promenu porodičnog imena i njegovog bračnog deteta. U slučaju da se radi o vanbračnom detetu promena njegovog porodičnog imena nastaje prilikom promene redovnim putem porodičnog imena njegove majke. Međutim, ako se radi o detetu starijem od četrnaest godina po čl. 15 st. 2 Zakona o ličnim imenima za promenu porodičnog imena deteta u oba slučaja potrebna je i njegova saglasnost.

6. Saglasnost deteta za promenu rođenog imena

Rođeno ime može se promeniti samo redovnim putem. Uslovi za promenu rođenog imena i postupak za tu promenu određeni su u uporednom pravu, sa malim odstupanjem, na isti način. Za promenu rođenog imena potrebna je opšta poslovna sposobnost. Za maloletno lice, bez obzira da li je poslovno nesposobno ili je ograničeno poslovno sposobno, zahtev za promenu rođenog imena postavljaju njegovi roditelji. Ovo pravilo predviđeno je i u čl. 14 Zakona o ličnim imenima. Međutim, po istom zakonskom propisu za promenu rođenog imena deteta starijeg od četrnaest godina potrebna je njegova saglasnost.

D. SAGLASNOST DETETA ZA DODELJIVANJE JEDNOM OD RODITELJA NA ČUVANJE, VASPITANJE I IZDRŽAVANJE

Pitanje dodeljivanja deteta jednom od roditelja može se postaviti u dva slučaja: prilikom razvoda braka i prilikom faktičkog prestanka bračne zajednice.

Konsultativna sposobnost deteta u prvom slučaju različito je rešena u uporednom pravu. Tako Francuski građanski zakonik ne priznaje detetu u ovom slučaju konsultativnu sposobnost. Prilikom razvoda braka dete se dodeljuje bračnom drugu koji nije kriv za razvod (čl. 302). U slučaju da su oba bračna druga kriva ili u slučaju da se nevine bračni drug nalazi u objektivnoj nemogućnosti da se o detetu neposredno stara, sudu je ostavljeno, s obzirom da se radi o faktičkom slučaju, da odluči, uz rukovodeći princip o punom respektovanju stvarnih interesa deteta, kome će roditelju dodeliti dete.³⁸ Želje deteta tim povodom ne uzimaju se u obzir. Po Nemačkom Građanskom zakoniku dete se dodeljuje bračnom drugu koji nije kriv za razvod braka. U slučaju obostrane krivice odluka suda zavisi od uzrasta i pola deteta. Žensko dete dodeljuje se uvek majci a muško dete starije od šest godina ocu (čl. 1635).³⁹ U drugim zakonodavstvima, koja u ovom slučaju stoje na istom principu nepriznavanja konsultativne sposobnosti detetu, odluka o dodeljivanju deteta jednom od roditelja ostavljena je odluci suda. Sadržina te odluke ne zavisi od krivice za razvod braka, uzrasta ili pola deteta (italijansko,

³⁸ Henri, Léon et Jean Mazeaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1955. god. str. 1414; René Savatier, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1947 god. str. 164; G. Marty et P. Raynaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956. god. str. 856-857; Georg Ripert et Jean Boulanger, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956. god. str. 594.

³⁹ Sličnu odredbu ima i Srpski građanski zakonik samo sa tom razlikom što ne vodi računa o krivici za razvod braka i što žensko dete starije od sedam godina dodeljuje na negu i izdržavanje ocu. Videti: Dr. Dragoljub Arandelović, Odnosi razvedenih roditelja i dece, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3 iz 1941. god. str. 168-169.

