

## ПОВЕРАВАЊЕ ДЕЦЕ НАКОН РАЗВОДА БРАКА

### I ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

1. Трансформација брака у породицу (мада породица може постојати и без брака) представља, ван сваке сумње, једну од најзанимљивијих и веома значајних појава у друштвеном животу. „Да нема деце ја бих био против брака”, говорио је Наполеон приликом његовог активног учешћа у изради Француског грађанског законика из 1804 године. Креирањем деце брак се претвара у породицу што има за непосредну правну последицу да брачни другови из статуса брачних односа постају особе које имају правни положај родитеља. Породица постаје амбијент у коме настају, развијају се и формирају будуће генерације једне друштвене заједнице. Од добро организоване, правно јасно и стабилно фундиране породице чије су материјалне претпоставке солидно изражене, а емоционалне и духовне компоненте флексибилно и ангажовано присутне, у многоме зависи како ће се формирати будући грађани једне државе и какве ће бити њихове физичке, моралне, духовне и идејно-политичке способности за преузимање активне улоге у сложеним и разноврсним доменима људске делатности.

У научној литератури, почев од медицинске у најширем смислу те речи, па преко психолошке, социолошке до правне, готово се једнодушно подвлачи да је здрава породична средина најпогоднија за нормалан развој детета. Таква породична средина обезбеђује детету ведро и срећно детињство, а пружа му осећај спокојства и сигурности. Срећан живот детета зависи од складних односа његових родитеља, од хармоничног присуства њиховог узајамног поштовања и љубави.<sup>1)</sup>

2. Дете које расте у поремећеној породици постаје несрећно, губи осећај сигурности, што доводи до појава извесних девијација у његовом душевном, односно емоционалном животу. Негативне манифестације тих појава су вишеструке и јављају се у многим доменима које витално одређују развој једног детета. Депресивност, губитак живахности, неуспех у школи, физичка оронутост, агресивност, опште незадовољство многим појавама у животу, одбојност према раду и неуравнотеженост у осећајном домену, анархичан однос пре-

<sup>1)</sup> Др Рахела Галевска, Поремећена породица и деца, Београд 1958. год. стр. 3.

ма устаљеним етичким вредностима, доминација мржње над љубављу у емоционалној сфери, само су неке од појава које прате озбиљне поремећаје у животу једне породице.

Према истраживањима Džona Boulbija, експерта у светској организацији здравља, заснована на компарацији деце из нормалних и поремећених породица, изводи се закључак да је 860 деце које потичу из поремећених породица, 66 процената имало тешку нарав. У исто време, у комплексу већег броја испитане деце из париских школа (око 70 хиљада) која су живела у релативно нормалном породичном амбијенту, само 12 посто деце је имало девијантно понашање и оно што се у његовој анализи назива „тешка нарав”. Остала деца су показивала нормалан развој.<sup>2)</sup>

3. У савременој науци постала је готово уобичајена теза да су добар брак и породица основни или најбитнији предуслови за нормалан развој деце која су у одређеној породици настала, а да су разорен брак и поремећена породица један од пресудних фактора који негативно утичу на складан ток у процесу формирања деце.

Међутим, има мишљења да је комплетна породица, чији су односи поремећени, ипак значајнија за нормалан развој деце од оне породице која правно више не егзистира као интегрална целина. Деци су потребна истовремено оба родитеља без обзира на то што међу њима више није присутан осећај узајамне наклоности и нужна мера узајамног такта у међусобном опхођењу. Другим речима, сматра се да је боље присуство и неуспелог брака него брака који је разведен и који коначно одваја децу од родитеља или једног од њих.

По другом мишљењу,<sup>3)</sup> претходна теза, која даје предност намери да се породичне девијантне појаве упорно и стрпљиво лече уместо да се решавају нервним раскидањем брака путем установе развода, у својој суштини меша узрок са последицом. Наиме, по тој тези, развод брака се сматра узроком који нарушава правне и друге претпоставке за нормалан развој детета, уместо да се неуспео, односно промашен брак третира као узрок који ремети нормалан развитак детета. Другим речима, установа развода не представља правну претпоставку за нарушавање нормалног развоја детета, већ до тога доводи поремећен и неуспео брак. Многе анализе из домена психијатрије евидентно потврђују да је у поремећеном браку, у коме је перманентно присутна мржња и стални сукоби родитеља, „уништено много дечијих живота и дечије душевне равнотеже... Заборављајући на дете, родитељи обузети дивљом мржњом, све више продубљавају неспоразуме, а разумевање, оно важно својство карактера, уступа место ђудима, тако да се све ломи преко дечије главе”.<sup>4)</sup>

Према томе, развод брака, који је очито непожељна појава, не доводи до поремећаја односе у породици, већ, напротив, развод представља непосредну последицу наглашене и изразито деструктивно

2) Др Рахела Галевска, Наведено дело, Београд 1958 год. стр. 7.

3) Ова се теза често наслања на Женевску декларацију о праву детета по којој „дете мора да расте по могућности под старањем својих родитеља у атмосфери породичне љубави и разумевања која потпомаже хармонично развијање његове личности”.

4) Др Рахела Галевска, Наведено дело, Београд 1958 год. стр. 16-17.

присутне поремећености у браку и породици. У контексту оваквог посматрања појава у животу једне породице, развод брака представља правни покушај санирања поремећених односа у породици у једном новом облику који ће настојати да сачува од даљег пропадања оболело социјално ткиво једне породице. Другим речима, развод представља негацију једног негативног стања ради афирмације односа родитеља и деце у правно ново створеним условима који треба да омогуће релативно нормалнији и стабилнији развој деце.

4. У поремећеним односима у браку, који незадрживо воде ка разводу, веома често је присутна изразито негативна појава, о којој ће касније више бити речи, да се родитељи почињу да боре за децу, да разним, обично ружним, етички неприхватљивим, па и људски недозвољеним средствима, настоје да дете или децу привуку себи. У тој борби за наклоност деце, један родитељ приказује другог родитеља у најлошијем светлу, док истовремено своје позитивне особине узноси и хипертрофира. Сву мржњу коју гаји према брачном другу, овакав родитељ настоји да пренесе и на децу иако одсуство љубави према брачном другу нема ничега заједничког са присутном љубављу родитеља према деци. Своје незадовољство, које прераста у мржњу и огорчење према брачном другу, овакав, у суштини рђав родитељ, жели да пренесе и на децу која најчешће у том неуспелом брачном односу њихових родитеља немају готово никаквог удела. Многа истраживања су непобитно утврдила да се у већини случајева деца поносе својим родитељима, да гаје осећај љубави и према једном и према другом родитељу, да их се не стиде, и да их не презиру. У многим анкетама широм света деца у узрасту од седме до четрнаесте године, обично изјављују: „Желимо да нас мама и тата подједнако воле и да ми волимо тату и маму”. Због тога је, како то многи аутори истичу, више него сурово, људски морбидно и безумно инсистирати да се своја мржња према брачном другу пренесе на децу у односу на једног њиховог родитеља.<sup>5)</sup> Објективно то доводи до поремећаја психичке равнотеже код деце која се гради на темељу узајамне љубави према оба родитеља.

5. Посебну тешкоћу у поремећеним брачним односима представља и појава у којој се добри родитељи, али неуспели брачни другови, суочавају са чињеницом да детету треба саопштити да један од родитеља неће више живети са њима у заједници. У обимној литератури из ове области, која се добрим делом заснива на сложеним и компаративним емпиријским истраживањима, обично се истиче да деци треба изнети о чињеници развода, пре свега, истину па маколико она била непријатна и болна за децу. Лажима, прикривањем стварних брачних односа, избегавањем правог одговора или бесконачним одговлачењем да се дете суочи са суровом и тешком истином о разилажењу његових родитеља, само се уноси пометња у душевни живот детета и омета његов нормални развитак. Због тога треба настојати да се на одговарајући начин, прикладним приступом и целисходним објашњењем, што у многом зависи од узраста детета и дубине његове емоционалне повезаности са родитељима, детету саопшти присуство

<sup>5)</sup> Др Рахела Галевска, Наведено дело, Београд 1958 год. стр. 20—21.

