

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA I

ZBORNİK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

Beograd, 2011

Lektor i korektor
Irena Popović

Tehnički urednik
Zoran Grac

Korice
Marija Vuksanović

Priprema i štampa
Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-341-0

Tiraž
500

Adresa redakcije
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje
Bulevar kralja Aleksandra 67
Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 1 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2011 (Beograd : Dosije studio). – 302 str. ; 24 cm

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 500. – Str. 9–10: Predgovor / urednik = Forward / editor. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-341-0

1. Ств. насл. на упор. насл. стр.

а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 188354572

JOINT CUSTODY U UPOREDNOM PRAVU

Apstrakt

Zajedničko vršenje roditeljskog prava predstavlja jedan od oblika vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka. U radu su prikazana rešenja vezana za institut zajedničkog vršenja roditeljskog prava koji je tokom sedamdesetih i osamdesetih godina XX veka uveden u porodična zakonodavstva mnogih država. Joint custody javio se kao posledica uvođenja razvoda braka zasnovanog na odsustvu krivice, odnosno sporazumnog razvoda braka. U pojedinim sistemima institut zajedničkog vršenja roditeljskog prava najčešće podrazumeva dva elementa: zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava (joint legal custody) i zajedničko faktičko vršenje roditeljalog prava (joint physical custody). U određenim pravnim regulativama predviđa se da se prilikom razvoda braka kao pravilo primenjuje pretpostavka o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, dok se u drugim opreznije postupa sa dosuđivanjem joint custody, tako da se primenjuje samo ako postoji saglasnost supružnika o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Empirijska istraživanja su pokazala da najčešći oblik zajedničkog vršenja roditeljskog prava predstavlja njegovo pravno vršenje, dok se zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava teže postiže u praksi i moguće je samo u porodicama neopterećenim konfliktima, tokom i pre brakorazvodnog postupka.

Ključne reči: Zajedničko vršenje roditeljskog prava. Brakorazvodni postupak. Medijacija. Zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava. Zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava.

Uvod

U uporednom pravu, veliki broj pravnih sistema poznaje institut zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Njegovo poreklo je u anglosaksonskom pravu označeno terminom *joint custody* – zajedničko starateljstvo, odnosno zajedničko vršenje roditeljskog prava. Zajedničko vršenje roditeljskog prava i nakon razvoda braka ili odvojenog života roditelja uvedeno je u naš pravni sistem Porodičnim zakonom iz 2005. godine.¹ Do donošenja Porodičnog zakona, zajedničko vršenje roditeljskog prava važno je kao pravilo samo tokom trajanja braka, a nakon prestanka braka razvodom bilo je moguće jedino samostalno vršenje roditeljskog prava.

* Uroš Novaković, MA, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1 Službeni glasnik RS, br. 18/2005.

U uporednopravnom prikazu navešćemo rešenja određenih zakonodavstava, njihove specifičnosti i, zaključno, analiziraćemo prednosti i mane ovakvog načina uređenja odnosa roditelja i dece. Zajedničko vršenje roditeljskog prava postavljeno je kao pravilo kada roditelji žive u bračnoj zajednici. Nakon prestanka braka (razvodom, poništenjem) sud je dodeljivao vršenje roditeljskog prava jednom od supružnika (najčešće majci), a drugi roditelj je imao pravo kontakta sa detetom i dužnosti koje se tiču izdržavanja i odlučivanja o određenim pitanjima vezanim za dete (odlazak na odmor u inostranstvo, promena prebivališta, izbor škole). Činjenica razvoda braka menjala je dotadašnje pravne odnose između deteta i roditelja. Uvođenjem instituta *joint custody* u uporedne pravne sisteme, pretpostavljalo se da razvod braka ne treba da ima uticaja na odnose dece i roditelja, odnosno da roditelji mogu i treba i nakon razvoda braka da nastave da zajednički vrše roditeljsko pravo. Pretpostavka zajedničkog vršenja roditeljskog prava nalazi se u usvajanju sporazumnog razvoda kao alternativnog načina razvoda braka (pored razvoda po tužbi). Stoga, prema logici sistema zajedničkog vršenja roditeljskog prava, razvod braka je činjenica koja se tiče samo supružnika, ne i njihove dece.

