

Гордана Б. Ковачек Стјанић  
 Универзитет у Новом Саду  
 Правни факултет у Новом Саду  
 G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs

Сандра О. Самарџић  
 Универзитет у Новом Саду  
 Правни факултет у Новом Саду  
 Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs

## ДА ЛИ (ПОРОДИЧНО) ПРАВО ШТИТИ ПОРОДИЦУ?\*

**Сажетак:** *Иако не можемо занемарити чињеницу да право на извесан начин утиче на породицу од самог почетка иако што одређује ко се све смајра чланом породице, каква су њихова међусобна права и обавезе, на који начин се одређени односи заснивају, а на који пресјају, модерно схваћање породице ипак нужно подразумева поштовање изузетно широког поља породичне, односно родитељске аутономије. Овакво схваћање би могло, у најекстремнијем виду, имати за последицу тојово поштовање одговорности државе, односно правног система за све што се догоди у породици. У наведеном смислу, примене су сасвим слабе формалноправне обавезе државе у предузимању активне улоге на оснаживању породице, а у пракси практично нејостојање било каквог ангажовања државе на јачању веза у оквиру породице пре него што до извесних проблема дође.*

*Са друге стране, ако неко има пошенијал да заштити породицу и њене чланове, онда је то свакако правни систем. Заштити породице не сме да се сведе само на ишање како то учинити, већ и у ком тренутку, иј. да ли заштити и развијање здравих породичних односа мора бити ишање којим се треба бавити многу раније, чак и пре него што се породица формира. У том смислу, нарочити значај моју имати саветовалишта, односно разговори са компетентним лицима. Такође, иако су нашој култури релативно стари, популаризација предбрачних уговора и уознавање будућих суружника, односно*

\* Рад је настао као резултат рада на научно-истраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови” чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

ванбрачних партнер са могућностима које овај уговор пружа, може допринети избегавању каснијих имовинских спорова. У овом раду, фокус ће, међутим, бити на извесним решењима која могу помоћи у ситуацијама када већ дође до поремећаја односа између чланова породице, односно између сујужника или ванбрачних партнера.

Сваки покушај смиревања ситуације, односно умереној и опрезној интервенисања у породичним односима првенствено се може постићи инсистирањем на одређеним алтернативним начинима решавања спорова. Поред тога, постојање специјализованих судија, као и адвоката, који би спровели значајне промене у систему образовања будућих правника, али и у домену праксе, иакође може у великој мери допринети наведеном циљу.

На крају, и одређене измене у области породичног материјалног права иакође могу имати велики значај.

У том смислу, овај рад се првенствено фокусира на поједина решења предложена у теорији, њихову анализу у контексту српског законодавства, као и на могуће даље промене домаћих прописа. Наиме, иако су неки предлози већ нацрти своје место у позитивном законодавству Србије, остаје неизвесно у којој мери су ове одредбе примењене и да ли заиста доприносе одржавању стабилних породичних односа у ситуацијама када су односи озбиљно нарушени.

**Кључне речи:** породично право, медијација, вршење родитељског права, породични спорови.

## АУТОНОМИЈА – ИЗЛАЗАК ПОРОДИЦЕ ИЗ ОКРИЉА ДРЖАВЕ

Положај који чланови породице данас имају, резултат је дугогодишње борбе појединца да се ослободи свих стега наметнутих од стране државе. Пре ових промена, и породица је била та којој је био пружен изванредан степен аутономије. Одрасли чланови породице, односно родитељи, били су у том смислу одговорни за своју децу, јер је породица „дуговала држави грађане”.<sup>2</sup> У складу са тим, породица је посматрана као ентитет који мора да делује у складу са општим циљевима који су били постављени. Међутим, развојем идеје о људским правима, почела је и борба за права појединаца, која се огледала у све већој индивидуализацији, односно у окретању ка личним интересима, које појединац сам обликује и сматра релевантним, невезано од потреба друштва. Тако се одрасли појединац ослобађа принуде и самостално поставља, како своје личне циљеве, тако и циљеве своје породице. У таквој

<sup>2</sup> Жан Жак Русо, *Емил или о васпитању*, књ. I, Књижевница Рајковића и Ђуковића, Београд – Теразије, 1925, 36.

констелацији, слободан је и да децу васпита онако како сматра одговарајућим. И не само да се закон, односно држава, сматра непримереним актером у сфери породичноправних односа, него је закон чак посматран као нешто, од чега децу треба заштити, а родитељи су, разуме се, били ти који такву заштиту могу да пруже на најадекватнији начин. Тако и Голдштајн (Goldstein) истиче да ниједан судија није припремљен, а нарочито не у обавези, као што су то родитељи, да лично преузме одговорност за свакодневну негу која је потребна детету као последица његовог личног избора у погледу вредности неког животног стила.<sup>3</sup> Чак и да право није тако неспособно, не постоји основ за претпоставку да би одлуке оних који то раде уместо родитеља у вези са потребама детета, биле боље (или подједнако добре) од одлука самих родитеља. Само магично размишљање ће дозволити порицање ове очигледне, али често игнорисане, истине о реалним границама права.<sup>4</sup>

У складу са наведеним схватањима, право родитеља на аутономију обухвата право одраслих чланова породице да донесу важне одлуке о подизању и образовању деце у оквиру те породице, односно оно даје право одраслима да не дозволе неоправдано задирање у домен породице.<sup>5</sup> Осим о праву на аутономију, може се говорити и о принципу самоодређења који подразумева могућност да субјекти породичноправних односа сами уреде своје односе, партнерске и родитељске. У породичном праву овај принцип трпи знатна ограничења која су условљена карактером породичних односа као личних, те потребом да се заштити слабији учесник, било да се ради о слабијем партнеру или да се ради о детету коме је потребна заштита која проистиче из самог његовог статуса.<sup>6</sup> Чињеница да породица познаје своје вредности и приоритете боље него било ко други и да је породица та која ће, више него било ко други, морати да живи са последицама својих одлука,<sup>7</sup> разлог је зашто би право морало да поклони родитељима поверење. Па ипак остаје питање да ли су породице у потпуности упознате са могућим проблемима који могу настати и да ли им треба дозволити потпуну слободу да одлучују искључиво на основу својих ставова о овим вредностима.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Joseph Goldstein, „Medical Care for the Child at Risk: On State Supervention of Parental Autonomy”, *Yale Law Journal*, Vol. 86, 1977, 667; [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=3449&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=3449&context=fss_papers), 15.11.2020.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> David Archard, *Children, Rights and Childhood*, Routledge, London – New York, 2004, 167.