чињенице о разводу брака његових родитеља. Развод треба да представља најмање могућу негативну последицу за даљи живот и развој детета у новим правно измењеним условима.

6. Разводом брака престаје заједница живота брачних другова. Бивши супружници се разилазе и свако од њих започиње посебан живот. Тешки моменти везани за неслагање у браку, предају се постепено забораву.

Међутим, развод брака не значи само престанак односа брачних другова, не представља само завршетак једног брака, већ значи и настанак посебних односа између разведених родитеља и њихове деце. Развод брака повлачи за собом слом једне породице који може имати тешке последице за развој деце. Због тога од садржаја одлуке суда о поверавању деце родитељима након развода брака, од критеријума који се том приликом уважавају, од ангажовања друштвених интереса и пре свега интереса деце, и најзад од начина како су уређени односи родитеља и деце након развода брака, у многоме зависи да ли ће тешке последице развода бити избегнуте или бар осетно смањене.<sup>6)</sup>

У светској литератури се с правом истиче да је одлука надлежног државног органа о поверавању деце родитељима након развода брака једна од најтежих и најделикатнијих одлука везаних за развод брака. У питању је будућност малолетне деце и за то треба потпуно разумети бригу законодавца око преузимања легислативних мера о заштити моралних и материјалних интереса деце.<sup>7)</sup>

## II ОДЛУКА О ПОВЕРАВАЊУ ДЕЦЕ

Одлука о поверавању деце родитељима, трећим лицима или одговарајућој установи за збрињавање деце, доноси у нашем законодавству суд који је надлежан за вођење бракоразводног поступка. У нашем републичком и покрајинском породичном законодавству нормирана је различита надлежност суда за поступање у бракоразводном поступку, па према томе и за доношење одлуке о поверавању деце након развода брака.

Тако по законодавству СР Хрватске, СР Македоније, СР Босне и Херцеговине, као и СР Црне Горе, за доношење одлуке о поверавању деце након развода брака, надлежан је општински суд. По законодавству СР Словеније, за поступање у овим случајевима надлежан је основни суд. Дакле, у ових назначених пет република, за поступање у споровима ове врсте, надлежан је првостепени суд.

У законодавству СР Србије и САП Косова за поступак по захтеву за развод брака и за доношење одлуке о поверавању деце, надле-

<sup>6)</sup> Др Михаило Митић, Породично право у СФРЈ, Београд 1980 год. стр. 279. др Марко Младеновић, Породично право, књига II, Београд 1981 стр. 208.

<sup>7)</sup> Л. Чавдаров, Разводот по бугарско семеино право. Софиа 1959 ст. 81; др Нисим Меворах, Семеино право, Софиа 1962. год. стр. 242; Р. Callahan, *The Law of separation and divorce*, New York, 1967 год. стр. 111; J. Hall *Sources of family Law*, Cambrige 1966 год. стр. 187; Г. Матвеев, Советское семеино право, Москва 1978 год. стр. 116; Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civile francais*, Tome II, La famille, Paris 1952 год. стр. 491.

жан је окружни суд.<sup>8)</sup> По законодавству САП Војводине, спорови ове врсте, поверени су вишим судовима. Према томе, у СР Србији и њеним покрајинама, предвиђена је надлежност другостепених судова за доношење одлуке о поверавању деце након развода брака, који, у овом случају, због значаја судске одлуке која се доноси и због посебне заштите малолетника, поступају као судови првог степена.

Одлуку о чувању\*) и васпитању деце након развода брака доносе, пре свега, родитељи својим споразумом. Ако о томе родитељи не постигну сагласност или ако тај споразум није у складу са интересима деце, одлуку о поверавању деце једном родитељу доноси суд својом пресудом у редовном поступку за развод брака.

### *1. Споразум родитеља*

1. Родитељи, односно брачни другови, у поступку за развод брака, споразумно одлучују о томе коме се деца поверавају на чување и васпитање након развода брака. Наше републичко и покрајинско породично законодавство, у овом погледу је добрим делом дивергентно. Тако, у погледу утицаја споразума родитеља на одлуку о чувању и васпитању деце присутна су три нормативна становишта.

а) По првом ставу, који је нормиран у породичном законодавству СР Србије, СР Македоније, СР Црне Горе, као и у САП Косово и САП Војводине, споразум родитеља представља примаран правни основ за поверавање деце родитељима након развода брака. Према томе, у овим законодавствима се пре свега инсистира на присутном споразуму родитеља.<sup>9)</sup>

Међутим, овај споразум родитеља правно нема апсолутни, односно завршни значај. Његова садржајна вредност, па према томе и његова правна перфектуираност зависи од процене суда. Ако суд нађе да споразум родитеља не одговара стварним интересима деце, правно се има сматрати да споразум није постигнут, односно да је такав споразум ништав и да не производи било какво правно дејство.

Исти је случај присутан и ако родитељи не постигну споразум о поверавању деце неком од њих на чување и васпитање. У таквом случају сматра се да први законски захтев, односно примарна правна претпоставка, није испуњена, те да судска одлука, као супсидијарни правни акт, замењује споразум родитеља и представља коначну правну одлуку о поверавању деце на чување и васпитање неком од родитеља, односно трећем лицу или надлежној друштвеној установи за збрињавање деце.

<sup>8)</sup> Треба приметити да је надлежност окружних судова у споровима ове врсте била предвиђена и за време важења савезног породичног законодавства, сем једног кратког периода, када су спорове ове врсте решавали у првом степену срепски судови.

\*) Законодавство СР Босне и Херцеговине као и СР Словеније употребљава термин: заштита.

<sup>9)</sup> У неким страним законодавствима (рецимо у Породичном законуку Демократске Републике Немачке) родитељима се оставља довољан рок од 1 године ради постизања споразума о чувању и васпитању деце након развода брака.

б). По другом ставу, који је присутан у законодавству СР Хрватске,<sup>10)</sup> одлуку о поверавању деце не доносе примарно родитељи својим споразумом, већ искључиво суд у својој одлуци о разводу брака. Истина, по овој законској варијанти, суд може али није обавезан да размотри и садржај евентуалног споразума родитеља о поверавању деце на чување и васпитање након развода брака. Према томе, споразум родитеља, правно узевши, има искључиво факултативну вредност, који суд може али не мора да разматра ако родитељи, као парничне странке у бракоразводном поступку, овај споразум презентирају суду.

ц). По трећој законској варијанти, која је присутна у породичном законодавству СР Босне и Херцеговине,<sup>11)</sup> споразум родитеља о поверавању деце на чување и васпитање једном од родитеља или трећем лицу, односно надлежној установи за збрињавање деце, не фигурира ни као примарна ни као факултативна компонента легислативног става. Одлуку о поверавању деце доноси искључиво надлежни суд који о томе не косулује ни родитеља а ни орган старатељства. Орган старатељства, у поступку доношења одлуке о поверавању деце након развода брака, учествује само као процесни субјект који је овлашћен да ставља предлоге о доношењу одлуке одређеног садржаја (чл. 76 Породичног законика СР Босне и Херцеговине).