Iako se radi o vršenju roditeljskog prava, delu porodičnog prava koji spada u odnose roditelja i dece, osnova za ovakav sporazum nalazi se u odnosu između samih supružnika i njihovoj spremnosti da u nepromenljivom obliku i intenzitetu nastave sa vršenjem roditeljskih dužnosti (prava) i nakon razvoda braka. Stoga je brakorazvodni postupak okvir u kome *joint custody* može nastati i dobiti svoj oblik.

U ovom radu osvrnućemo se na regulaciju *joint custody* na više kontinenata, i to u zakonodavstvima: Francuske, Nemačke, Austrije, Portugalije, SAD, Australije, Novog Zelanda i Singapura.

Francuska

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uvedeno je u francusko pravo među prvima u evropskom zakonodavstvu, još 1987. godine. Tada nije postojala pretpostavka o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, već je sud, ako je to u najboljem interesu deteta i pošto prethodno pribavi mišljenje roditelja, mogao da dosudi zajedničko vršenje roditeljskog prava (*garde conjointe*). Sud je mogao dosuditi zajedničko vršenje i ako se jedan roditelj tome protivi.² U Francuskoj, na osnovu reforme iz 1993. godine, važi pravilo da, ako sud ne odluči drugačije, oba roditelja i nakon razvoda braka nastavljaju zajednički da vrše roditeljsko pravo.³ To praktično znači da postoji pretpostavka u korist zajedničkog vršenja roditeljskog prava, a pretpostavku može da izmeni sud tako što dosuđuje samostalno vršenje roditeljskog prava. Slično rešenje usvojeno je i u nemačkom pravu.

Jednu vrstu mera o vršenju roditeljskog prava predstavljaju privremene mere u toku brakorazvodnog postupka, a drugu trajne mere kojima se traj-

2 Cvejić Jančić, O., „Zajedničko vršenje roditeljskog prava“, *Pravni život*, br. 9/1997, str. 680.

3 Videti par. 387. Code Civil.

no odlučuje o vršenju roditeljskog prava. Sa tim ciljem, roditeljima je ostavljeno da se dogovore o obliku vršenja roditeljskog prava i o načinu održavanja odnosa sa detetom. Sud u svakom slučaju prihvata sporazum o vršenju roditeljskog prava, ali ima ovlašćenje da ga ne prihvati ako smatra da nije u najboljem interesu deteta. Ako roditelji ne mogu da se dogovore o vršenju roditeljskog prava, to će učiniti sud. U tom cilju, usled nedostatka sporazuma supružnika, sud određuje redovno boravište deteta. Pre konačnog određivanja oblika vršenja roditeljskog prava, sud će roditelje uputiti na postupak mirjenja u kome roditelji, uz pomoć porodičnog medijatora, treba da postignu sporazum o načinu vršenja roditeljskog prava.

Nemačka

Pod uticajem psiholoških istraživanja o uticaju razvoda na decu, u Nemačkoj je pre tridesetak godina postavljen aksiom o vezi najboljeg interesa deteta i zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Kalternborn i Lempp su, pozivajući se na odredbe nemačkog Građanskog zakonika o vršenju roditeljskog prava,⁴ zaključili da zajedničko vršenje roditeljskog prava predstavlja konkretizaciju standarda najboljeg interesa deteta.

Do izmena iz 1998. godine, zajedničko vršenje roditeljskog prava u Nemačkoj je bilo zabranjeno.⁵ Osnov za dosuđivanje zajedničkog vršenja roditeljskog prava bila je odluka Federalnog ustavnog suda iz 1992. godine, prema kojoj se odbijanjem dosuđivanja zajedničkog vršenja roditeljskog prava krše prava roditelja predviđena čl. 6 st. 2 tač. 1 Osnovnog zakona.⁶

U Nemačkoj roditelji podnose zajednički predlog za vršenje roditeljskog prava u toku brakorazvodnog postupka. Ako roditelji podnesu sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava, sud će ga prihvatiti samo ako je u najboljem interesu deteta. Ovo rešenje je suprotno našem pravu, prema kome sud sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava prihvata samo ako je u najboljem interesu deteta.⁷ Nemačko pravo usvaja pretpostavku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava i nakon razvoda a samostalno vršenje se dosuđuje samo ako je u najboljem interesu deteta, dok u našem porodičnom zakonodavstvu nema pretpostavke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, već je suprotno – dosuđuje se samo ako je u najboljem interesu deteta. Kao što se može videti, različite su polazne pretpostavke prilikom odlučivanja suda. Rešenje našeg prava slično je austrijskom modelu koji, takođe, pretpostavlja sporazum roditelja o zajedničkom vršenju roditeljskog prava bez koga on ne može stupiti na snagu.