<sup>6</sup> Више о принципу самоодређења у: Гордана Ковачек Станић, „Принцип самоодређења у породичном праву кроз историју и данас”, *Зборник Мајице српске за друшћивене науке*, 2004, бр. 116-117, 159-178.

<sup>7</sup> Beverly Kelsey, „Shall These Children Live?”, A Conversation with Dr. Raymond S. Duff, *Reflection, Yale Divinity School Magazine*, No.72, Jan.1975, 4-7; према: J. Goldstein (1977), 656.

<sup>8</sup> Beverly Kelsey, Raymond S. Duff, „Which Infants Should Live? Who Should Decide?”, *The Hastings Center Report*, Vol. 5, No. 2, 1975, 5-8.

Поступци родитеља тешко да се могу променити моралним или правним примедбама, јер су они аутоматизовани и несвесни.<sup>9</sup> Оно што може помоћи, јесте покушај да родитељи схвате значај одређеног понашања, односно да осете потребу да своје принципе преиспитају.<sup>10</sup> Право, тачније правни систем, не може да створи правилне родитељске импулсе/мотиве. Утолико је изузетно потребно да родитељима буду пружене праве информације, јер прећуткивање, односно потреба да се у неким ситуацијама остане индиферентан, како би одлуку донели родитељи самостално, може да донесе много више штете него користи. У ситуацијама које не подразумевају доношење одлука о „животу и смрти”, свакако да не постоји оправдање за уплитање у породичну приватност, нити постоји оправдање за ограничавање родитељске аутономије или аутономије деце која су достигла одређену зрелост,<sup>11</sup> али пружање потпуне слободе може имати далекосежне негативне последице по децу. Можемо рећи да родитељска права имају апсолутни карактер, који може бити нарушен само у одређеним случајевима, када држава може да интервенише како би заштитила најбољи интерес детета,<sup>12</sup> односно интересе чланова породице чија права су угрожена. Наиме, без обзира што је породици пружена извесна аутономија, право и даље остаје присутно, сада као механизам који настоји да пружи одговарајућу помоћ у ситуацијама када се породица суочи са извесним проблемима.

Чињеница је да су стабилне, здраве породице (и односи у породици) предуслов за добробит како човека као појединца, тако и за друштво у целини. Чини се да ова очигледна тврдња, заправо није лако остварива и да велики број појединаца не добија од своје породице довољно квалитетну основу која представља темељ за изградњу јаке, продуктивне и задовољне личности.

Изазови данашњице и проблеми који се развијају унутар породица су бројни, и могло би се рећи да је већина њих присутна одувек. Незапосленост, сиромаштво, ванбрачна деца (где се компликује однос родитеља према деци, уколико родитељи немају никакав контакт, нити су икада засновали заједницу), па и породично насиље, само су неки од проблема са којима се и модерне породице суочавају.

Међутим, како је већ напоменуто, иако је и даље владајуће мишљење да је породица аутономна и да је било какво уплитање у ту сферу недопуштено,

---

<sup>9</sup> Andrew S. Watson, „Children, Families, and Courts: Before the Best Interests of the Child and Parham v. J. R.”, *Virginia Law Review*, Vol. 66, 3/1980 (The P. Browning Hoffman Memorial, Symposium on Law and Psychiatry), 653-679.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> J. Goldstein (1977), 664.

<sup>12</sup> Зоран Поњавић, „Пристанак детета на медицинску негу – између аутономије и патернализма”, *Правни животи*, 10/2013, 93.

овакво схватање би могло, у најекстремнијем виду, имати за последицу готово потпуно одсуство одговорности државе, односно правног система за све што се догоди у породици. У наведеном смислу, приметне су сасвим слабе формалноправне обавезе државе у предузимању активне улоге на оснаживању породице, а у пракси практично непостојање било каквог ангажовања државе на јачању веза у оквиру породице пре него што до извесних проблема дође. На крају, и у моменту када проблеми наступе, а учешће државе постане неизбежно, поставља се питање да ли држава заиста поступа на најбољи могући начин, односно да ли постоје механизми који би овај захтеван задатак олакшали, односно унапредили. Наиме, чини се да у моменту када проблеми наступе, држава почиње да реагује, али по правилу на начин који, већ поремећене односе међу члановима, још више проблематизује и одводи далеко од решења.

Имајући то у виду, у теорији наилазимо на схватања да је потребно унети одређене измене у области материјалног односно процесног права, у вези са питањима која се односе на породицу и породичне односе, у циљу покушаја очувања што бољих породичних односа, који могу бити значајно нарушени након развода брака, односно престанка ванбрачне заједнице.

## МЕДИЈАЦИЈА – ИЗЛАЗАК ПОРОДИЦЕ ИЗ ОКРИЉА СУДОВА

Могли бисмо рећи да решење које право нуди у моменту настанка проблема, заправо подразумева даље конфронтирање сукобљених страна. Наиме, готово једини пут, или макар онај који се најчешће нуди завађеним странама, јесте улазак у судски поступак, чије трајање и исход остају непознанице до самог краја.