2. Споразум родитеља о поверавању деце након развода брака који је присутан у републичком и покрајинском породичном законодавству, инициран је законском претпоставком да родитељи најбоље знају ко је од њих у повољнијој могућности да непосредно врши родитељска права и дужности према деци након развода брака. Њима су најбоље познате личне, материјалне, здравствене, стамбене и друге прилике у којима се налазе, као и чињенице у којима се комплексно изражавају различите потребе деце. Они су у најбољој могућности да непосредно процене и емоционалну повезаност, односно осећајну наклоност деце према неком од њих као родитеља. Због тога законодавац основано очекује да родитељи, руковођени љубављу према свом потомству, могу пронаћи најоптималнија и најадекватнија решења која пружају најповољније услове за нормалан и несметан развој деце и након развода брака имајући управо у виду ту специфичну правну ситуацију у којој се деца налазе након распада породице.<sup>12)</sup>

Карактер споразума родитеља (односно брачних другова) о поверавању деце након развода брака није ближе одређен у нашем републичком и покрајинском породичном законодавству. Та чињеница има за непосредну правну последицу да се споразум родитеља о поверавању деце може закључити у било којој форми (усмено или писмено), уз суделовање или без учешћа суда, односно органа старатељства, јер се овај споразум родитеља излаже оцени суда приликом

<sup>10)</sup> Видети чл. 328-333 Закона о браку и породици СР Хрватске.

<sup>11)</sup> Видети чл. 92 Породичног законика СР Босне и Херцеговине.

<sup>12)</sup> Видети о овоме ближе: др Михаило Митић, Наведено дело, Београд 1980 год, стр. 280—281.

доношења одлуке о разводу брака и поверавању деце након престанка брака разводом.<sup>13)</sup>

Споразум о поверавању деце родитељи, односно брачни другови, могу презентирати суду током бракоразводног поступка или га усмено изнети пред судом. У овом последњем случају садржај споразума родитеља о поверавању деце након развода брака уноси се у записник који се води пред судом.

## 2. Одлука суда

По породичном законодавству СР Босне и Херцеговине, одлука о поверавању деце након развода брака спада у искључиву надлежност суда који својом пресудом одлучује о престанку брака разводом. У осталим републичким и покрајинским породичним законодавствима, одлука суда о поверавању деце након развода брака правна је последица одсуства споразума родитеља о поверавању деце, односно чињенице да споразум родитеља није издржао критичку оцену суда о усклађености тог споразума са стварним афекцијом, моралним и материјалним интересима деце.

Одлука суда о поверавању деце након развода брака доноси се по службеној дужности. Та чињеница је изричито наглашена у чл. 67 ст. 1 Закона о браку СР Црне Горе. У осталим републичким и покрајинским породичним законодавствима тај моменат није експлицитно изражен, већ је виртуелно присутан. Начин формулације одговарајућих законских одредби, које се односе на поступање суда у овом случају, омогућава непосредни закључак о деловању суда *ex officio*.<sup>14)</sup>

По правилима која су присутна у нашем процесном законодавству, судови у свом поступању не делују по службеној дужности. Другим речима наши судови не преузимају процесну иницијативу без одговарајућег предлога парничних странака. Судови у свом поступању дају правне одговоре на захтеве које им странке поставе. Изван ове сфере, објективно, нарушава се непристрасан став суда приликом доношења одлуке. Међутим, у овом случају одступа се од ових основних процесних принципа под притиском начела породичног права и уставних одредби о нарочитој заштити малолетних лица. Због тога суд самоиницијативно поступа увек када то налажу интереси малолетне деце схваћених у најширем смислу те речи. На исти начин суд поступа и кад доноси одлуку о поверавању деце ако није стављен предлог за доношење такве одлуке. Деца не могу остати незбринута након развода брака ако та последица представља одсуство

<sup>13)</sup> Ово становиште је опште прихваћено у нашој науци породичног права. Видети ближе: др Марко Младеновић, Наведено дело, Београд 1981 год. стр. 211; др М. Митић, Наведено дело, Београд 1980 год., стр. 281.

<sup>14)</sup> У нашој коментаторној литератури оваква интерпретација одговарајућих прописа присутна је још из времена примене савезног породичног законодавства. (Видети о овоме ближе: др Ана Прокоп, Коментар о основном закону о браку, Загреб 1969 год. стр. 290. Исти је став присутан и у нашој осталој литератури породичног права. Видети поред осталих аутора: др Војислав Бакић, Породично право, Београд 1979 год. стр. 211.

процесног захтева за њихово одговарајуће поверавање позваним субјектима након развода брака.

Одлука суда о поверавању деце доноси се у поступку за престанак брака разводом. Другим речима, пресуда о разводу брака мора садржати у себи и одлуку о очувању и васпитању деце, јер та одлука чини интегрални део пресуде о престанку брака разводом. Наравно, ово у случају да су присутна деца у браку који се разводи.

Стављање акцента на оваквом карактеру судске одлуке последица је потребе да се одлука о поверавању деце након развода брака заснива на најпотпунијим и најбоље провереним чињеницама. У поступку за развод брака суд је у могућности да, испитујући односе брачних другова (односно родитеља), као и њихов став према деци, на најпотпунији начин оцени која одлука о чувању и васпитању деце највише одговара њиховим интересима.<sup>15)</sup>

Потребно је овом приликом приметити да се одлука о поверавању деце односи на потомке који потичу из брака чија је бракоразводна процедура у току, као и на усвојеника брачних другова. Према томе, ова одлука се не односи на децу која представљају пасторке брачног друга или коју је усвојио само један супруг. У овом случају родитељско право врши њихов родитељ, односно брачни друг који је дете усвојио.

### 3. Улога органа старатељства

У већини наших републичких и покрајинских законодавстава, центри за социјални рад се готово обавезно консултују од стране суда приликом доношења одлуке о поверавању деце након развода брака.

Центри за социјални рад, по правилу, тимски делују чиме је обезбеђена, или би требало да буде обезбеђена, њихова мултидисциплинарна активност. С друге стране, центри за социјални рад су, за разлику од суда, превасходно организовани и оријентирани за непосредни и ефикасни рад на терену у директном контакту са заинтересованим лицима.

Оваква активност центра за социјални рад, која је пожељна и потребна, доноси несумњиво корисне и добре резултате приликом утврђивања чињеница релевантних за правилну одлуку суда о поверавању деце након развода брака. Међутим, оно што можда у већини случајева доводи у питање законитост поступања, односи се на искуше велику зависност суда од садржине извештаја који подносе суду центри за социјални рад. Судови често заборављају да одлуку о поверавању деце доносе они а не центри за социјални рад.

У процесном смислу центри за социјални рад, у поступку доношења одлуке о поверавању деце након развода брака, имају улогу судског вештака, а не продужене руке суда. Вештачко мишљење, па према томе и став центра за социјални рад о садржају одлуке о

<sup>15)</sup> Видети о овоме ближе: др Михаило Митић, Наведено дело, Београд 1980 год, стр. 280.



поверавању деце након развода брака, суд слободно оцењује у контексту свих изведених доказа. Ако судови тако поступају, онда постаје беспредметна примедба да се садржај одлуке суда готово увек поклапа са достављеним мишљењем центра за социјални рад. Одлука суда не може и не сме бити прејудицирана ставом центра за социјални рад. Реално узевши, мишљење центра за социјални рад не може се подцењивати али ни прецењивати. Оцена суда, која се процесно дистанцира од сваког изнетог става пред судом док се одлука не донесе, мора бити присутна и приликом одлучивања о поверавању деце након развода брака.

### III. САДРЖАЈ ОДЛУКЕ СУДА О ПОВЕРАВАЊУ ДЕЦЕ

Према нормативној формулацији, која је присутна у свим републичким и покрајинским законодавствима из домена брака и породице, надлежном суду се оставља могућност избора између три алтернативе приликом доношења одлуке о поверавању деце након развода брака.