švajcarsko, austrijsko pravo). U nekim pravima, kao što je to slučaj u šerijat-skom pravu, izričito se ističe da nedoraslo dete u ovom slučaju nema pravo izbora kod koga će od svojih roditelja boraviti.⁴⁰

Međutim, u bugarskom pravu priznaje se konsultativna sposobnost detetu starijem od deset godina za slučaj razvoda njegovih roditelja i nastale problematike njegovog daljeg smeštaja. U Zakonu o licima i porodici nema izričitih odredaba o tome ali doktrina koristeći analogiju primenjuje na ovaj slučaj čl. 77 navedenog zakona po kome se u slučaju usvojenja deteta starijeg od deset godina traži i njegova saglasnost.⁴¹

Interesantno je primetiti da se analogija u ovom slučaju primenjuje i u našem pravu. U čl. 68 Osnovnog zakona o braku nije predviđeno da se u brakorazvodnom postupku prilikom donošenja odluke o dodeljivanju deteta jednom od roditelja ima o tome pitati i dete starije od deset godina. Međutim, Vrhovni sud Jugoslavije zauzeo je stanovište da se na ovaj slučaj analogijom ima primeniti čl. 7 st. 2 Osnovnog zakona o odnosima roditelja i dece po kome, u slučaju faktičkog raskida braka, organ starateljstva pri odlučivanju kome će se roditelju dodeliti dete konsultuje i samo dete (uzima u obzir i želju deteta — zakonski izraz) ako je starije od deset godina.⁴² Ovo stanovište prihvataju Dr. Ana Prokop,⁴³ Dr. Dimitar Pop-Georgijev⁴⁴ kao i Dr. Vojislav Petrović.⁴⁵

U slučaju faktičkog raskida bračne zajednice konsultativna sposobnost deteta izričito je priznata u našem pravu (čl. 7 st. 2 Osnovnog zakona o odnosima roditelja i dece).

Konsultativna sposobnost deteta u oba slučaja opravdava se potrebom da se dete preda roditelju prema kome gaji osećaj ljubavi, odnosno da se ne preda roditelju prema kome taj osećaj ne gaji.⁴⁶ Taj psihološki momenat od značaja je za dalji razvoj i odgoj deteta.

E. OPŠTA DUŽNOST STARATELJA DA KONSULTUJE ŠTIČENIKA PRILIKOM SKLAPANJA PRAVNIH POSLOVA

Najbolji način da se maloletnik postepeno uvodi u pravni život, upozna sa pravnim poslovima i kod njega razvije inicijativa u tom pravcu postiže se kroz oblik konsultativne sposobnosti pri sklapanju samih pravnih poslova. Ovakav neposredni, direktni dodir sa samim pravnim prometom najefikasnije

⁴⁰ Hafiz Abdulah Bušatlić, Porodično i nasledno pravo muslimana, Sarajevo 1926. godine, str. 117.

⁴¹ L. Čavdarov, Razvodot po blgarsko semeino pravo, Sofia 1959. god, str. 84.

⁴² Videti odluku GŽ 2/57 od 27 januara 1957. god. objavljenu u Zbirci sudskih odluka, Knjiga druga, Sveska prva iz 1957. god. 105—106.

Na istom stanovištu stoji i Vrhovni sud AP Vojvodine. Videti odluku GŽ 567/53 objavljenu u Glasniku Advokatske komore za AP Vojvodinu br. 2 iz 1954. god. str. 18—19.

⁴³ Dr. Ana Prokop, Komentar osnovnom zakonu o braku, Knjiga druga, Zagreb 1960. god, str. 324.

⁴⁴ Dr. Dimitar Pop-Georgijev, Osnovi na pravoto, Skopje 1961. god. str. 20.

⁴⁵ Dr. V. Petrović, Navedeno delo, Beograd 1960. god. str. 170.

O ovom pitanju ne izjašnjavaju se: Dr. M. Begović, Dr. V. Bakić, Dr. M. Mladenović. Videti: Porodično pravo, Beograd 1957. g. str. 130; Porodično pravo, Beograd 1962. god. str. 122; Porodica i porodično pravni odnosi, Beograd 1963. god. str. 245.