S obzirom na to da sud nije stručan da obavlja psihološke, sociološke i druge vanpravne procene u vezi sa detetom, ovaj posao se poverava socijalnoj

4 Videti član 1671 st. 2 BGB.

5 Do izmena iz 1998. godine, ni vanbračni roditelji nisu mogli zajednički da vrše roditeljsko pravo u toku trajanja vanbračne zajednice, već je majka samostalno vršila roditeljsko pravo uz postavljanje službenog staraoca.

6 Kovaček Stanić, G., *Uparedno porodično pravo*, Novi Sad 2002, str. 243.

7 Član 75. i 76. Porodičnog zakona Srbije.

službi. Socijalni radnik u svakom postupku ispituje šta je u najboljem interesu deteta i o tome obaveštava sud. Sud u postupku odlučivanja o vršenju roditeljskog prava saslušava dete i uvažava njegovo mišljenje i želje.

U slučaju da među roditeljima postoji nesaglasnost o vršenju roditeljskog prava, ako je dete mlađeg uzrasta, sud bez izuzetka primenjuje doktrinu materinske zaštite i poverava dete majci.

Austrija

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uvedeno je u austrijsko pravo reformom iz 2001. godine. Osnovni princip prilikom određivanja oblika vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka, kao i u većini pravnih sistema, predstavlja najbolji interes deteta. Obavezan deo sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava jeste sporazum o tome kod kog roditelja će dete imati prebivalište. Tako dete može imati prebivašte samo kod jednog roditelja, što podrazumeva da kod tog roditelja dete provodi više od polovine vremena. Ako roditelji ne mogu da se sporazumeju o prebivalištu deteta, odnosno kod koga će dete živeti pretežni deo vremena, nije moguće dosuditi *joint custody*. U tom slučaju, jedina opcija je samostalno vršenje roditeljskog prava. Nije moguće da faktičko vršenje roditeljskog prava ne bude praćeno pravnim vršenjem roditeljskog prava. To praktično podrazumeva da prema sporazumu o zajedničkom vršenju roditeljskog prava nije moguće da se jedan roditelj faktički stara o detetu a da drugi vrši pravno staranje nad detetom.

Roditelji su dužni da sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava postignu u razumnom roku. Ukoliko to ne učine, sud će dosuditi samostalno vršenje roditeljskog prava. Prilikom poveravanja dece, ako je reč o mlađoj deci (ispod 14 godina) i ako su ženskog pola, dodeljuju se najčešće majci, dok se starija deca poveravaju očevima.⁸ Ako su u pitanju braća i sestre, smatra se da treba da budu povereni jednom roditelju.

Roditelji pre početka brakorazvodnog procesa započinju postupak pregovaranja (medijacije) u kome treba da postignu sporazum o (zajedničkom) vršenju roditeljskog prava.

Portugalija

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uvedeno je pravni sistem Portugalije 1995. godine. Interesantno je navesti argumentaciju kojom se promovise princip uvođenja zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Naime, samostalnim vršenjem roditeljskog prava ne ograničava se samo odnos deteta i roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo, već se onemogućava odnos sa ostalim srodnicima iz te porodične linije, posebno sa babom i dedom, koji prema portugalskom pravu imaju pravo da posećuju dete.⁹ Udruženje roditelja je

8 http://dse.univr.it/espe/documents/Papers/G/1/G1_2.pdf.

9 Prema članu 1887. portugalskog zakona, roditelju ne smeju da onemogućavaju kontakt deteta sa precima, braćom i sestrama.

1998. godine uputilo predlog da se u zakonsku regulativu uvrsti odredba da je zajedničko vršenje roditeljskog prava nakon razvoda pravilo i da se neće primenjivati samo ako nije u najboljem interesu deteta. Ovakav zahtev nije podržan, uz obrazloženje da bi se time znatno proširila intervencija države u privatni (porodični) život.

U teoriji su isticane i negativne strane *joint custody* – njegovim prihvatanjem javlja se mogućnost da majke koje se staraju o deci tokom pregovora o vršenju roditeljskog prava u brakorazvodnim parnicama dobiju manje iznose alimentacije, što bi ugrozilo siromašne samohrane porodice koje su među najsiromašnijim grupama u Portugaliji.¹⁰ Rešenje navedenog problema može se pronaći u aktivnoj ulozi suda u nadzoru ovakvih sporazuma i njihovom izbegavanju u slučaju nasilja u porodici, pritiska jednog roditelja ili postojanja značajnih sukoba među supružnicima.