На основу прве законске могућности суду се допушта да децу рођену у браку који се разводи повери на чување и васпитање једном родитељу. Према другој законској алтернативи, суд може одлучити, како се то у законском тексту истиче, „да нека деца остану код мајке а нека код оца”.<sup>16)</sup> И најзад, према трећој варијанти, одлуком суда сва деца могу бити поверена неком трећем лицу или некој установи која се брине о смештају и узгоју деце.

1. *Повераване деце само једном родитељу.* У доктрини, која није везана само за правну науку, најчешће се истиче, да након развода брака децу не треба одвајати јер је то од штете за њихов нормални развој.<sup>17)</sup> Према једној одлуци Врховног суда Бугарске, раздвајање деце се негативно одражава на њихову психу, „јер не могу одсуством да превладају узајамну приврженост” која је настала у њиховом дотадашњем сталном породичном контакту. „Раздвајањем деце не може а да се негативно не одрази на њихово васпитање”.<sup>18)</sup>

У неким страним законодавствима не предвиђа се могућност да се након развода брака деца деле између родитеља.<sup>19)</sup> Очигледно је да ова законодавства полазе од цитираних становишта да комплексни интереси деце о њиховом најповољнијем развоју императивно налажу да се деца, након развода брака својих родитеља, не раздвајају, већ да се повере једном родитељу.

У неким страним законодавствима ова варијанта о поверавању деце само једном родитељу енергично се одбацује, јер је то у супротности са правима родитеља према деци. Оба родитеља имају подједнако право да непосредно врше родитељска овлашћења и ду-

<sup>16)</sup> Пример је узет из Закона о браку и породици СР Србије чл. 125. ст. 2.

<sup>17)</sup> Видети ближе: др Марко Младеновић, Наведено дело, Београд 1981 стр. 213; др М. Митић, Наведено дело, Београд 1980 год. стр. 281.

<sup>18)</sup> Л. Чавдаров, Наведено дело, Софија 1959 год. стр. 82.

<sup>19)</sup> Такав је Случај у Породичном законнику Демократске Републике Немачке.

жности према својој деци. Када то није могуће услед присутног развода, онда децу треба поделити међу родитељима како би свако од њих могао да непосредно врши родитељско право. Родитељу, који гаји праву и топлу љубав према својој деци не може се ускратити да ту своју љубав непосредно изражава у директном контакту са неком од своје деце. То његово природно, односно елементарно право не може му бити ускраћено.

Према ставу наше правне теорије, као и према формираној пракси наших судова, поверавање деце само једном родитељу представља одлуку која првенствено мора бити практикована. Овакав закључак изводи се не само из чињенице да је у законодавној презентацији ова судска солуција предвиђена као прва, па према томе и као примарна могућност. Овакав став намећу, пре свега, закључци многих научних дисциплина почев од психологије и психијатрије па до социологије, по којима је заједнички живот деце, њихов непосредни додир и присутна интимност породичне атмосфере од битног значаја за испољавање љубави и узајамне привржености међу децом која потичу из истог брака.

Приговор да је право родитеља да се деца, након развода, међу њима поделе како би свако од њих непосредно испољавао емоционалну приврженост према својој деци, у својој суштини је израз својеврсног родитељског егоизма који се манифестује у поставци да су потребе родитеља значајније и одлучније од афекционих, личних и других интимних интереса деце. Полазећи од овог становишта, родитељи обично не постављају питање: како се ове њихове жеље, које су природне и добрим делом разумљиве, испољавају у емоционалној сфери њихове деце која желе да живе заједно и након развода брака њихових родитеља? Време у коме живимо уноси велике промене у домену родитељског права. Од искључивог права оца према деци, до обостраног права родитеља према својим потомцима, савремено право ифирмише став да родитељска права и дужности, у суштини, представљају, пре свега, право деце. У тако схваћеном родитељском праву, интереси деце имају предоминантно место.<sup>20)</sup>

2. *Поверавање деце додатељима.* Према овој законској варијанти, суду се оставља могућност да у пресуди о разводу брака донесе одлуку да се деца повере и једном и другом родитељу. У прилог овакве одлуке суда обично се истиче, да је нужно међу родитељима извршити расподелу терета око неге и васпитања деце како би њихов допринос био што повољнији и ефикаснији. Ово поготово, ако свако дете посебно, има издвојену наклоност према једном родитељу.<sup>21)</sup>

У ставу, који је најчешће присутан, у нашој судској пракси, деца се поверавају на негу и васпитање једном родитељу, када други родитељ није у могућности да врши родитељско право услед свог

<sup>20)</sup> У нашој теорији породичног права се перманентно истиче да родитељско право припада родитељима у интересу деце. Родитељско право сачињавају дужности и права, али је тежиште на дужностима родитеља. Право припада родитељима зато да би снагом тог права могли искључити сваког трећег који би их спречавао у вршењу њихових родитељских дужности. Видети бљеже: др Ана Прокоп, Наведено дело, Загреб 1969 год. стр. 290.

<sup>21)</sup> Л. Чавдаров, Наведено дело, Софија 1959 год. стр. 82.

рђавог здравственог стања, тешких стамбених услова, или када то право не може да врши у интересу деце услед неморалног и развратног начина живота.

3. *Поверавање деце трећим лицима или надлежној установи.* Према опште прихваћеном ставу у правној теорији и нашој судској пракси, деца се након развода брака поверавају трећим лицима ако су родитељи лишени или ограничени у вршењу родитељског права, или су им та права обустављена. Према томе, ако родитељи грубо занемарују или злоупотребавају родитељска права, или се налазе у фактичкој, односно правној немогућности да врше родитељско право (родитељи су дуго одсутни изван земље, налазе се на издржавању казне или су душевно оболели), родитељи у таквим околностима нису у стању да врше родитељско право у складу са најбоље схваћеним потребама и афекционим интересима деце. Због ових присутних момената деца се одлуком суда поверавају трећим лицима која су обично блиски рођаци детета (деда, баба, стриц, ујак) и која према деци гаје осећај љубави. То су најчешће и особе коју деца, као своје рођаке, поштују и воле.<sup>22)</sup>

Након развода брака суд је обавезан да донесе одлуку о поверавању деце надлежној установи ако одређени здравствени, васпитни или образовни разлози налажу посебне мере према деци која су рођена у том браку. То ће бити најчешће у случају ако су у питању ментално заостала, болесна или васпитно запустена деца.<sup>23)</sup>

#### IV. КРИТЕРИЈУМИ О ПОВЕРАВАЊУ ДЕЦЕ

##### 1. Страно право

У страном законодавству присутни су веома различити критеријуми за одлучивање суда приликом поверавања деце неком од родитеља након развода брака. Тако, одлука суда, пре свега, зависи од кривице за развод брака, затим од узраста и пола детета, и најзад, од слободне оцене суда о присутном интересу деце.

а). Кривица за развод брака, као критеријум за поверавање деце након развода брака, присутна је у француском и немачком праву. По овом законодавству деца се без обзира на пол и узраст поверавају брачном другу који није крив за развод брака. Кривица за развод брака намеће потребу да се брачном другу, који је разорио брачну заједницу и пореметио односе у породици која се на том браку заснива, изрекне санкција у виду низа правних непогодности које треба да погоде таквог брачног друга почев од обавезе издржавања и накнаде штете па до ускраћивања могућности да се родитељско право непосредно врши према деци. То је облик казне за брачног друга, од-

<sup>22)</sup> Видети о овоме ближе: др Нисим Меворак, Наведено дело, Софија 1962 год. стр. 247; Ј. Чавдаров, Наведено дело, Софија 1959. год. стр. 83; др Михаило Митић, Наведено дело, Београд 1980 год. стр. 281.