⁴⁶ Dr. A. Prokop, Navedeno delo, Zagreb 1951. god. str. 192; Dr. M. Vuković, Opći dio građanskog prava, knjiga prva, Zagreb 1959. god. str. 253.

ostvaruje samu pripremu maloletnika za samostalno preduzimanje pravnih poslova prilikom sticanja opšte poslovne sposobnosti.

Ovaj oblik konsultativne sposobnosti poznaje većina zakonodavstava. Za pravne sisteme koji ovu sposobnost ne poznaju, kao što je slučaj sa francuskim pravom, predlaže se de lege ferenda njeno uvođenje.⁴⁷

Konsultativna sposobnost u ovom slučaju u nedovoljno izraženom obliku i u odnosu na određena imovinska prava, sreće se još u rimskom pravu.⁴⁸ U pravu srednjevekovnog Dubrovnika ovu konsultativnu sposobnost stiče muškarac sa četrnaest godina a žensko dete sa dvanaest. Sadržina ove sposobnosti sastoji se u opštem pomaganju skrbnika u upravi imovinom.⁴⁹

Po Srpskom građanskom zakoniku (čl. 94 Zakona o starateljstvu) starateljski sudija dužan je da konsultuje pupilu stariju od sedamnaest godina pri preduzimanju pravnog posla otuđenja nepokretnih dobara.

U švajcarskom pravu sticanje konsultativne sposobnosti u ovom slučaju određuje se po subjektivnom kriteriju. Maloletnik koji je sposoban za rasuđivanje, bez obzira na svoj uzrast, mora biti konsultovan od strane staratelja koji upravlja njegovom imovinom.⁵⁰

Treba primetiti da ovaj subjektivni kriterij prihvata i naše pravo. Staratelj je dužan da se konsultuje sa svojim štićenikom pri preduzimanju svakog važnijeg pravnog posla bez obzira na uzrast štićenika ako je ovaj samo u stanju da shvati prirodu pravnog akta koji se preduzima. U čl. 22. st. 3. Osnovnog zakona o starateljstvu to je izraženo formulacijom: „Pri preduzimanju svakog važnijeg posla staralac će se, kad je to moguće, posavetovati sa maloletnikom ako je ovaj u stanju da razume o čemu se radi”.⁵¹

F. SAGLASNOST DETETA ZA POHAĐANJE VERSKE NASTAVE I OBAVLJANJE VERSKIH AKATA

Problem verskog ubeđenja nije mogao mimoići ni maloletna lica po dostizanju određenog uzrasta. U izvesnim pravima pripadnost određenoj religiji i vaspitanje u određenom religioznom duhu je stvar opšteg vaspitanja deteta koja ulazi u pravo roditelja. Tako u francuskom pravu izbor religije deteta određuje njegov otac. Tražiti mišljenje deteta u ovom slučaju, po shvatanju francuske doktrine, je suvišno jer je apstraktan pojam religije nedostupan shvatanju maloletnika te njegova volja ne bi bila ništa drugo do volja njegovih roditelja.⁵²

⁴⁷ Za francusko pravo Marcel Planiol i Georg Ripert predlažu petnaestu godinu za sticanje ove sposobnosti. Međutim, drugi autori smatraju pogodnijom šesnaestu godinu. Videti o ovome bliže: Marc Bajotet, Navedeno delo, Paris 1941. god. str. 244—245.

⁴⁸ Marc Bajotet, Navedeno delo, Paris 1941. god. str. 247.

⁴⁹ Dr. Valtzar Bogišić, Glavnije crte porodičnog pisanog prava u starom Dubrovniku, Pravni članci i rasprave, Beograd 1927. g. str. 153.

⁵⁰ Marc Bajotet, Navedeno delo, Paris 1941. god. str. 247.