Традиционално поимање судског спора подразумева пре свега постојање једне „објективне истине” која представља основ за доношење коначне одлуке од стране овлашћеног органа – суда.<sup>13</sup> Поред наведеног, спор подразумева две стране које се налазе на дијаметрално супротним позицијама у односу на предмет спора, које током целог процеса настоје да побољшају своју позицију како би у коначном исходу однеле победу, а која углавном подразумева да друга страна у сразмерној мери губи. Већ ове почетне позиције чине да судски процес не може представљати довољно добар пут којим се спорни односи међу партнерима разрешавају, већ напротив, то неминовно води њиховом даљем погоршању, будући да ће једна страна увек осећати да јој је нанета одређена неправда. Све наведено говори у прилог

---

<sup>13</sup> Владан Јовановић, Правни оквир примене медијације у Србији, у: *Медијација – њринцији, њроцес, њримена*, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 171.

томе да судски поступак, онако како је тренутно конципиран, нема капацитете да омогући даље, несметано функционисање породице, која је претрпела одређену транзицију, бар не у ситуацији када су односи међу члановима породице значајније поремећени.

Са друге стране, одређени алтернативни начини решавања спорова, попут медијације, односно посредовања пружају супротстављеним странама могућност да уз помоћ треће, у потпуности непристрасне стране, покушају да идентификују основне проблеме и да затим, заједнички, разговором, дођу до решења које ће бити прихватљиво за све. Ради се о алтернативи формалног поступка, који се одвија на суду и завршава судском одлуком.<sup>14</sup> У поступку медијације, одлука представља резултат договора самих учесника у поступку, а не схватања суда.<sup>15</sup>

Другим речима, медијација је поступак решавања сукоба у ком непристрасна, трећа страна, која нема овлашћење да доноси обавезујуће одлуке, интервенише у сукобу или спору како би помогла странама да побољшају своје односе, односно комуникацију и тако постигну обострано прихватљив споразум о предмету спора.<sup>16</sup>

Поступак посредовања (медијације) инхеретан је принципу самоодређења. У овом поступку супружницима се пружа помоћ у смислу њиховог помирења, тако да до развода ни не дође, али ако се овај први циљ не оствари, супружницима се пружа помоћ да постигну споразум о свим последицама развода брака. У прописима који су важили у Србији пре II светског рата поступак мирења је такође био регулисан, али само са једним циљем – помирења супружника (Брачни правилник Српске православне цркве).<sup>17</sup>

Медијација може да се спроводи у готово свим областима права, али сматра се да се највише примењује баш у области породичних односа и то у области развода.<sup>18</sup>

Овај вид поступања породици пружа алтернативу која не подразумева конфронтацију две стране, већ њихову сарадњу и која доприноси прилаго-

---

<sup>14</sup> Владан Јовановић, Тамара Џамоња Игњатовић, „Алтернативно решавање спорова и преговарање”, у: *Медијација – њринцији, ѡроес, ѡримена*, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 51.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass, San Francisco, 2014, 31.

<sup>17</sup> Г. Ковачек Станић (2004), 169.

<sup>18</sup> Поступак медијације наравно, као облик интервенисања, могућ је и у другим врстама проблема и конфликта као што су конфликти између сродника и деце, конфликти у вези са издржавањем; конфликти настали у хранитељским породицама; проблеми који настају око успостављања веза са биолошким родитељима и сл. Вера Деспотовић Станаревић, *Медијација у случајевима развода/раздвајања*, у: *Медијација – њринцији, ѡроес, ѡримена*, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 276.

ђавању свих чланова на околности настале након развода супружника, односно разлаза ванбрачних партнера, а нарочито успостављању здравих односа између деце и оног родитеља који не врши родитељско право.<sup>19</sup> Поступак медијације може бити користан само за решавање питања везаних за децу или свеобухватан, када поред решавања старања и виђања деце са родитељима, подразумева и решавање имовинских питања међу партнерима.<sup>20</sup> Крајњи циљ медијације у случају када постоје деца, јесте редефинисање породичних односа како би се заштитио најбољи интерес детета, будући да родитељи који више нису у браку или ванбрачној заједници и даље треба да сарађују око подизања деце и унапређивања односа са њима.<sup>21</sup> Као што је речено, за разлику од судског поступка, где коначну одлуку доноси судија, у поступку медијације стране су те које доносе одлуку у виду споразума, док је улога медијатора, као потпуно неутралне стране, да контролише поступак и омогући постизање коначног споразума. На крају, свакако да ни финансијски аспекти нису занемарљиви, будући да медијација представља далеко повољнији и краћи поступак.

Породични закон из 2005. године, по први пут уводи поступак посредовања у област породичног права<sup>22</sup> који се спроводи уз поступак у брачном спору који је покренут тужбом једног од супружника (чл. 230 ст. 1)<sup>23</sup>. Наиме, у ситуацији када су супружници закључили писмени споразум о разводу, подразумева се да поступак посредовања губи свој смисао, осим, евентуално као покушај мирења супружника, али се чини да би то био сувишан корак, који су супружници сигурно имали у виду пре него што су споразум о разводу закључили. Поред ситуације када постоји споразум, посредовање се не спроводи ни у ситуацијама када један од супружника не пристане на посредовање, ако је један од супружника неспособан за расуђивање, ако је боравиште једног од супружника непознато, те ако један или оба супружника живе у иностранству (чл. 230).

<sup>19</sup> Robert E. Emery, David Sbarra, Tara Grover, „Divorce mediation: Research and Reflections”, *Family Court Review*, Vol. 43(1), 2005, 22-37

<sup>20</sup> В. Деспотовић Станаревић, 276.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Видети чл. 229 до 246 Породичног закона (Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС* бр. 18/05, 72/2011 – др. Закон и 6/2015)

<sup>23</sup> У наш правни систем, медијација је уведена 2004. године Законом о парничном поступку (Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 111/2009.), а затим је 2005. донет и Закон о посредовању – медијацији (Закон о посредовању – медијацији, *Службени гласник РС* бр. 18/05), чији је предмет регулисања била искључиво медијација. Овај пропис је касније замењен Законом о посредовању у решавању спорова из 2014. године (Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС* бр. 55/2014). Породични закон представља *lex specialis*, те се одредбе Закона о посредовању у области брачних спорова примењују само у делу који није регулисан Породичним законом.