<sup>23)</sup> Видети: др Марко Младеновић, Наведено дело, Београд 1981 год. стр. 213.

носно родитеља који је својим свесним и намерним противправним поступцима довео до нарушавања нормалних брачних и породичних односа који су под посебном заштитом закона.

Овај критеријум, који је везан за кривицу за развод брака, није прихваћен у нашем праву, јер је, пре свега, израз застарелих правних назора у домену брака и породице. Бити рђав супруг не значи исто што и бити рђав родитељ. Одсуство љубави према брачном другу не мора, и по правилу није пропраћено, одсуством љубави родитеља према свом детету. Две различите емоционалне компоненте не могу бити поистовећене, јер су им психолошке и друге претпоставке, као и основ заснивања, потпуно различити<sup>24)</sup>

б). У Аустријском и Српском грађанском законнику, критеријум за поверавање деце родитељима након развода брака везује се за пол и узраст детета. Тако се мушко дете до четврте године, а женско дете до седме године, поверава мајци, а преко наведених узраста, деца се додељују оцу.<sup>25)</sup>

Овај критеријум, који има за циљ да наводно усклади природну чињеницу биолошке повезаности мале деце за мајку и патријархалне концепције да деца припадају мужу, односно оцу као старешини породице, није прихваћен у нашем законодавству, јер се наше породично право заснива на равноправности родитеља према деци (егалитарна концепција) и на праву деце према родитељима. Патријархална доминација оца, напуштена је у нашем праву као историјски превазиђена концепција о односима у породици.

ц). У неким страним законодавствима, узраст деце, без обзира на њихов пол, представља одлучујући критеријум приликом доношења одлуке о поверавању деце родитељима након развода њиховог брака. Тако се деца до пете године поверавају мајци, а преко тог узраста додељују се оцу на чување и васпитање.

Ова концепција, у својој суштини, представља ублажену модификацију претходно изложене патријархалне концепције, па је због тога неприхватљива за наше право из истих разлога који су напред наведени.

д). У швајцарском и италијанском праву, критеријум, на коме се темељи одлука суда о поверавању деце након развода брака, заснива се искључиво на јасно израженим интересима деце. Кривица за развод брака, као и пол, односно узраст деце, немају одлучујући утицај на одлуку о поверавању деце родитељима након престанка њиховог брака разводом.

Овај критеријум прихваћен је и у законодавству свих социјалистичких земаља. Тако се у Закону о породици Чехословачке Социјалистичке Републике истиче: „Приликом одлучивања о правима и дужностима родитеља или при одобравању њиховог споразума, суд

<sup>24)</sup> У нашем ранијем савезном Основном закону о браку из 1946 године, присутна је изричита одредба која кривицу за развод брака, у контексту одлуке о поверавању деце родитељима након престанка брака разводом, третира као потпуно нерелевантну. Тако се у тој одредби истиче: „Суд може поверити чување и васпитање и деце и оном родитељу чијом је кривицом брак разведен ако то интереси деце захтевају”.

<sup>25)</sup> Др Лазар Марковић, Породично право, Београд 1920 год. стр. 106.

ће увек пазити на то да буду обезбеђени најповољнији услови за правилан развој детета у свесног грађанина". (чл. 26 ст. 3).

Сличну одредбу има и Законик о породици СР Румуније: „Суд одређује у пресуди о разводу брака коме припадају малолетна деца. У ту сврху суд саслушава родитеље, као и орган старатељства и децу, уколико су напунила 10 година, узимајући у обзир интересе деце (сваког детета посебно) и одлучује коме ће припасти деца". (чл. 42 ст. 1 и 2).

Приближно исте одредбе присутне су и у совјетском и бугарском праву.

## 2. Наше законодавство

У нашем републичком и покрајинском законодавству, као и према ставу судске праксе, а посебно правне теорије, основни критеријум за доношење одлуке о поверавању деце родитељима након развода брака, заснива се на интересу деце који се разлаже на компоненте: о критеријуму према детету; затим, критеријуму према родитељима; и најзад, у признавању детету консултативне способности у овом случају.

### А) Интерес детета

Интерес детета, према нашем законодавству, представља основни, одлучујући, предоминантни критеријум, приликом доношења одлуке од стране надлежног суда о поверавању деце након развода брака.

У правној теорији породичног права интерес деце схвата се углавном на два начина: у ужем и ширем смислу.

У ширем смислу, појам о присутном интересу деце схвата се не само као интерес деце у ужем смислу, него и као интерес родитеља и интерес друштва.<sup>26)</sup> Сличан став присутан је и у једној одлуци Врховног суда Југославије из 1958. Тако се у тој одлуци истиче: „Одлука о поверавању детета на чување и васпитање једном од родитеља треба да буде не само у складу са интересима детета него и правична за родитеље”.<sup>27)</sup>

Овако широко схваћен интерес детета уноси у компоненте разматрања овог деликатног и тешко ухватљивог појма, доста сложене а често и контрадикторне елементе. Сасвим је сигурно да се интерес детета објективно поклапа са интересима друштва, јер интереси друштвене заједнице представљају правни, материјални, психолошки, па и етички оквир за реализацију најоптималнијих потреба детета у свим доменима његове активности и у сфери развоја његове личности. Исто тако остаје ван сваке сумње, да се интерес

<sup>26)</sup> Видети о овоме ближе: Л. Чавдаров, Наведено дело, Софија 1959 год. стр. 81.

<sup>27)</sup> Видети Одлуку ранијег Врховног суда Југославије, Рев. 248/58 од 24 маја 1958 године.



родитеља, који своју мисију врши на најбоље могући начин, објективно поклапа са интересима деце. Родитељи желе својој деци само оно што је за њих најбоље, те реализација тих ставова, жеља и намера доводе објективно до остварења најбољих интереса саме деце.

Међутим, подударност тих интереса не мора увек бити присутна у апсолутним размерама, јер претерана нежност и наглашена љубав, ма колико субјективно имали своју одређену вредност, објективно не морају увек одговарати најбољим потребама и афекцијоним интересима деце. Попустљивост родитеља у неким тренуцима може бити више од штете за правилан развој деце, на исти начин као што то може бити и захтев родитеља да се деца међу њима поделе након развода њиховог брака, да би баш тим путем на најбољи начин изразили своју спремност и пожртвованост у испољавању бриге према деци. У сваком случају овај шири појам интереса деце захтева једну посебну дубљу студију и то мултидисциплинарне природе.

Интерес деце у ужем смислу, према једном изнетом мишљењу испољава се на два начина: (а) на основу процене свих личних здравствених, интелектуалних и других особина детета; и (б) на основу жеље детета и његове привржености једном или другом родитељу. Ако има више деце, о свакоме се посебно мора водити рачуна<sup>28</sup>)

У законским текстовима нашег републичког и покрајинског породичног законодавства, појам о утврђеном интересу деце није презентирањем одређеним индукативним средствима. Све је препуштено правној теорији и судској пракси. Израз, присутан у законским текстовима, да се интерес детета утврђује испитивањем „свих околности од стране суда“, до те мере је екстензиван да је готово неупотребљив. Трагање за тим „околностима“ прераста у динамичан комплекс различитих и бројних појмова чија се адекватна идентификација преноси из законодавне сфере у непосредну судску делатност. Другим речима, одређивање ових законских претпоставки трансформише се из области нормирања у домен свакодневних животних односа.