Zajedničko vršenje roditeljskog prava u Portugaliji moguće je na dva načina. Najpre, sporazum po kome su oba roditelja ravnopravna prema detetu ali dete ima prebivalište samo kod jednog roditelja. Ovo je rešenje slično kao u slučaju samostalnog vršenja roditeljskog prava. Razlika u odnosu na samostalno vršenje roditeljskog prava ogleda se u tome što važnije odluke roditelji donose zajednički. Drugi način predstavlja sporazum o zajedničkom fizičkom (faktičkom) vršenju roditeljskog prava, koji podrazumeva da dete boravi jednake periode vremena kod svakog roditelja ponaosob (mesečno, nedeljno). Ističe se da se u praksi retko postiže sporazum o fizičkom zajedničkom vršenju roditeljskog prava.¹¹ Postojanje mogućnosti da promena prebivališta ugrozi detetovu stabilnost obavezuje sud da proceni sposobnost da se dete prilagodi na česte promene izazvane primenom sporazuma.

Sjedinjene Američke Države

U SAD institut zajedničkog vršenja roditeljskog prava odlikuje podela na dve komponente: zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava (*joint legal custody*) i zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava (*joint physical custody*). Američka porodičnopravna praksa među prvima je još početkom osamdesetih godina XX veka počela sa primenom teorijske koncepcije dvostruke složene strukture ustanove *joint custody*.¹² Poreklo ovakvog postupanja sudova moguće je pronaći u uticaju engleskog *Children Act* iz 1989. godine, kojim se određuje nekoliko mera koje se tiču faktičkog staranja nad detetom, koje se razlikuju od pravnih odluka o podizanju deteta.

Uticaj porodičnopravne teorije na sudove kretao se u pravcu odvajanja ove ustanove na pravni i faktički deo. Tako, u teoriji i praksi SAD, posmatrano u odnosu na druge sisteme, najjasnije se pravi razlika između pravnog zajedničkog vršenja roditeljskog prava (*legal joint custody*), gde su roditelji ravnopravni u donošenju pravnih odluka koje se tiču odgajanja deteta, i faktičkog zajedni-

10 Sottomayor, M. C., „The Introduction and Impact of Joint Custody in Portugal“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 13, br. 2, avgust 1999, str. 253.

11 *Ibid.*, 250.

12 De Cruz, Peter, *Family Law, Sex and the Society*, London 2010, str. 100.

kog vršenja roditeljskog prava (*physical joint custody*), gde roditelji jednako vrše faktičke, svakodnevnne aktivnosti vezane za odgajanje deteta.¹³

Uprkos snažnoj i odlučnoj kampanji za prihvatanje *joint custody*, koju je predvodila Kalifornija¹⁴, isticane su i teškoće u praktičnoj primeni instituta *joint custody*. Do 1993. godine, samo pet država SAD u svom zakonodavstvu nije predvidelo *joint custody*.¹⁵ Kao najčešće mane isticane su praktične teškoće u primeni faktičkog zajedničkog vršenja roditeljskog prava.

Jedan od karakterističnih primera primene *physical joint custody* predstavlja slučaj *Fisher v. Fisher*, u kome se ogleda kompleksnost nametanja oblika sporazuma o vršenju roditeljskog prava od suda. Naime, pošto roditelji nisu mogli da se dogovore o vršenju roditeljskog prava, sud je dosudio *joint legal and physical custody* na osnovu izveštaja socijalnog radnika, koji je smatrao da su oba roditelja podobna da vrše roditeljsko pravo. Posledica je bila da je dete živelo nekoliko godina kod jednog a nekoliko godina kod drugog roditelja, stalno menjalo škole i godišnje se selilo iz jednog grada, St. Luisa, u drugi, Filadelfiju, u kojima su roditelji živeli. Posmatrano iz ugla najboljeg interesa deteta, ovo je rešenje izuzetno loše po razvoj i formiranje deteta.¹⁶

Imajući u vidu problematiku navedenog i mnogih drugih slučajeva iz sudske prakse, neki autori smatraju da stav o slobodnoj sudijskoj proceni pri dosuđivanu zajedničkog vršenja roditeljskog prava treba promeniti u princip primene (striktnih) pravila.¹⁷