⁵¹ Videti i: Dr. Ana Prokop, Pravna zaštita maloletnika u našem porodičnom zakonodavstvu, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, 1951 godina str. 192; Dr. Mihailo Stupar, Pravni poslovi maloletnika, naročito pravni poslovi za koje je potrebna saglasnost trećeg, Beograd 1955. god. str. 50—51; Dr. Bertold Ajzner, Navedeno delo, Zagreb 1950. god. str. 212; Dr. Mehmed Begović, Porodično pravo, Beograd 1957. god. str. 203; Dr. Vojislav Bakić, Porodično pravo, Beograd 1962. god. str. 274 Dr. Marko Mladenović, navedeno delo, Beograd 1963. god. str. 347.

⁵² G. Marty et P. Raynaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956. god. str. 734; René Savatier, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1947. god. str. 128; Henri, Léon et Jean Mazeaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1955. god. str. 1148.

Međutim, u drugim pravima u ovom slučaju priznaje se konsultativna sposobnost maloletnom licu. Sa ovom sposobnošću susrećemo se još u srednjevekovnom dubrovačkom pravu. Po pisanju dr Valtazara Bogišića otac je mogao svoju nedoraslu kćer (filiam impuberem) dati u manastir i bez njene saglasnosti, ali ako je ona dostigla godine (habenta aetatem) to je mogao učiniti samo uz njenu saglasnost.⁵³

Savremeno englesko pravo priznaje maloletnom licu konsultativnu sposobnost za posećivanje verske nastave i sticanjem određenog verskog ubeđenja. Međutim, u engleskom pravu nije utvrđeno sa kojom godinom dete stiče konsultativnu sposobnost ovog oblika. U jednom slučaju sud je saslušao želju maloletnika koji je imao osamnaest godina kao i u drugom slučaju kad je maloletnik imao petnaest godina. Međutim, u trećem slučaju u kome je maloletnik imao četrnaest godina sud je odbio da prihvati njegovu želju obrazlažući ovakvu svoju odluku uverenjem da je dete tih godina „očigledno nesamostalno u formiranju svog ubeđenja. Stoga saslušati njegovu želju bilo bi u najmanju ruku nekorisno jer to ne bi bila njegova želja”.⁵⁴

Konsultativnu sposobnost u ovom slučaju poznaje i nemačko pravo određujući za njeno sticanje desetu godinu.⁵⁵

U našem pravu, u kome je crkva odvojena od države i u kome je sloboda savesti i materijalističko gledanje na svet posebno istaknuto, ova konsultativna sposobnost ima svoj naročiti značaj. Zbog toga, Zakon o pravnom položaju verskih zajednica iz 1953. godine sadrži posebnu odredbu po kojoj je za pohađanje verske nastave, akt krštenja i obrezivanja potrebna saglasnost maloletnika ako je stariji od deset godina.⁵⁶

G. SAGLASNOST DETETA PRILIKOM ODREĐIVANJA PRAVCA NJEGOVOG OBRAZOVANJA

U većini zakonodavstava predviđeno je da roditelji sami određuju pravac obrazovanja svog deteta. U francuskom pravu smatra se da je otac dužan da to čini do četrnaeste godine deteta. Konsultativna sposobnost maloletnom licu se ne priznaje pošto, po mišljenju francuske doktrine, jedino roditelji mogu da ocene koji je pravac obrazovanja za njega najpogodniji.⁵⁷

Međutim, u izvesnim zakonodavstvima u ovom slučaju detetu se priznaje konsultativna sposobnost.

Sa ovim oblikom konsultativne sposobnosti srećemo se u izvesnoj rudimentarnoj formi još u rimskom pravu.⁵⁸ Tu sposobnost predviđa i Srpski građanski zakonik (čl. 124). Uzrast potreban za sticanje ove sposobnosti određen je sa četrnaest godina.⁵⁹ Istu odredbu sadrži i Predosnova građanskog zakonika (čl. 185) kao i Austrijski građanski zakonik (čl. 148).

⁵³ Dr. Valtazar Bogišić, Navedeno delo, Beograd 1927. god. str. 141.

⁵⁴ Jack Hamawi, Family Law, London 1953. god. str. 288.

⁵⁵ Ludwig Enneccerus, Navedeno delo, Tom prvi, Tübingen 1952. god. str.