Дајући упутство нижим судовима, Врховни суд Југославије, у једној својој одлуци из 1960. износи своје тумачење цитираног законског текста. Тако се у тој одлуци истиче:

„Услови под којима дете живи у породици, а посебно односи родитеља према детету, играју улогу важног фактора у телесном, интелектуалном и моралном васпитању детета. Дете у његовом интересу треба оставити код оног родитеља код кога постоје услови за такво подизање и васпитање. Имовински услови и други услови објективног карактера, однос родитеља и других чланова породице према детету, њихове особине, као и друге околности субјективног карактера — све те околности суд мора да процењује у њиховој повезаности, укупности и перспективности у развоју, које се с разлогом очекују и предвиђају. Интерес детета налаже да се оно повери

<sup>28</sup>) Видети о овоме ближе: др Марко Младеновић, Наведено дело, Београд 1981 године, стр. 212.

родитељу код кога постоје позитивни услови да дете израсте у телесно и душевно здравог човека, способног радника, смелог социјалистичког грађанина”.<sup>29)</sup>

Када се ова судска одлука пажљиво анализира онда није тешко констатовати да мало шта доноси одређено за сигурнију и чвршћу оријентацију нижих судова. Врховни суд Југославије преузео је, или боље рећи, само је наставио са праксом испољавања широког и комплексног става приликом трагања за правим компонентама везаним за појам интереса детета који је иначе присутан и у законским текстовима нашег републичког и покрајинског законодавства.

#### *Б. Критеријум према детету*

1. Приликом разрађивања овог критеријума полази се у нашој правној науци породичног права као и судској пракси, пре свега од узраста детета. Доста је раширено мишљење да се мало дете због његове природне упућености на негу мајке, додељује овом родитељу. Само изузетно суд може донети друкчију одлуку ако мајка због своје болести, природе посла или социјалних и моралних деформација, није у могућности да детету пружи најпотребнију пажњу, бригу и негу.

Појам „малог детета”, које, по правилу, треба доделити мајци, остаје, међутим, доста нејасан и неодређен. Нека страна законодавства овај појам објективизирају одређујући да је то дете млађе од четири, затим пет, односно седам година.

У социјалистичким правним системима, појам „малог детета” није у законским текстовима објективизиран, тако да судови и правна наука доста лутају приликом одређивања овог појма.

Тако на пример, у бугарској правној теорији се не инсистира на прецизном одређивању узраста детета да би се утврдило присуство његове биолошке минорности. По неким ауторима инсистира се на ставу да је то дете млађе од једне године, а по другима да није прешло узраст од три године.<sup>30)</sup>

У нашој правној теорији појам „малог детета” не разматра се са становишта објективног приступа овој категорији. Међутим, у нашој судској пракси присутна су настојања да се овај појам у домену малолетства обележи тачно одређеним годинама. Тако се у једној пресуди инсистира на поверавању детета мајци, јер је старо годину дана, а у другој одлуци јер има узраст од „свега пет година”.<sup>31)</sup>

Кад је реч о ближе одређивању овог појма, треба напоменути да је у презентираним схватањима доста често присутна и предрачуца о неспособности оца да се брине о „малом детету”, те да интереси таквог детета налажу да се повери мајци на чување и васпита-

<sup>29)</sup> Видети Одлуку Врховног суда Југославије, Рев. 720/58 од 25 октобра 1960 године.

<sup>30)</sup> Видети о овоме ближе: др Нисим Меворах, Наведено дело, Софија 1962 год. стр. 245.

<sup>31)</sup> Видети о овоме ближе: др Ана Прокоп, Наведено дело, Загреб 1969 год. стр. 300—302.

ње. До недавно у нашем законодавству је била присутна одредба да боловање због болести детета не може узети отац, јер је он, наводно „биолошки неквалификован” да се брине о „малој деци”. Данас је ово схватање напуштено, па у том контексту треба критички посматрати и ове судске одлуке којима се поверавају „мала деца” готово увек мајци, јер то наводно, како се у њима истиче, налаже „природа саме ствари”.

2. Поред достигнутог узраста, критеријум према детету одређује се и на основу здравственог стања детета. У том контексту дете се поверава родитељу који је у могућности да му у болести пружи најбољу личну негу и све потребне услове за што брже оздрављење.

3. Критеријум према детету одређује се и на основу дотадашњег развоја детета, као и правца у коме се формира његов карактер. Због тога се дете додељује родитељу чији се непосредни васпитни утицај показује као најпогоднији за уклањање појављених негативних особина у правцу формирања личности детета. Ненаметљив ауторитет родитеља, поштовање и поверење које дете гаји према њему, могу представљати врло погодне и целисходне индивидуалне подстицаје за уклањање негативних појава које утичу на развој личности детета.<sup>32)</sup>

#### *Ц. Критеријум према родитељима*

Приликом доношења одлуке о поверавању деце родитељима или једном од њих, судови, према доста јасно израженом ставу правне науке и већ афирмисане судске праксе, узимају у обзир личне квалитете сваког од њих, стамбене прилике у којима се налазе, њихово материјално издржавствено стање, ефективну могућност с обзиром на природу посла којим се баве да детету пружи у непосредном контакту своју ангажовану пажњу, већу бригу и прикладну негу, као и друге околности које су од значаја за најпотпунију заштиту интереса малолетне деце.

1. Имовинске прилике родитеља су веома значајне за доношење најбоље могуће одлуке о поверавању деце, али у својој суштини, не морају бити и одлучујуће. Родитељ, чије је имовинско стање повољно, може пружити детету изванредне услове за његов развој, али услед ангажованости на свом послу, није у могућности да детету посвети личну бригу и непосредну пажњу. Међутим, други родитељ, који нема те материјалне услове (плата му је нижа, односно укупни приходи мањи) у могућности је да се детету потпуно посвети. У оваквом случају интереси детета налажу да се додели другом родитељу, стим што се имућнији обавезује да плаћањем издржавања створи детету потребне услове које му иначе он може пружити да је дете поверено њему. На овај начин, потребе за непосредном бригом доводе се у склад са захтевом да се детету пружи неопходни материјални услови за његов нормални развој.

<sup>32)</sup> др Михаило Митић, Наведено дело, Београд 1980 год. стр. 282.



2. За доношење најоптималније одлуке о поверавању детета након развода брака, од особитог су значаја и стамбене прилике, као и здравствено стање родитеља. Ако један од родитеља нема решено стамбено питање, или његов стан не испуњава основне хигијенске услове који су у складу са савременим стандардима, односно ако је тај стан лоциран на месту које је за дете мање погодно с обзиром на његов узраст, лечење или школовање (кућа се налази у селу у близини града или на удаљеној периферији), у таквим околностима интерес детета налаже да се дете повери родитељу чије су стамбене прилике, посматране из угла потребе детета, повољније. Сасвим је сигурно да, начелно, величина стана, односно куће не игра пресудну улогу, али не сме се изгубити из вида и чињеница да посебна соба коју дете користи има огроман значај за његов нормалан развитак.<sup>33)</sup>

Здравствено стање родитеља је од битног, па и пресудног значаја за доношење на закону засноване одлуке о поверавању деце након развода брака. Могу се навести бронје судске одлуке у којима дете није поверено родитељу који је оболео од туберкулозе и других трајнијих заразних болести. У склопу онога што се сматра здравственим стањем једног родитеља спада и његово опште физичко стање. Родитељ који поседује физичке недостатке или није у повољној животној кондицији, представља мање погодну личност коме се дете може поверити. Здравнији, окретнији, нервно стабилнији родитељ представља погоднију личност за непосредну бригу о чувању и подизању деце која захтева доста физичког, душевног и интелектуалног напора, много личних одрицања, пуно разумевања за потребе младих и присуство ангажованог такта у односу са другима, а посебно са децом.

Кад је реч о здравственој димензији која улази у састав сложених и бројних критеријума за доношење одлуке о поверавању деце, треба приметити да наша судска пракса с правом указује, да се мора водити рачуна не само о здравственом стању родитеља, већ и особа са којима један од родитеља, након развода брака, живи у заједници или истом домаћинству.