Australija

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uvedeno je u australijski pravni sistem promenama Porodičnog zakona iz 1996. godine.¹⁸ Detaljno predviđena prava deteta na kontakt sa oba roditelja i obaveza roditelja da se dogovore oko vršenja roditeljskog prava nakon razvoda braka, bila su osnova za uvođenje *joint custody*.¹⁹

13 Iako je još sedamdesetih godina XX veka počelo uvođenje *joint custody*, a preko 30 država predvidelo je taj institut, taj oblik vršenja roditeljskog prava nije potpuno usvojen na nivou SAD.

14 Videti: California Civil Code, par. 4600.

15 Margaret, B., Buckley, F. H., „Joint custody: Bonding and Monitoring Theories“, *Indiana Law Journal*, vol. 73, num. 2, 1998.

16 Navedeni stav je potvrdio i Apelacioni sud, koji je, odlučujući po žalbi, istakao da takav sporazum nikako ne može biti u najboljem interesu deteta, s obzirom na to da je teško da će dete moći da ostvari čvrsto prijateljstvo sa drugom decom, da učestvuje u školskim aktivnostima i da dobije korisno obrazovanje.

17 Elrod, L. D., Dale, M. D., „Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interest of Children in the Balance“, 2008, 42 Fam LQ 381.

18 Australian Family Law Act, s. 60B(2). U tom zakonu se navodi da „dete ima pravo da bude odgajano od strane oba roditelja, bez obzira na to da li su roditelji u braku, vanbračnoj zajednici, razvedeni ili nikad nisu živeli zajedno“.

19 Interesantno je da australijski zakon ukida određene termine koji su važili i uvodi nove, te tako termin *custody* zamenjuje terminom *residence*, koji se može prevesti kao čuvanje, ili termin *access* (pristup) terminom *contact* (kontakt).

Deceniju kasnije, Australija je, pod uticajem Konvencije o pravima deteta UN i engleskog Zakona o deci (*Children Act*) iz 1989. godine, donela poseban Zakon o zajedničkom vršenju roditeljskog prava (Zakon o podeljenoj roditeljskoj odgovornosti).²⁰ Ovaj zakon predstavlja nameru australijskih vlasti da osiguraju da dete raste uz sigurnost i ljubav oba roditelja u okviru porodice. Osnovni cilj zakona je da se najbolji interes deteta osigura tako što će dete imati korist od učešća oba roditelja u njegovom odgajanju.

Uvođenje *joint custody* u australijski pravni poredak nije podržano empirijskim istaživanjima i studijama, već je rezultat političke kampanje za poboljšanje pozicije očeva koji nemaju starateljstvo nad decom.²¹ Zakon o zajedničkom vršenju roditeljskog prava predviđa izvesne novine: uvodi pretpostavku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava nakon razvoda braka; obavezuje sud da uzme u obzir da li je jednako provođenje vremena deteta kod oba roditelja celishodno i u najboljem interesu deteta; obavezuje roditelje da prisustvuju postupku medijacije da bi razrešili sporna pitanja u vršenju roditeljskog prava pre istupanja pred sud;²² proširena su ovlašćenja suda za određivanje mera protiv roditelja koji krši sporazum o vršenju roditeljskog prava; potvrđeno je pravo deteta na kontakt sa bliskim licima (babama, dedama i drugim rođacima); povećava se značaj roditeljskih sporazuma sa ciljem da se dogovor postigne vansudskim putem.²³

Ipak, i pored ovako optimističkih nastojanja australijskih vlasti, u teoriji se ističu i negativne strane zajedničkog vršenja roditeljskih prava. Rhoades, Graycar i Harrison naglašavaju da podsticanje sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava kod roditelja koji su u sporu oko dece nije realna mogućnost. Roditelji koji postignu primenjive sporazume o zajedničkom vršenju roditeljskog prava dolaze do njih bez pomoći suda i nisu ni svesni činjenice da zakon predviđa takvu mogućnost. Zajedničko vršenje roditeljskog prava nije moguće ni poželjno ako među roditeljima postoje značajne nesuglasice, često prouzrokovane nasiljem u porodici.