Према закону, посредовање по правилу, спроводи суд, с тим да судија који руководи посредовањем не може учествовати у доношењу одлуке у некој каснијој фази поступка, осим ако је посредовање успело (чл. 231). Судија који руководи посредовањем дужан је да препоручи супружницима да се подвргну и психо-социјалном саветовању. Ако супружници пристану на то, суд ће на њихов предлог, или уз њихову сагласност, поверити посредовање надлежном органу старатељства, брачном или породичном саветовалишту, односно другој установи која је специјализована за посредовање у породичним односима (чл. 232). Сам поступак посредовања, заправо се састоји од две фазе, а то су фазе мирења и нагодбе. Сврха мирења јесте да се поремећени однос супружника разреши без конфликта и без развода брака (чл. 234), док је сврха нагодбе да се поремећени однос супружника разреши без конфликта након поништења или развода брака (чл. 241). Породични закон заправо предвиђа три различите методе (психо-социјално саветовање, мирење и нагодбу) за решавање конфликта међу партнерима, иако само нагодба заправо подразумева медијацију у њеном уобичајеном значењу.<sup>24</sup> Наиме, како неки аутори сматрају, нецелисходно је поступак нагодбе условљавати претходно неуспелим поступком мирења.<sup>25</sup> Иако је поступак медијације уведен у правни систем пре више од 15 година, чини се да још увек потцењен и да представља пре изузетак, него правило у брачним споровима. Разлози за овакав статус поступка медијације са једне стране могу се тражити у његовој недовољној афирмацији и упознавању опште јавности са користима које овај поступак носи, док са друге стране, разлог се може крити и у чињеници да се појединци за савет у највећем броју случајева најпре обраћају адвокатима, који у овом поступку не виде довољан простор за своју улогу, односно корист. Коначно, било који разлози да су узрок недовољне примене поступка медијације, они би морали бити превазиђени утицајем који судија у поступку има, те би његова улога у упознавању странака са могућностима самог поступка, па у коначном и у упућивању на поступак медијације морала бити од пресудног значаја.

У том смислу, чини се да би у тренутним околностима, било неопходно озбиљније унапредити промоцију и афирмацију поступка посредовања. То пре свега подразумева активније учешће судија приликом представљања предности и значаја овог поступка, а затим и увођење извесних промена у области образовања будућих правника, који ће се на један свеобухватан начин упознати са значајем поступка медијације у случајевима „породичних транзиција”, када је конструктивно редефинисање односа, кључ за будуће здраво функционисање породице, односно њених чланова.

<sup>24</sup> В. Јовановић, 163.

<sup>25</sup> *Ibid.*



На крају, можемо поставити и питање да ли би било оправдано предвидети обавезан поступак медијације (макар за оне случајеве развода, односно разилажења где постоје малолетна деца), који би заправо био својеврсна фаза која би имала веће шансе за успех када би се спровела пре формалног покретања бракоразводног поступка.<sup>26</sup> Чињеница је да је недостатак комуникације основ већине поремећених односа, те би покушаји успостављања здравих основа, свакако био користан корак, без обзира у ком правцу се касније кретао сам поступак.<sup>27</sup>

### СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈА – ИЗЛАЗАК ИЗ ОКВИРА ТРАДИЦИОНАЛНОГ ПРАВНОГ ОБРАЗОВАЊА

Велику промену у породичним, односно брачним споровима могу донети адвокати. Као што је већ речено, у ситуацији када развод постане изванредан, партнери се најчешће прво обраћају управо адвокатима. Уколико и њихов приступ насталом проблему подразумева даље супротстављање партнера, односно потребу да докажу да је њихова странка у праву и да по сваку цену обезбеди њену победу, тешко да је каснија сарадња међу родитељима могућа. Наравно, у овим случајевима највише штете и патње доживљавају они, чији би интереси морали бити приоритет свима, а то су деца. Неретко адвокати заборављају и да је супротна страна заправо неко, са ким ће њихов клијент и након развода, односно престанка ванбрачне заједнице морати да сарађује дуги низ година.<sup>28</sup> Са циљем уношења промене и истицања да је породица један систем који наставља да функционише и након промена које наступе, а које подразумевају раздвајање партнера, па самим тим и деце од једног родитеља, 2004. године група професора, судија и адвоката, психолога, медијатора и других стручњака који се претежно баве породичним правом у САД,

---

<sup>26</sup> Упоредноправно посматрано, медијација је обавезна (обавезан је долазак на медијацију) у Норвешкој, ако супружници имају децу из тог брака млађу од 16 година. Више о упоредном праву Г. Ковачек Станић, (2004).

<sup>27</sup> Интересантно је овде поменути тзв. Центре за породичне односе који су основани у Аустралији. Ради се о центрима који пружају помоћ како породицама које су раздвојене, тако и оним које пролазе кроз тежак период. Сами центри налазе се на приступачним местима попут шопинг моллова, те су самим тим лако доступни и настоје да пруже савете појединцима, односно породицама како да превазиђу одређене проблеме и на тај начин избегну судске поступке. За парове који су се недавно разишли, циљ је осмислити краткорочни план који ће омогућити лакши прелазак и прилагођавање новонасталим околностима. Цео пројекат финансиран је од стране државе, док центре воде невладине организације које су специјализоване за поступке медијације и породичног саветовања; према Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge University Press, 2011, 187-188.

<sup>28</sup> C. Huntington, 141.