3. Негативне личне особине (карактерне одлике) једног од родитеља које га објективно не препоручују за непосредно вршење родитељских права и дужности након развода брака, наша судска пракса учинила је већ стандардним. Ту, пре свега, спадају алкохолизам, проституција, подвођење, одавање коцки, склоност скитњи и нераду, уживање дрога, развратан и неморалан живот.

Судска пракса с правом указује да се као негативна особина једног родитеља мора третирати и његово држање у алиментационом спору поводом захтева да као тужени родитељ извршава своје основне материјалне обавезе према свом детету. Чињеница да се родитељ жалио на пресуду која му је објективно одмерила адекватан износ за издржавање детета с обзиром на његово материјално стање, говори о одсуству правих људских димензија у његовом родитељском односу према свом детету. Примедба да свако има право на жалбу,

<sup>33)</sup> Позната је констатација једног светског књижевника: да је човек без себе, човек без психологије.

што је у основи тачно, не умањује ову судску констатацију, јер родитељ своје материјалне дужности треба да врши према свом детету и без судске интервенције.

У својим пресудама о разводу брака, наши судови су у круг негативних особина једног родитеља, које га не препоручује да му се деца повере на чување и подизање након развода брака, уврстили и његово понашање и држање према могућности вршења родитељског права другог родитеља након прекида фактичке брачне заједнице. Чињеница да један родитељ, код кога су се деца затекла у току бракоразводне парнице и пре одлуке суда о поверавању деце, омета другог да посећује децу, да се с њима дописује, да их води на годишњи одмор, да контролише њихово васпитање и образовање, представља озбиљан разлог да се деца повере оваквом родитељу. Разматрајући овакве и сличне случајеве судови се у својим образложењима обично позивају на ове разлоге:

„Оваквим понашањем и поступцима доводе се у опасност интереси деце с обзиром да се другом родитељу онемогућава да прати развој и напредак детета, поготово што се тиме осујећује његова законска обавеза да се брине о личности деце, а нарочито о њиховом васпитању које је као родитељ дужан да прати и у том погледу да ставља евентуалне оправдане замерке”.<sup>34)</sup>

Занимљиво је указати и на једну одлуку Врховног суда Босне и Херцеговине према којој се религиозност једног родитеља не сматра негативном особином која не препоручује таквог родитеља да му се деца повере након развода брака. Испољивање верских осећања представља једно од уставом признатих права сваког грађанина наше државе, те му се та његова права не могу ускратити, нити му се неговање верских осећања може приписати у круг негативних друштвених особина. Тако, у тој својој пресуди Врховни суд Босне и Херцеговине истиче:

„Чињеница да је мајка деце религиозна, не може се само из тога извући закључак да ће она и погрешно васпитавати децу и лошим деловањем утицати на њихов правилан развој. Иако су деца привремено смештена код мајке, жалиоцу припада право да као родитељ с њим одржава личне односе, па је и у могућности да и сам утиче на правилно васпитање деце”.<sup>35)</sup>

#### *Д. Консултовање детета*

1. Поверавање детета родитељима након развода брака је одлука од особитог значаја за даљи нормалан развитак детета. Због тога је и учешће самог детета у конципирању ове одлуке, јер се ради о његовим виталним интересима, не само корисно, већ у неким ситуацијама и нужно. Спорно је само које дете треба консултовати с обзиром на његов узраст, односно степен душевног развитака како би његова изјава имала одређену правну вредност.

<sup>34)</sup> Видети образложење Врховног суда Босне и Херцеговине из Одлуке ГЖ 762/60 од 13 септембра 1966 године.

<sup>35)</sup> Видети Одлуку Врховног суда Босне и Херцеговине ГЖ 885/64 од 6 новембра 1964 године.

У многим законодавствима консултативна способност детета одређује се коришћењем објективног критеријума који се везује за узраст детета. Тако, у неким законодавствима узраст се одређује са навршеном десетом годином детета, а у другим, са нешто већим узрастом.

У упоредном праву присутни су и системи у којима се консултативна способност детета одређује наслањањем на методологију која рачуна на субјективне вредности везане за способност детета за промишљено расуђивање, а не за достигнут одређен узраст. Тако се у законодавству Демократске Републике Немачке истиче да ће судови по потреби саслушати дете „ако је довољно зрело”.

2. У нашем законодавству, за време важења савезних прописа у домену брачних односа, није била присутна изричита одредба о потреби консултовања детета након развода брака његових родитеља. Међутим, судска пракса, као и правна теорија разрадили су правни став наслањањем на аналогију са Основним законом о односима родитеља и деце, да су судови дужни да консултују дете ако је старије од десет година.<sup>36)</sup> Према томе, у нашем савезном законодавству инсистирало се на објективном критеријуму приликом одређивања консултативне способности детета у овим случајевима.

У нашем савременом републичком и покрајинском породичном законодавству заузет је веома неуједначен став у погледу обавезе, односно могућности суда да консултује дете приликом доношења одлуке о његовом поверавању родитељима након развода њиховог брака.

У већини законодавства (СР Црна Гора, СР Словенија, САП Косово, САП Војводина) нема изричитих одредаба које признају детету консултативну способност у овом случају. Истовремено интерпретација путем аналогије, по свему судећи, није могућа с обзиром на остале одредбе законодавства о браку и породици.\*)

У породичном законодавству СР Хрватске, нормирана је консултативна способност детета у овом случају. Та способност заснована је на објективном критеријуму о достигнутом одређеном узрасту. Тако се у чл. 82 ст. 1 Закона о браку и породици СР Хрватске истиче да је суд дужан да приликом доношења одлуке о поверавању деце, узме у обзир и њихову жељу ако су старија од десет година. Једино ограничење које се притом поставља, везује се за интерес детета. Жеља детета неће бити уважена ако није у складу са његовим стварним интересима. Колизација између његових жеља и његових интереса сматра се да је присутна ако дете изражава вољу да се додели родитељу према коме не гаји посебну наклоност, већ очекује да

<sup>36)</sup> Занимљиво је приметити да је сличан став био присутан и у бугарском праву, само са том разликом што се закључивање на основу аналогије изводило наслањањем на законодавство о усвојењу (Видети о овоме ближе: Ј. Чавдаров, Наведено дело, Софија 1959 године стр. 84).

+ Међу психолозима и социјалним радницима присутан је доста наглашен негативан став о потреби консултовања деце у овим случајевима. Истиче се да су деца у овим околностима анксиозна, да су јако несретна, заплашена и збуњена чињеницом разлаза својих родитеља, тако да њихово учешће у доношењу одлуке о њиховом поверавању може само негативно утицати на њихово психичко стање.

ће родитељ, због слабости према детету, избегавати употребу енергичних мера ради сузбијања његових негативних особина и поступака.

По породичном законодавству СР Босне и Херцеговине, консултативна способност детета заснива се на субјективном критеријуму. Тако се у чл. 95 ст. 1 истиче да ће суд узети у обзир и жеље детета ако је „оно способно да их изрази”. Према томе, узраст детета је ирелевантан пред присутном констатацијом да је дете способно да процени своје праве интересе и да их на одговарајући начин јасно и слободно изрази.

У породичном законодавству СР Србије, детету се признаје консултативна способност у овим случајевима, али се критеријум те способности не заснива изричито на субјективном, а ни на објективном критеријуму. Према томе, законодавство СР Србије оставља слободној процени суда да ли ће и када ће, с обзиром на узраст, односно душевну развијеност детета, одлучити да дете консултује поводом одлуке о његовом поверавању једном од родитеља.