Novi Zeland

Na Novom Zelandu zajedničko vršenje roditeljskog prava regulisano je Zakonom o starateljstvu (*Guardianship Act*) iz 1968. godine. U pododeljku 1A nalazi se značajno svedočanstvo o tome da se izričito predviđa zabrana principa prednosti materinske zaštite: u svim slučajevima koji se tiču vršenja roditeljskog prava i starateljstva nad detetom, ne sme se primenjivati pretpostavka o tome da će se poveravanje deteta u skladu sa načelom najboljeg interesa deteta vršiti samo na osnovu pola roditelja. Značaj ove odredbe nameće

20 U originalu naziv zakona – Shared Parental Responsibility Act. Zakon je donet 22. maja 2006. godine, a počeo je da važi od 1. jula 2006. godine.

21 Rhoades, H., Boyd, S. B., „Reforming Custody Laws: A Comparative Study“, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 18, num. 2, avgust 2004, str. 121.

22 Za postupak medijacije videti: Draškić, M., *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, br. 2, 2007, str. 55 i dalje.

23 Videti: De Cruz, Peter, *Family Law, Sex and Society*, London 2010, str. 128.

se utoliko pre što su retki zakonski akti sa anglosaksonskog pravnog područja, kome pripada i Novi Zeland, koji sadrže ovakvu izričitu, polno neutralnu pretpostavku o dodeli vršenja roditeljskog prava.

Zakonska regulacija materije vršenja roditeljskog prava bila je posledica pokreta očeva za ravnopravno vršenje roditeljskog prava i poveravanje dece nakon razvoda braka. U svojim kampanjama, pokreti očeva na Novom Zelandu isticali su da porodični sudovi, počevši od 1970. godine, favorizuju majke pri donošenju odluka o poveravanju dece.²⁴

Novi Zeland je 2004. godine doneo Zakon o dečjoj nezi (*Children Care Act*) kojim su uvedene sledeće novine u materiju odnosa roditelja i dece: zajedničko vršenje roditeljskog prava; davanje značaja mišljenju i željama deteta u postupcima u kojima se odlučuje o njihovim pravima; različite vrste porodičnih sporazuma; veća ovlašćenja suda u slučaju kršenja sporazuma kao što su novčane i zatvorske kazne.²⁵ Zakonom je predviđeno da i nakon prestanka braka (razvodom) roditelji nastavljaju zajednički da vrše roditeljsko pravo, što znači da postoji pravilo da se roditeljsko pravo vrši zajednički i nakon razvoda braka. Pravo Novog Zelanda, takođe, poznaje faktičko zajedničko vršenje roditeljskog prava i daje prednost faktičkom zajedničkom vršenju roditeljskog prava u odnosu na njegovu pravnu komponentu. Zakonodavac to čini izmenom termina „starateljstvo“, terminom „dnevna nega“ koji sugeriše konkretne dnevne aktivnosti vezane za odgajanje deteta. U tom pravcu, predviđa se da oba roditelja mogu da obavljaju dnevnu negu deteta, tako što će dete boraviti kod oba roditelja jednake periode vremena.²⁶

Singapur

Singapur je 2005. godine izvršio reforme vezane za vršenje roditeljskog prava i starateljstvo nad decom. Odredbe o vršenju roditeljskog prava u Singapuru nalaze se u Ženskoj povelji (*Womens Charter*). Ženska povelja ima svoje poreklo u engleskom pravu, tačnije u Zakonu o bračnim stvarima iz 1973. godine.²⁷

Zajedničko vršenje roditeljskog prava podrazumeva da su oba roditelja odgovorna za donošenje odluka o značajnima pitanjima koja se tiču deteta, kao što su obrazovanje, zdravstvena nega, izbor ili promena religije. *Joint custody* moguće je ostvariti samo ako su oba roditelja sposobna i voljna da sarađuju. U porodicama gde ne postoje ovi preduslovi, sudske odluke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava neće imati željenih efekata.²⁸

24 <http://www.teara.govt.nz/en/divorce-and-separation/5>.

25 Slično kao u australijskom pravu, termini *custody* i *access* zamenjeni su terminima *day to day care* (dnevna nega) i *contact* (kontakt).

26 <http://justice.govt.nz/courts/family-court/what-family-court-does/care-of-children/parenting-orders>.