покренула је пројекат под називом FLER (Family Law Education Reform)<sup>29</sup> чији циљ је пре свега био усвајање новог курикулума на правним факултетима који је подразумевао припрему будућих правника за обављање правничке делатности у области породичних спорова. То је пре свега обухватало упознавање са могућностима алтернативног начина решавања спорова, али и инсистирање на томе да правници који се буду бавили породичним правом морају настојати да реконструишу породицу тако да омогуће њено будуће функционисање.

Реформа правног образовања, свакако да није довољна и да може представљати само почетак даљих промена, које ће у крајњем циљу довести до потпуне трансформације тока породичних спорова, у смислу избегавања судске арене као традиционалног окружења. Оно што представља логичан след оваквих промена свакако би била даља едукација, односно специјализација како судија, тако и адвоката. Неки правни системи, већ познају специјализоване судове за породичне спорове, који се баве искључиво овом проблематиком.<sup>30</sup> Наш правни систем, још увек не познаје специјализоване породичне судове, али је препознао специфичност породичних спорова и потребу за извесном специјализацијом. Тако је најпре Породичним законом<sup>31</sup>, а касније и изменама Закона о парничном поступку<sup>32</sup> предвиђена специјализација судија. Наиме, Закон о парничном поступку предвиђа да судије које суде у првом и другом степену у парничном поступку у вези са породичним односима морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета (чл. 35 ст. 5). Поред наведеног, за породичне спорове предвиђена је надлежност трочланог већа, како у првом тако и у другом степену, с тим да у првом степену суди веће од једног судије и двоје судија поротника, а у другом степену специјализовано веће састављено од троје судија. Поред поменуте специјализације која се односи на судије и судије поротници

---

<sup>29</sup> Овај пројекат спонзорисан је од стране Удружења породичних судова и Правног центра за децу, породицу и право Хофстра са основном идејом да се смањи јаз између теорије и праксе породичног права. Више о самом пројекту видети на <https://www.flerproject.org> 12.12.2020.

<sup>30</sup> Идеја породичних судова датира још из 19. века. Зачеци идеје о породичним судовима налазимо најпре у Енглеској, а затим, касније и у САД, која уз Уједињено Краљевство има високо развијен систем породичних судова и већа. Поред наведеног и Јапан је једна од земаља чији правосудни систем има врло добро инкорпориран породични суд и специјализоване судије за разводе брака. Видети више у Тања С. Митровић, „Специјализација судија за решавање брачних спорова”, *Право – теорија и пракса*, бр. 10–12, 2019, 21–22.

<sup>31</sup> Специјализација судија била је предвиђена чланом 203 Породичног закона, али је доношењем Закона о парничном поступку из 2011. године престао да важи поменути члан Породичног закона.

<sup>32</sup> Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

се бирају из редова стручних лица која имају искуства у раду са децом и младима.<sup>33</sup> Специјализација судија, од изузетног је значаја за квалитет самог суђења, будући да се ради о односима који су по свом карактеру лични, те захтевају посебна знања и посебан сензибилитет.<sup>34</sup>

О посебним способностима лица која спроводе мирење водило се рачуна и у прописима који су важили у Србији пре II светског рата. Тако је у Брачном правилнику Српске православне цркве било одређено да: „Свештеник врши покушај мирења међу завађеним брачним друговима очински и благо, као своју пастирску дужност” пар 192.<sup>35</sup>

Програм стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступцима у вези са породичним односима има за циљ да судије добију додатна теоријска и практична знања из области права детета и стекну вештине потребне за стручно и ефикасно суђење у поступцима у вези са породичним односима, и да добију потребна стручна социјална и психолошка знања која ће им помоћи да боље разумеју породичне проблеме те да се оспособе да успешно суде у складу са најбољим интересом детета.<sup>36</sup> Специјализација судија треба да осигура дубинско познавање правне материје, професионализацију, већу стручност, искуство и усклађивање судске праксе.<sup>37</sup> Поред наведеног, специјализација доприноси квалитету судских одлука, повећава ефикасност правосуђа, и требало би да повећа ниво поверења грађана у правосуђе.<sup>38</sup>

Корак даље, представљала би и извесна промена у поступању адвоката. Аутори Роналд Гилсон и Роберт Мнукин (Ronald Gilson, Robert Mnookin) истражујући поступања адвоката у појединим америчким градовима попут Сан Франциска и Њујорка дошли су до закључка да у мањим срединама, међу адвокатима који се баве породичним споровима постоји жеља за кооперативним понашањем, уместо жеље за победом и такмичењем у парници.<sup>39</sup> Оваква тенденција заправо је последица чињенице да се у мањим срединама адвокати међусобно чешће срећу у судницама, те се самим тим боље познају и имају простора да стварају репутацију некога ко је спреман на сарадњу, пре него на сурову борбу.

<sup>33</sup> Гордана Ковачек Станић, *Породично право: паринерско, деце и стипендијско право*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2014, 169.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Г. Ковачек Станић (2004), 170.

<sup>36</sup> Вид. члан 2 Правилника о програму и начину стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступцима у вези са породичним односима, *Службени листник РС* бр. 44/2006.

<sup>37</sup> Т. Митровић, 19.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Ronald J. Gilson & Robert H. Mnookin, *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation*, *Columbia Law Review* 94, 1994., 538.

Међутим, овакво поступање подразумева само жељу појединих адвоката, која не мора бити услишена од друге стране. Да би овакав модел понашања заживео, неопходно је да већина адвоката разуме и прихвати да је начин поступања у породичним споровима битно другачији и да не подразумева супротстављеност две стране, већ да главни задатак мора бити подстицање комуникације међу партнерима као супружницима са једне, али и као родитељима са друге стране и усмеравање преговора ка мирном решавању спора.