350—351.

⁵⁶ Videti o ovome bliže: Dr. Živomir Đorđević i Dr. Vojislav Bakić, Osnovi imovinskog i porodičnog prava, Beograd 1959. god. str. 27.

⁵⁷ Henri, Léon et Jean Mazeaud, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1955 god. str. 1148; G. Marty et P. Raynaud, Navedeno delo, tom prvi, Paris 1956. god. str. 755; René Savatier, Navedeno delo, tom prvi, Paris 1947. god. str. 128; Georg Ripert et Jean Boulanger, Navedeno delo, Tom prvi, Paris 1956. god. str. 928.

⁵⁸ Dr. Lazar Marković, Navedeno delo, Beograd 1920 god. str. 187.

⁵⁹ Dr. Lazar Marković, Navedeno delo, Beograd 1920. god. str. 187.

U našem pravu konsultativna sposobnost u ovom slučaju predviđena je u čl. 6. st. 3. Osnovnog zakona o odnosima roditelja i dece. Po tom propisu roditelji su dužni da se staraju o obrazovanju svog deteta vodeći računa o njegovim sposobnostima, sklonostima i željama. U tom propisu nije određeno sa koliko godina dete stiče ovu konsultativnu sposobnost. Sudeći po čl. 6. Opšteg zakona o školstvu od 28. juna 1958. godine ta se sposobnost stiče sa navršenom sedmom godinom.⁶⁰

Značaj ove konsultativne sposobnosti je višestruk. Vođenje računa o sklonostima i željama deteta dovešće ne samo do lične satisfakcije i punije afirmacije deteta u pozivu koje je izabralo, već objektivno i do veće društvene koristi od rada koji se obavlja uz veće i intenzivnije angažovanje.⁶¹

H. ULOGA DETETA U POSLOVIMA STARATELJSTVA

Stavljanje maloletnika pod starateljstvo je mera koja može imati krupne posledice u njegovom životu. U pitanju je ne samo razvoj njegove ličnosti već i zaštita njegovih društvenih i imovinskih interesa. Stoga Osnovni zakon o starateljstvu predviđa da se prilikom izbora i postavljanja staratelja imaju uzeti u obzir želje maloletnika (čl. 14). S druge strane smenjivanje staratelja može se izvršiti i po zahtevu maloletnika (čl. 31). U oba ova slučaja zakon ne određuje ni objektivnu pretpostavku (određen uzrast) ni subjektivne kvalitete (sposobnost izraziti želju i oceniti prisustvo povrede svojih ličnih i imovinskih interesa) za sticanje ove sposobnosti. Međutim, nama se čini da se postojanje ovih subjektivnih kvaliteta po sebi razume. I najzad radi upoznavanja sa svojom imovinom i pripremom za zaštitu svojih imovinskih interesa u čl. 21. st. 2. istog zakona predviđa se prisustvo maloletnika prilikom popisa i procene njegove imovine. U ovoj zakonskoj odredbi izričito se ističe da će maloletnik prisustvovati ovim radnjama „ako može razumeti o čemu se radi“. Time je subjektivna pretpostavka za sticanje konsultativne sposobnosti u ovom slučaju posebno podvučena.

ZAKLJUČAK

Na zaključku izlaganja o konsultativnoj sposobnosti čini nam se da se u pogledu načina regulisanja ove sposobnosti u našem pravu mogu učiniti nekoliko primedbi.

Pre svega u ovoj oblasti postoji jedna izrazita neusklađenost u usvojenim rešenjima. Pored koncepcije koja napušta objektivni kriterij (slučaj konsultovanja štićenika od strane staratelja i njegovo učestvovanje u pojedinim poslovima starateljstva) u okviru konsultativne sposobnosti nailazimo i na koncepcije koje se u potpunosti naslanjaju na objektivni kriterij (određen uzrast za sticanje konsultativne sposobnosti za zaključenje usvojenja, promenu imena itd.). Međutim, treba primetiti da je u našem pravu opšte prihvaćen objektivni kriterij te ovaj izuzetak nema opravdanja.