27 Matrimonial Causes Act (1973).

28 <http://www.lawhub.com.sg/articles/custody-maintenance-and-family-violence.html>

Veliki značaj za materiju zajedničkog vršenja roditeljskog prava u Singapuru ima sudska odluka u slučaju *CX v. CY*. U navedenoj sudskoj odluci Apelacioni sud je favorizovao zajedničko vršenje roditeljskog prava.²⁹ Ova odluka ima veliki značaj s obzirom na to da utvrđuje da se roditeljsko pravo i nakon razvoda braka vrši zajednički i da sud prilikom odlučivanja o vršenju roditeljskog prava ne treba da donese nikakvu odluku, odnosno da sama činjenica razvoda braka ne treba da utiče na vršenje roditeljskog prava, kako na dete, tako i na roditelje. Sud, usvajanjem principa nedonošenja bilo kakve mere, smatra da razvod braka ne treba da menja dotadašnje odnose roditelja i dece. Ako, pak, sud donese meru o zajedničkom vršenju roditeljskog prava, ona ima karakter podsećanja roditelja na to da i dalje treba zajedno (zajednički) da vrše roditeljsko pravo.³⁰ Dalje, podvlači se da odluka o samostalnom vršenju roditeljskog prava treba da se donese samo u izuzetnim slučajevima: ako jedan roditelj fizički, psihički ili seksualno zlostavlja dete; ako je odnos između roditelja takav da ni nakon sprovedenog postupka medijacije nije moguća saradnja među njima i ako bi nedostatak saradnje bio štetan po interese deteta.³¹

Na osnovu odluke u slučaju *CX v. CY*, izvedeno je nekoliko principa o vršenju roditeljskog prava:

- Vršenje roditeljskog prava u slučaju odvojenog života roditelja ili razvoda braka nastavlja se do punoletstva deteta, s tim da oba roditelja nastavljaju da zajednički vrše roditeljsko pravo.
- Zajedničko vršenje roditeljskog prava postojaće kada sud ne donese bilo kakvu odluku ili donese odluku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava kada je to u interesu deteta.
- Treba da postoji princip najmanje intervencije u odnose roditelja i dece. U skladu sa time, ne treba donositi nikavu meru o vršenju roditeljskog prava ako nema spora među roditeljima o nekom značajnom pitanju koje se tiče odgajanja deteta ili ako je to bolje da bi se izbegle negativne posledice pokretanja spora o starateljstvu nad detetom.
- Odluka o zajedničkom vršenju roditeljskog prava treba da ima simboličku i upozoravajuću ulogu, da roditelje podseti da (i dalje) treba da zajednički vrše roditeljsko pravo.
- Samo u izuzetnim slučajevima treba doneti odluku o samostalnom vršenju roditeljskog prava.

29 (2005) 3 SLR 690, (2005) SGCA 37, Court of Appeal (Jong Pung How CJ, Chao Hick Tin JA, Lai Siu Chiu J), 19. jul 2005.

30 U navedenoj presudi sud je to konstatovao sledećim obrazloženjem: donošenje mere o zajedničkom vršenju roditeljskog prava ima simboličku ulogu da podseti majku da otac ima ravnopravnu ulogu u podizanju i odgajanju deteta. Ovo je potrebno jer je majka, kojoj je poverena nega deteta, više puta pokušala da isključi oca deteta iz procesa donošenja odluka. Stoga, mera o *joint custody* ima cilj da majci uputi signal da počne da saraduje sa ocem deteta u detetovom uzgajanju.

31 http://www.agc.gov.sg/publications/docs/ChildCustodyLaw_DP_and_ExecutiveSummary.pdf.

Smatramo da navedena odluka i načela koja se ističu treba kritički preispitati. Čini se da je načelo favorizovanje principa zajedničkog vršenja roditeljskog prava opravdano. S druge strane, može da se pokaže da je pogrešna pretpostavka da će roditelji uvek moći da prevaziđu svoje sporove koji su doveli do razvoda braka i da se dogovore o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Sud polazi od teorijski opravdanog postulata da roditelji treba da prevaziđu svoje sukobe radi deteta i njegovih interesa, ali da li je tako zaista u praksi i da li će to moći da se ostvari u svakom konkretnom slučaju, postavlja se pitanje. U nekim slučajevima moguće je sa ili bez pomoći medijatora otkloniti sporove bivših supružnika, ali u velikom broju slučajeva to neće biti slučaj. U tim slučajevima nametanje sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava ili nedonošenje nikakve odluke, sa stavom da će se supružnici sami dogovoriti, neće biti poželjno, ponajviše iz aspekta deteta.