Недостатак наведеног приступа, превазишао је адвокат из Минеаполиса Стјуарт Веб (Stewart Webb) који се бавио адвокатуром 25 година и то највећим делом породичним споровима. Након овако богатог искуства, Веб је остао разочаран у право, пре свега природом поступка који чланове породице поставља као противнике. Као резултат његовог рада, развијен је модел за решавање породичних спорова, где је споразум постављен као основни циљ коме треба тежити. Овај модел, познат и као колаборативно право (collaborative law), подразумева истовремено учешће страна и њихових адвоката који су спремни да преговорима покушају избећи судски поступак.<sup>40</sup>

Попут посредовања, колаборативни развод је процес у којем супружници преговарају о прихватљивом споразуму уз одређену стручну помоћ. Уместо да се у поступак укључи један, неутралан посредник супружници у овом случају ангажују посебно обучене адвокате који их заступају и саветују и помажу у преговарању и постизању споразума. Обично оба супружника и њихови адвокати потписују посебан споразум којим се од адвоката тражи да се повуку из случаја ако се не постигне поравнање и случај ипак заврши на суду. Колаборативни развод може укључивати и друге стручњаке, као што су стручњаци центра за социјални рад или порески саветници, који су посвећени пружању помоћи у решавању случаја без парнице. Иако се могу учити извесне сличности са поступком посредовања, одређене разлике ипак постоје. Као што је истакнуто, у поступку медијације, поред самих страна укључен је и посредник чија улога је у потпуности неутрална и који нема капацитет да предлаже могућа решења, већ да својом стручношћу наводи стране да сам дођу до прихватљивих опција. Са друге стране, колаборативни развод подразумева да сваку страну заступа адвокат и чија улога је далеко активнија. Имајући то у виду, овај поступак може више одговарати оним особама које сматрају да нису у стању да заступају своје ставове самостално и које сматрају да је друга страна далеко доминантнија и да се

---

<sup>40</sup> Од 1990. године, када се овај вид решавања спорова појавио, прихваћен је у већем делу Сједињених Америчких Држава, Европе, Канаде и Аустралије. Више од 22.000 правника широм света обучено је за учествовање у овој врсти поступака из најмање 46 држава. У неким земљама овај поступак постао је примарни за решавање развода, решавање стамбених и других породичних спорова.

у таквој констелацији неће успешно заузети за сопствени положај у поступку медијације. Поред наведеног, у поступак колаборативног развода могу да се укључе и други стручњаци који могу допринети постизању коначног споразума. На крају, адвокати који су укључени у поступак колаборативног развода не могу ни под којим условима, заступати своје клијенте пред судом уколико не буде постигнут споразум.

## АПРОКСИМАЦИЈА – УНАПРЕЂЕЊЕ ПОСТОЈЕЋЕГ МАТЕРИЈАЛНОПРАВНОГ ОКВИРА

Као што је и истакнуто, највећи проблеми у области породичног права настају у споровима који се тичу одлучивања о вршењу родитељског права, односно када се ради о питањима која се тичу деце.

Према позитивном законодавству, након развода брака, односно престанка ванбрачне заједнице, вршење родитељског права може бити заједничко или самостално. Као неопходан услов да би било одређено заједничко старање, неопходан је писмени споразум родитеља.<sup>41</sup> Поред тога, родитељи могу да се споразумеју да ће родитељско право вршити један од њих самостално. Међутим, уколико међу родитељима не постоји споразум, одлуку о начину вршења родитељског права доноси суд примењујући различите критеријуме.<sup>42</sup> Међутим, Породични закон не наводи прецизне критеријуме које судија узима у обзир приликом доношења одлуке о самосталном вршењу родитељског права, али будући да су отац и мајка равноправни у вршењу родитељског права, није дозвољено а priori дати предност једном од родитеља.<sup>43</sup> Поред тога, Породични закон истиче и да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета (чл. 6 ст. 1). Уколико се ради о детету које је навршило 15 година и које је способно за расуђивање, Породични закон предвиђа да оно има право да одлучи са којим родитељем ће живети. На овај начин, закон заправо жељу

---

<sup>41</sup> Гордана Ковачек Станић, Сандра Самарџић, Милица Ковачевић, „Развод брака и заједничко родитељско старање као последица развода брака у теорији и пракси”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1285–1303. Више о заједничком вршењу родитељског права у: Гордана Ковачек Станић, „Најбољи интерес детета: Законска претпоставка за одређивање наизменичног боравања детета као облика заједничког вршења родитељског права”, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније: њемајски зборник*. Књ. 3 [главни и одговорни уредник Ранко Кеча], Нови Сад, Правни факултет, 2015, стр. 137-156.

<sup>42</sup> Гордана Ковачек Станић, Сандра Самарџић, „Критеријуми за одлучивање о вршењу родитељског права после развода брака у теорији и пракси”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 869–890.

<sup>43</sup> *Ibid.*

детета поставља као један од критеријума за одлучивање о поверавању детета једном од родитеља на самостално старање.<sup>44</sup>

Међутим, и поред наведеног, коначна одлука зависи од низ других фактора, који њено доношење чине нимало лаким задатком. Наиме, када родитељи не постигну споразум о начину вршења родитељског права, у највећем броју случајева, за помоћ се обраћају суду. Чињеница да судски поступак поставља (бивше) супружнике, односно родитеље на супротстављене позиције свакако да само још додатно отежава ионако деликатне односе. У поступак се по правилу укључује и Центар за социјални рад<sup>45</sup>, чији задатак се, поједностављено говорећи, сасвим погрешно своди на давање мишљења који родитељ је „бољи”, подстичући тако родитеље на својеврсно такмичење. Не дешава се ретко да у оваквим ситуацијама дође и до лажног пријављивања за насиље у породици, како би се положај родитеља, бржег у пријављивању, привидно побољшао. Поред тога, веома често родитељи управо преко деце виде начин да се освете бившем партнеру, занемарујући у потпуности интересе деце, који би морали бити од пресудног значаја.<sup>46</sup> Чињеница је да у ситуацијама када се бракоразводни поступци покрећу, односи међу партнерима већ су одавно поремећени, али чини се да би одређена правна решења могла допринети заустављању даљих конфликта, односно реструктурирању породице за будуће потребе.<sup>47</sup>

Наиме, ауторка Елизабет Скот (Elizabeth Scott) је још 1992. године изнела идеју која би могла да допринесе смањивању тензија међу родитељима будући да би они унапред могли знати какву одлуку могу да очекују, имајући у виду њихово претходно понашање.<sup>48</sup>

Како ова ауторка истиче, одлучујући о вршењу родитељског права, можемо наићи на заговорнике две врсте модела. Најпре, са једне стране су они који фаворизују самостално вршење родитељског права, пре свега од стране

<sup>44</sup> *Ibid.* Такође, ПЗС предвиђа да се мишљењу детета мора посветити дужна пажња у свим питањима која га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима, а у складу са његовим годинама и зрелошћу (чл. 65, ст. 3).