S druge strane, sam objektivni kriterij nije precizno postavljen. Stiče se utisak da su godine za nastanak konsultativne sposobnosti određene ako ne po proizvoljnom kriteriju a ono svakako po jednom merilu koje nije bilo

⁶⁰ Dr. Mehmed Begović, Lično pravo, Beograd 1960. god. str. 9.

⁶¹ Dr. Ana Prokop, Zaštita maloletnika u našem porodičnom zakonodavstvu, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, 1951. godina, str. 191—192.

dovoljno ispitano a ni dovoljno određeno. Za pojedine iste slučajeve (promena porodičnog imena) data su različita rešenja. Tako prilikom pozakonjenja za sticanje konsultativne sposobnosti koja se odnosi na promenu porodičnog imena traži se uzrast od šesnaest godina iako se u ostala četiri slučaja koja se odnose na promenu porodičnog imena konsultativna sposobnost stiže sa četrnaest godina. Da bi neusklađenost u određivanju uzrasta bila veća uzimaju se deseta i sedma godina za objektivnu pretpostavku konsultativne sposobnosti u ostalim slučajevima. Međutim, zahtevi pravne sigurnosti i potrebe za lakšom orijentacijom prakse, koja se sada nalazi u nezavidnom položaju prilikom određivanja o kojoj se godini radi u devet različitih slučajeva, nalažu da treba izabrati samo jednu od tih godina za sticanje konsultativne sposobnosti. Mislimo, da bi četrnaesta godina bila za to najpogodnija. Ostale niže godine nose u sebi izvesne elemente preuranjenosti.

S druge strane, u našem pravu, povodom konsultativne sposobnosti mogu se otkriti i izvesne nedoslednosti. Tako po odredbama Zakona o ličnim imenima prilikom pozakonjenja deteta starijeg od šesnaest godina zahteva se njegova saglasnost za promenu porodičnog imena. Međutim, po istom zakonu ako je očinstvo deteta rođenog van braka utvrđeno priznanjem ili istraživanjem, promena porodičnog imena deteta zavisi isključivo od sporazuma roditelja. Maloletnik se o tome ne pita bez obzira na svoj uzrast. Međutim, ne vidimo šta bi se moglo navesti u prilog shvatanja da u ovom drugom slučaju detetu ne treba priznati konsultativnu sposobnost.⁶²

I najzad u našem pravu prihvaćeno je jedno rešenje kome se može staviti ova primedba. Po odredbama Osnovnog zakona o odnosima roditelja i dece kao posledica uspešno osporenog očinstva nastaje promena u statusnom položaju deteta (čl. 28-31) koja povlači za sobom, u smislu čl. 11. Zakona o ličnim imenima, promenu po sili zakona porodičnog imena deteta u porodično ime njegove majke. Međutim, nama se čini da ovu ekskluzivnu koncepciju o promeni porodičnog imena deteta treba izmeniti. Ona rezultira iz jedne prevaziđene koncepcije da vanbračno dete treba odmah obeležiti i njegovim porodičnim imenom. Međutim, može se desiti da vanbračno dete ima opravdan interes (taj interes ne mora se vezivati za osobu čije ime nosi) da zadrži dotadanje porodično ime. U tom slučaju, mislimo, da mu to treba omogućiti konsultujući ga o tome. Nema nikakvog opravdanja da se pitanje njegovog porodičnog imena rešava krutom primenom jednog pravila koje nosi u sebi izvesnu nehumanu sadržinu. To što bi dete zadržalo ime svog nekadanjeg