Dalje, Apelacioni sud tvrdi da odluku o samostalnom vršenju roditeljskog prava treba doneti samo u izuzetnim slučajevima kada se utvrdi da jedan roditelj različitim navedenim postupcima zlostavlja dete. Po našem shvaćanju, to bi bili razlozi da se taj roditelj (zlostavljač) liši roditeljskog prava.³²

Pri odlučivanju o vršenju roditeljskog prava u Singapuru, sud odlučuje u skladu sa najboljim interesom deteta (*welfare of the child*), vodeći računa o željama deteta i roditelja. Želje deteta uzimaju se u obzir kada je dete dovoljno zrelo da može da izrazi svoje mišljenje.

Zaključak

Zajedničko vršenje roditeljskog prava možemo posmatrati iz dva ugla. Sa aspekta zakonodavstva, odnosno ovlašćenja suda, i sa aspekta samih učesnika postupka – supružnika i dece. Posmano iz ugla supružnika i dece, reč je o obimu (stepenu) zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Viši stepen predstavlja zajedničko faktičko vršenje, koje podrazumeva da se roditelji jednako faktički staraju o detetu, dok se niži stepen saglasnosti i kooperacije supružnika ogleda u zajedničkom pravnom vršenju, gde se jedan roditelj faktički stara o detetu, a pravne odluke donose oba roditelja zajednički. Ako posmatramo ovaj institut iz zakonodavnog aspekta, primećujemo sisteme gde sud može (kao pravilo) bez saglasnosti supružnika dosuditi *joint custody* i sisteme gde sud ne može da dosudi zajedničko vršenje roditeljskog prava ako nema sporazuma supružnika.

Zajedničko vršenje roditeljskog prava uslovljeno je odnosom u porodici i sposobnošću supružnika da odgovore na izazove koje nose nove činjenice nastale razvodom braka. Uloga medijatora i postupka posredovanja značajan je element koji može dovesti do poboljšanja odnosa supružnika i postizanja ovog sporazuma. U tom pravcu uloga advokata, socijalnih radnika i sudija igra značajnu ulogu, posebno u informisanju o postojanju zakonske

32 Videti član 81. Porodičnog zakona Srbije, u kome se navode razlozi za potpuno lišenje roditeljskog prava. Fizičko, emotivno i seksualno zlostavljanje treba da budu, i jesu, razlozi koji roditelja, ne delimično, već potpuno lišavaju roditeljskih prava.

mogućnosti i ukazivanju na prednosti sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Tako, u porodicama koje nisu opterećene sukobima i imaju tolerantne odnose i nakon razvoda braka, moguće je očekivati i faktičko zajedničko vršenje roditeljskog prava. Realno posmatrano, na osnovu empirijskih podataka u sistemima gde se primenjuje *joint custody*, njegov prihvatljiv oblik predstavlja postojanje prebivališta deteta kod jednog roditelja a zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava. U porodicama u kojima su odnosi supružnika usled razvoda braka značajno i trajno narušeni nije osnovano očekivati postizanje ovakvog sporazuma. Samostalno vršenje roditeljskog prava je u tom slučaju najprihvatljivija opcija. Nametanje sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava od suda u slučaju kada se jedan ili oba roditelja protive tome, može se pokazati kao necelishodno rešenje za dete.

Uroš Novaković, MA

Teaching Assistant, University of Belgrade Faculty of Law

JOINT CUSTODY IN COMPARATIVE LAW

Summary

The joint exercise of parental rights is one of the options of exercise of parental rights after divorce. We present solutions related to the joint custody institute introduced during the last twenty years of twentieth century in family legislation of many countries. Joint custody become as a result of the introduction of divorce based on the absence of guilt and divorce by mutual agreement. In some countries joint custody usually involves two elements: the joint exercise of parental legal rights (joint legal custody) and the joint actual exercise of parental rights (joint physical custody). Some systems in divorce proceedings provide presumption of joint exercise of parental rights, while others act more cautiously with the award of joint custody, so that it applies only if there is spouse agreement on a joint exercise of parental rights. Empirical researches showed that the most common form of joint exercise of parental rights is the exercise of its legal part, while the actual joint exercise of parental rights is more difficult to achieve in practice, and can only be achieved in families without serious conflicts before and during divorce proceedings. Naturally, absence of conflicts after court decision of joint exercise of parental rights is sine qua non of this institute.

Key words: *Joint custody. Divorce proceeding. Mediation. Joint legal custody. Joint physical custody.*