<sup>45</sup> У Породичном закону Србије је предвиђено да је суд дужан да затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима, пре него што донесе одлуку о заштити права детета или о вршењу односно лишењу родитељског права (чл. 270).

<sup>46</sup> У једном поступку који је вођен ради утврђивања начина вршења родитељског права, отац је од мајке одвојио дете са непуних годину дана док је још увек сисало и током првостепеног поступка био је истрајан да онемогући мајци да виђа дете без оправданих разлога. *Пресуда Ајелационој суда у Новом Сагу бр. Гж2. 167/18 од 12. априла 2018. године, Библија Ајелационој суда у Новом Сагу, 9/2018, 94-96.*

<sup>47</sup> Clare Huntington, *Failure to Flourish: How Law Undermines Family Relationships*, Oxford University Press, 2014, 125.

<sup>48</sup> Elizabeth S. Scott, Pluralism, „Paternal Preference, and Child Custody”, *California Law Review*, Vol. 80, 1992.

мајке, будући да признају и подржавају улогу мајке као примарног родитеља, односно чињенице да су мајке те које на самом почетку успостављају ближи однос са децом. Са друге стране су они који потенцирају заједничко вршење родитељског права, а који настоји да истакне значај, односно једнакост оба родитеља у одгајању детета.

Међутим, заговарање једног или другог модела, заправо не узима у обзир најбољи интерес детета, будући да занемарује, или бар чини споредним, улогу коју су родитељи имали у одгајању детета пре него што је до разилажења међу родитељима дошло. Поред тога, како Скот истиче, давање предности мајкама заправо ојачава стереотипно схватање према којем су само мајке те које треба да брину од деци. Са друге стране, потенцирање заједничког вршења родитељског права, понекада даје очигледну предност очевима, гледано краткорочно.<sup>49</sup>

Имајући наведено у виду, она предлаже увођење тзв. правило апроксимације, које подразумева да се приликом одлучивања о вршењу родитељског права у обзир узме начин на који су родитељи бринули о детету пре развода, а да се затим такав модел примени и на новонасталу ситуацију.<sup>50</sup> Према наведеном правилу, онај родитељ који је већински проводио време са децом, морао би бити у истој ситуацији и након развода. Овакав приступ одсликава стварне преференције родитеља и заправо се поклапа са начином на који би родитељи свакако организовали своје виђање са децом. Будући да би се на овај начин практично само продужио начин функционисања који је постојао у неком дужем временском периоду, то у крајњој линији доводи до смањивања могућих конфликта међу родитељима, а пружа и извесну стабилност деци.<sup>51</sup> Поред тога, родитељи би од самог почетка знали да ће евентуални будући положај зависти пре свега од њихове дотадашње улоге и посвећености као родитеља.

Наравно, не могу се занемарити ни негативне стране оваквог модела. Најпре, овакав приступ у неповољан положај ставља оног родитеља који је обезбеђивао финансијску сигурност породици и уз то можда развио са дететом здрав и комплетан однос, али је био мање укључен у његове свакодневне активности. Јасно је да би споразум родитеља морао имати јачу снагу од самог правила апроксимације и да би могао да превазиђе овакве његове недостатке. Међутим, у случају да споразум није могуће постићи, примењивало би се поменуто правило. Поред наведеног, могуће је и да родитељ који је проводио више времена са дететом, неће бити у истој могућности када дође до развода, односно престанка ванбрачне заједнице.

<sup>49</sup> *Ibid*, 618.

<sup>50</sup> *Ibid*, 615.

<sup>51</sup> *Ibid*.



Иако поменути модел свакако има своје недостатке, једно је сигурно, а то је да ствара одређену извесност код родитеља, који унапред могу да претпоставе како ће изгледати вршење родитељског права, односно модел виђања након развода. На тај начин смањује се број судских спорова који могу да трају и који у крајњој линији, већ поремећене и пољуљане породичне односе још више дестабилизују. Како неки аутори истичу, тренутно не постоји правило које одређује начин вршења родитељског права након развода родитеља, те једино што нам преостаје јесте да се водимо недовољно јасним стандардом најбољег интереса детета,<sup>52</sup> односно да, у ситуацијама када се ради о деци која су у могућности да искажу своје мишљење, будемо вођени њиховим жељама.

### ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Анализирани примери показују да право може имати много значајнију улогу у заштити породице, односно породичних односа. То се пре свега односи на ситуације када породице пролазе кроз извесне транзиције и када је њено реструктурирање неопходно за потребе даљег функционисања, будући да у већини случајева потреба за одржавањем породичних односа не престаје разводом, односно разилажењем ванбрачних партнера.