⁶² Valja primetiti da Zakon o ličnim imenima nema izričitih odredaba o tome da će vanbračno dete nakon utvrđenog očinstva istraživanjem dobiti, po sporazumu roditelja, porodično ime svog oca. Doktrina o tome izvodi zaključak pozivanjem na analogiju sa slučajem utvrđenog očinstva priznanjem od strane vanbračnog oca i sporazumom roditelja o promeni imena deteta (čl. 5 st. 2). U tekstu mi smo to pitanje tretirali kao stav samog Zakona o ličnim imenima jer praksa i doktrina tumače zakon u tom smislu. Videti: Dr. Vojislav Bakić, Pravni položaj vanbračne dece u FNRJ, Beograd 1957. god. str. 98-99 kao i Porodično ime vanbračnog deteta, Pravni život br. 7-8 iz 1955 god. str. 20-21.

Dr. Ana Prokop izvodi isti zaključak pozivanjem na čl. 6 Zakona o ličnim imenima što mislimo da je pogrešno s obzirom da se taj propis odnosi na promenu porodičnog imena vanbračnog deteta u porodično ime svog očuha. Osim toga, promena porodičnog imena u slučaju pozakonjenja posebno je predviđena (čl. 10). Videti: Odnosi roditelja i dece po zakonodavstvu FNRJ, Zagreb 1954. god. str. 45.

Suprotno mišljenje zastupa: R. Dimitrijević, Mogu li sudovi u sporovima za utvrđivanje očinstva raspravljati i o pitanju čije će porodično ime nositi vanbračno dete, Pravni život br. 10-11 iz 1953. godine str. 8.

prezumptivnog oca moglo bi vredati samo subjektivne komplekse te osobe, a ti momenti ne mogu biti odlučujući kad se stave naporedo sa opravdanim interesima deteta. Deca su u našem pravu pod zaštitom zakona i njihovi interesi moraju biti respektovani. Ovo utoliko pre što se u izvesnim pravima, kao što je to slučaj u norveškom pravu, vanbračnom detetu u ovom slučaju priznaje konsultativna sposobnost.

Dr Mihailo MITIĆ

docent Pravno-ekonomskog fakulteta
u Nišu

S u m m a r y

CONSULTATIVE CAPACITY IN FAMILY LAW

The minor persons, who are enable to act participate into the legal traffic through their legal representatives. Nevertheless, yet from the first days the necessity had been felt for the under aged persons to be included in the legal affairs which are dispatched by their legal representatives. A minor who shows signs of reasonable discernment is invited to express himself if he is consentient to the act that is being executed by his legal representative. This applying to the minor, whose subjective supposition on this discretion is in a majority of cases marked by a determined growth, is one of the forms of capacity to act which is called: consultative capacity.

The necessity of such a capacity is justified in several ways. According to an opinion, it is a necessary requirement for removal of the immediate contact of a person incapable to act with the state of its general capacity to act. For transition to the capacity for independent undertaking of legal actions, an under aged person is to be gradually introduced into legal traffic and allowed to exert influence on the acquisition and alteration not only of his property, but also, what is much more important, of his personal rights. The consultative capacity observed from this aspect constitutes an initial educational process in preparing a minor for subsequent independent undertaking of legal affairs and deciding on his rights.

In the comparative law the extent and the content of the consultative capacity of a minor is more or less wide, in dependence of the admission or a complete exclusion of the parental authority over the children. In our law, in which the patriarchal system is eliminated from the family, the consultative capacity acquires a special expression.

The nature of the consultative capacity and the legal consequences that such a capacity involves are differently laid down. In the end, they are dependent on the legal act the legal representative of the minor is undertaking. Those legal consequences turn from a possible inadmission of minor's opinion to the annulment of the legal act itself if the consulting of the minor has been neglected.

In our law the consultative capacity occurs in many cases, i. e.: 1. in occasion of adoption; 2. in occasion of a change of given name and family name; 3. in occasion of taking decision on the entrusting of the child to one of the parents; 4. in occasion of direct contracting, of legal affairs by legal representatives; 5. in occupation of the child, and 7. in some acts concerning the institution of religious acts; 6. in occasion of determination of the course of the education and guardianship.