3. У многим странам законодавствима је спорно да ли консултовање детета треба обавити у присуству или искључиво у одсуству родитеља. Тако, по једном становишту, изјаву детета, којом изражава своју жељу да буде поверено једном од родитеља, не треба узимати у присуству родитеља због бојазни да родитељи могу својим присуством извршити на дете притисак директним или индиректним путем, тако да његова изјава неће бити слободно и промишљено дата. По другом мишљењу, та бојазан није и не мора бити присутна.

Подељен став у овом погледу присутан је и у нашем породичном законодавству. Тако, по законодавству СР Хрватске, консултовање детета се обавља без присуства родитеља. У породичном законодавству СР Босне и Херцеговине, суд може саслушати дете у присуству као и у одсуству родитеља, а у законодавству СР Србије о начину утврђивања жеље детета нема изричитих одредаба, тако да се оставља слободној оцени суда да ли ће дете бити консултовано у присуству или одсуству родитеља.

## V. НАЧИН ВРШЕЊА РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА НАКОН СУДСКЕ ОДЛУКЕ О ПОВЕРАВАЊУ ДЕЦЕ

Када брак престане разводом не престаје родитељско право. Вршење родитељског права, доношењем одлуке о поверавању деце једном родитељу, припада родитељу коме су деца додељена. На њему лежи обавеза да подиже и васпитава децу, да управља дечијом имовином и да се брине о изражавању и заступању њихових интереса. Истовремено други родитељ, који се налази у фактичкој и правној немогућности да врши родитељско право, стиче овлашћење да одржава лични додир са својом децом. На овај начин не прекида се родитељски однос деце и родитеља са којима не живе заједно.

Лични контакти омогућавају родитељу да лакше савлада бол због одвајања деце, да према њима и даље изражава своју љубав, да прати њихов развој, да води надзор над другим родитељем у по-

гледу поступања са децом и да на одређен начин и сам доприноси њиховом васпитању. Лични контакти остварују се у различитим облицима почев од преписке и слања поклона, па до узajамног посећивања и заједничког боравка на летовање или за време школског распуста.

Начин одржавања личног контакта родитеља са децом (о времену, месту) одређују брачни другови својим споразумом. Уколико о томе не постигну сагласност, одлуку доноси надлежан суд.

Лични контакти родитеља са децом могу бити обустављени одлуком суда у пресуди о разводу брака или посебном одлуком ако су разлози за ограничење или обустављање настали после правоснажности пресуде о разводу брака. Ову другу одлуку суд доноси ако је родитељ коме су деца поверена у међувремену оболео, ако су код њега настале извесне негативне особине које га више не препоручују да се о деци непосредно брине или ако су се његове стамбене прилике у многоструке измениле на његову штету. Исто тако лични контакти деце са родитељем коме нису поверена могу бити обустављени ако се родитељ одаје неморалном или развратном животу. Даље одржавање личног контакта деце са родитељем код кога се појављују негативне особине у трајнијем облику, могу бити само од штете за њихов даљи нормалан развој и правилно васпитање.<sup>37)</sup>

Према томе, одлуку о поверавању деце родитељима суд може изменити ако нове околности налажу да се таква одлука донесе *rebus sic stantibus*.<sup>38)</sup> Интереси детета захтевају да нови промењени моменти буду усклађени са стварним потребама детета. У том смислу једном донета судска одлука не сматра се коначном, јер се ни животне прилике, као ни развој детета не могу сматрати коначним. Сама одлука о поверавању деце у функцији је интереса деце, па се у том смислу мора третирати и одлука којом се првобитна судска одлука мења.

<sup>37)</sup> др Михаило Митић, Наведено дело, Београд 1980 год. стр. 282—283.

<sup>38)</sup> др Ана Прокоп, Наведено дело, Загреб 1969 године стр. 297. У законодавству СР Хрватске (чл. 79. тач. 3. Закона о браку и породичним односима), као и законодавству СР Босне и Херцеговине (чл. 91 тач. 2. Породичног законика), одлуку о промени одлуке о поверавању деце родитељима, као и промени одлуке о начину одржавања личних контаката деце и родитеља коме деца нису поверена (чл. 83. тач. 4. Закона о браку и породичним односима СР Хрватске, односно чл. 96. тач. 2. Породичног законика СР Босне и Херцеговине), доноси орган старатељства.

У осталим републикама, односно покрајинама, у оба ова случаја, као што смо истаkali, одлуку о промени одлуке доноси суд. (Видети за промену одлуке о поверавању деце: чл. 125 ст. 4. Закона о браку и породичним односима СР Србије; чл. 78 тач. 4. Закона о браку и породичним односима СР Словеније; чл. 67. ст. 5 Закона о браку СР Црне Горе; чл. 56 ст. 4 Закона о браку СР Македоније; чл. 10 ст. 4 Закона о односима родитеља и деце САН Војводине; чл. 59 ст. 4 Закона о браку САН Косова.

За промену одлуке о начину вршења родитељског права видети: чл. 125 ст. 4 наведеног законика СР Србије; чл. 67 ст. 5 наведеног закона СР Црне Горе; чл. 56 ст. 4 наведеног закона СР Македоније, чл. 10 ст. 4 наведеног закона САН Војводине; и чл. 59. ст. 4 наведеног закона САН Косова. СР Словенија нема у овом погледу изричитих одредаба, али се надлежност суда изводи из осталих одредаба Закона о браку и породичним односима СР Словеније).

## LA REMISE AUX SOINS DES ENFANTS APRES LE DIVORCE

### Résumé

Avec le divorce cesse la vie en commun des époux. Ceux-ci se quittent et chacun va de son côté en commençant une vie nouvelle. Les moments difficiles causés par les désaccords des époux tombent petit-à-petit dans l'oubli.

Pourtant, le divorce ne signifie pas seulement la cessation des rapports entre époux, n'est pas seulement la fin de l'union conjugale, mais signifie aussi le commencement des rapports spéciaux entre les époux divorcés et leurs enfants. Le divorce entraîne la rupture d'une famille qui peut avoir de graves conséquences sur le développement psychique des enfants. C'est pourquoi, tout dépend de l'arrêt judiciaire sur la remise aux soins des enfants aux parents après le divorce, du critérium qui sont à cet effet pris en considération, de l'engagement des intérêts communs et, avant tout, de ceux des enfants en question, de la façon-même comment les rapports entre parents et enfants ont été entretenus après le divorce prononcé, et tous ces faits ont une valeur décisive sur la vie des enfants. Tous ces facteurs peuvent faire éviter ou bien sensiblement réduire les conséquences difficiles du divorce des parents.

La littérature mondiale souligne, à bon droit, que la décision du pouvoir législatif, c'est-à-dire, l'autorité compétente qui décide de la remise aux soins des enfants après le divorce a l'une des tâches les plus difficiles et les plus délicates à exécuter parmi d'autres qui suivent le divorce. Il s'agit là de l'avenir des enfants mineurs et la décision est difficile à prendre. Aussi, faut-il comprendre le souci du législateur lors des mesures législatives qu'il doit prendre pour la protection des intérêts moraux et matériels des enfants.

La décision prise pour la garde des enfants et leur futur éducation après le divorce de leurs parents est d'abord et avant tout confiée aux parents et à leur accord mutuel. Si les parents ne sont pas d'accord sur ce point là, ou si cet accord n'est pas conforme aux intérêts des enfants, c'est le tribunal qui, par son arrêt dans la procédure régulière de divorce, prend la décision et confie les enfants à l'un des époux.

Selon la législation de nos républiques et celle des régions autonomes, le critérium fondamental pour la remise des enfants à l'un des parents après le divorce est fondé sur l'intérêt-même des enfants et ce critérium est décomposé en composantes suivantes: critérium basé sur l'enfant, celui basé sur les parents; et, finalement, on reconnaît à l'enfant le droit de donner son opinion, en lui reconnaissant ses compétences consultatives à ce sujet.