Правни оквир Републике Србије у доброј мери настоји да испрати актуалне тенденције, те садржи решења која би, у својој пуној примени, умногоме допринела смањивању конфликта и побољшању комуникације и даље сарадње између бивших супружника, односно партнера, нарочито у случајевима постојања заједничке деце. Проблем је што се могућности које нуди српско законодавство користе у недовољној мери. То се најпре односи на поступак медијације, односно посредовања који је неправедно запостављен и на чијој би се промоцији и активнијој примени морало радити. Иако је поступак медијације у области брачних спорова, омогућен пре више од 15 година, и даље је његова примена само фрагментарна. Наиме, примена метода решавања спорова који нуди странама могућност да заједнички дођу до решења које ће бити прихватљиво свима, односно да се победа оствари на начин који омогућава даље, здраво функционисање између чланова породице, морала би представљати правило, а никако изузетак, нарочито у ситуацијама када постизање споразума утиче на децу. Чини се да би се у тим случајевима могао предвидети и обавезан поступак медијације, као прва фаза која следи након подношења тужбе или као фаза која претходи покретању бракоразводног поступка.

<sup>52</sup> David L. Chambers, „Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce”, *Michigan Law Review*, Vol. 83, 1984, 477-569.

Поред овог поступка, у упоредном праву срећемо и још један, сличан поступак, који такође подразумева изостављање судије и судског поступка, а укључује активно учешће страна и њихових адвоката. Наравно, овакав поступак подразумева и једну корениту промену у схватању правника који се баве породичним односима, а која заправо подразумева посматрање ове области као нарочито специфичне и апсолутно неадекватне за „одмеравање снага”, какво се иначе среће у судским аренама као традиционалном окружењу за решавање породичних спорова. Спровођење овакве промене било би добро започети још у току едукације будућих правника, у виду посебних програма са циљем припреме будућих правника за обављање правничке делатности у области породичних спорова.

На крају, увођење извесних промена у области породичног материјалног права, попут правила које јасно одређује начин на који ће се родитељско право вршити након престанка брака, односно ванбрачне заједнице, у значајној мери може да допринесе смањивању тензија и сукоба међу партнерима што у крајњем исходу доприноси заштити интереса детета.

Иако смо као друштво, прихватили да је аутономија, најпре појединца, а затим и породице, једини исправан приступ, не можемо занемарити ни чињеницу да су стабилне, здраве породице основ за добробит целог друштва. Правни систем не би смео дозволити да устукне и не пружи свој максимум у оквирима дозвољених граница. Тежња ка реструктурирањем породице, онда када је то неизбежно, на начин који подразумева постављање стабилног темеља за њено даље функционисање, морао би бити императив сваког друштвеног, па и правног система.

#### ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ:

- Билтен Апелационог суда у Новом Саду, 9/2018, Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Гж2. 167/18 од 12. априла 2018. године, 94-96.
- Деспотовић Станаревић Вера, Медијација у случајевима развода/раздвајања, у: Медијација – принципи, процес, примена, Центар за примењену психологију, Београд, 2014.
- Јовановић Владан, Правни оквир примене медијације у Србији, у: Медијација – принципи, процес, примена, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 159-172.
- Јовановић Владан, Цамоња Игњатовић Тамара, „Алтернативно решавање спорова и преговарање”, у: Медијација – принципи, процес, примена, Центар за примењену психологију, Београд, 2014,
- Ковачек Станић Гордана, „Најбољи интерес детета: Законска претпоставка за одређивање наизменичног боравишта детета као облика заједничког вршења родитељског права”, *Хармонизација српској и мађарској љубави са*



Правилник о програму и начину стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступцима у вези са породичним односима, Службени гласник 44/2006.

Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС* бр.18/05, 72/2011 – др. Закон и 6/2015

Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 111/2009.

Закон о посредовању – медијацији, *Службени гласник РС* бр. 18/05

Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС* бр. 55/2014.

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

*Gordana B. Kovaček Stanić*  
*University of Novi Sad*  
*Faculty of Law Novi Sad*  
*G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs*

*Sandra O. Samardžić*  
*University of Novi Sad*  
*Faculty of Law Novi Sad*  
*Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs*

### **Does (Family) Law Protect Family?**

**Abstract:** *Although we cannot ignore the fact that the law in some way affects the family from the very beginning by determining who is considered a family member, what are their mutual rights and obligations, how certain relationships are formed and how they end, modern understanding of the family, however, necessarily implies respect for the extremely wide field of family, that is parental autonomy. Such an understanding could, in the most extreme form, result in an almost complete absence of responsibility of the state or the legal system for everything that happens in the family. In this sense, there are very weak formal legal obligations of the state in taking an active role in strengthening the family, and in practice there is virtually no involvement of the state in strengthening ties within the family before certain problems arise. On the other hand, if someone has the potential to protect the family and its members, then it is certainly the legal system. The protection of the family must not be reduced only to the question of how to do it, but also at what moment or whether the protection and development of healthy family relationships must be an issue to be addressed much earlier, even before the family is formed. In that sense, counseling or conversations with competent persons, can be of special importance. Also, although they are relatively foreign to our culture, the popularization of prenuptial agreements and presenting future spouses or common law partners with the possibilities of this agreement provides, can contribute to the avoidance of later property disputes. In this paper, the focus will, however, be on certain solutions that can help in situations where there is already a disturbance in the relationship between family members, that is between spouses or common law partners. Any attempt to calm the situation, or moderate and careful intervention in family relations, can primarily be achieved by insisting on certain alternative ways of resolving disputes. In addition, the existence of specialized judges, as well as lawyers, who would implement significant changes in the education system of future lawyers, but also*

*in the field of practice, can also greatly contribute to this goal. Finally, certain changes in the field of family substantive law can also be of great importance. In that sense, this paper primarily focuses on certain solutions proposed in theory, their analysis in the context of Serbian legislation, as well as on possible further changes in domestic regulations. Namely, although some proposals have already found their place in the positive legislation of Serbia, it remains uncertain to what extent these provisions have been applied and whether they really contribute to maintaining stable family relations in situations when relations are seriously disturbed.*

**Keywords:** *family law, mediation, exercising parental responsibility, family disputes.*

Датум пријема рада: 18.01.2021.

Датум прихватања рада: 07.06.2021.