

Dr. sc. Dušica Palačković, redovna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

DEJUDICIJALIZACIJA U OBLASTI PORODIČNO PRAVNIH ODNOSA - REFLEKSIJE GLOBALNOG PROCESA NA PRAVNI SISTEM REPUBLIKE SRBIJE*

Sažetak: Učešće vanskudskih organa u ostvarivanju prava i dužnosti iz porodično pravnih odnosa nije zanemarljivo. To potvrđuje, široko prihvaćeno i u dugom razdoblju, poveravanje niza nadležnosti upravnim organima, ali i primena medijacije kao načina rešavanja sporova. Pored toga, poslednjih godina u Evropi, pa i državama našeg regiona, jača proces dejudicijalizacije, odnosno prenošenja tradicionalnih nadležnosti suda na druge organe, pre svega kroz etabliranje nadležnosti notara u oblasti porodičnopravnih odnosa. Najizrazitiji primer svakako je mogućnost razvoda braka od strane notara u nekim državama. I u pravnom sistemu Republike Srbije ova tendencija je prisutna, pre svega kroz porodičnu medijaciju, ali i najnovija rešenja Zakona o izvršenju i obezbeđenju kojim je izvršenje odluke o oduzimanju i predaji deteta povereno organu starateljstva, uz prisustvo i nadzor suda i poveravanju izvršenja odluka o izdržavanju javnim izvršiteljima. U radu su analizirana neka od normativnih rešenja koja potvrđuju intenziviranje procesa dejudicijalizacije u oblasti ostvarivanja prava i dužnosti iz porodično pravnih odnosa.

Ključne reči: dejudicijalizacija, medijacija, nadležnosti notara, izvršenje odluka

1. Uvod

Dejudicijalizacija generalno podrazumeva prenos (transfer) nadležnosti (jurisdikcije) u određenim pravnim stvarima koje su tradicionalno bile sudske nekim drugim organima.¹ Zaštita prava i obaveza iz oblasti porodično pravnih odnosa nije izuzeta od ovog procesa koji se formalno opravdava potrebom rasterećenja sudova.² Imperativ ostvarivanja ali i zaštite prava je pravna sigurnost koja, između ostalog, podrazumeva da o pravima i obavezama odlučuje po zakonu nadležni, nezavisni i nepristrasni "tribunal". Na ovo upućuje primena, odnosno tumačenje čl. 6

1 *Rad je napisan kao prilog Projektu "Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije" koji se finansira od strane Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Kraljić, S., *New Family Code and the dejudicialization of divorce in Slovenia*, Balkan Social Science Review, Vol. 15, June 2020, 159-160.

2 Još 1986. god. Komitet Ministara Saveta Evrope usvojio je Preporuku o merama za sprečavanje i smanjenje opterećenja sudova (*Recommendation No R(86)12 of the Committee of minister to member states concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts*, <https://rm.coe.int/16804f7b86>, 01.09.2020. Pored medijacije, preporučuje se koliko god je to moguće, da se tzv. *non-judicial tasks*, ili nesudske pravne stvari povere drugi telima ili licima, što podrazumeva nesporne pravne stvari, ali i niz drugih poslova kao što su overe pravnih poslova ili zaključenje i(ili) overa različitih sporazuma.

Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (nadalje: Evropska konvencija),³ odnosno referentna, dugogodišnja i ujednačena praksa Suda za ljudska prava (nadalje: Sud). Naime, stav Suda je da ovaj pojam obuhvata ne samo sud u klasičnom značenju organa koji je formalno deo nacionalnog pravosudnog sistema, odnosno državne sudske vlasti (tzv. sud u formalnom smislu) već i druga tela ili pojedince. I oni, svakako, moraju biti nezavisni i nepristrasni, a njihovo ustrojstvo i rad regulisani unapred određenim pravilima (tzv. sud u materijalnom smislu).⁴ Svi ključni standardi povezani uz tumačenje pojma "tribunal", odnosno šire uz pravo na pravično suđenje formulisani u praksi Suda moraju, naime, biti uzeti u obzir kada se otvara pitanje legitimnosti dejudicijalizacije (moglo bi se reći i privatizacije) u zaštiti prava i obaveza, pa i onih iz porodično pravnih odnosa.⁵ To naročito važi ako se dejudicijalizacija shvata kao izmeštanje rešavanja sporova iz nadležnosti sudova (što se izvorno čini u parničnom kao građanskom sudskom postupku) ali i za uređenje odnosa (što je pravna stvar koja je pogodna za primenu pravila vanparnične procedure) kao i u situacijama kada se u okvirima postupka izvršenja odlučivanje i sprovođenje prenose na lica koja vrše javna ovlašćenja (javni, privatni izvršitelji) kao i neki drugi državni organi (organ starateljstva).

Proces dejudicijalizacije u oblasti porodično pravnih odnosa prepoznaje se, pre svega, u zakonskom regulisanju i razvoju posredovanja (medijacije) kao modela dobrovoljnog rešavanja sporova, zatim u prenošenju određenih nadležnosti na notare (javne beležnike), kao i kroz regulisanje nadležnosti javnih (privatnih) izvršitelja u okvirima porodično pravne materije. Ove tendencije nisu nove, posebno porodično posredovanje. Ipak i u njenoj primeni kao i u uvođenju drugih načina dejudicijalizacije otvaraju se izvesne dileme i problemi koji zahtevaju teorijsku obradu i prilagođavanje zakonskih rešenja u nacionalnim pravnim sistemima. U osnovi, navedene teškoće proističu iz okolnosti da su porodični odnosi specifični u najvećoj meri, posebno stoga što podrazumevaju elemenat emocionalnog u uspostavljanju ali i poremećajima u ovim odnosima. Oni su duboko lični pa i kada

3 *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rome, 4. 11. 1950; Evropsku konvenciju Republika Srbija je ratifikovala Zakonom o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda izmenjenoj u skladu sa Protokolima br.11, 14, 6, 7, 12 i 13, "Sl. list SCG - Međunarodni ugovori", br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr. i "Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 12/2010 i 10/2015.

4 Zoroska-Kamilovska, T., *Reforme sistema izvršenja u državama regiona - konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme*, Zbornik radova "Harmonizacija građanskog prava u regionu", Pale, Istočno Sarajevo, 2013, 455; *Član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i pravo na pravično suđenje*, Interights, 28-46, <https://www.google.com/>, 14.07.2020, sa citiranim odlukama Suda; Vitkauskas, D., Dikov, G., *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Council of Europe, 2nd edition, Strasbourg, 2017; Milenković, J. S., *Pravo na pravično suđenje u građanskim sporovima prema članu 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, dokt. disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, 2016, <http://union.edu.rs/wp-content/uploads/2016/12/DISERTACIJA-J.-MILENKOVIC-PDF-za-formiranje-Komisije-Pravo-na-pravicno-sudjenje-u-gradjanskim-sporovima-prema-cl-6-ESLJP.pdf>, 14.07.2020; *Zaštita prava na pravično suđenje*, Uloga člana 6, metodi i načini njegovog tumačenja, 49-64, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Zastita%20prava%20na%20pravicno%20sudjenje%20-%20Uloga%20clana%206%20-%20metodi%20i%20nacela%20njegovog%20tumacenja_0.pdf, 14.07.2020.

5 Zoroska-Kamilovska, T., *op. cit.*, 456.

je reč o imovinskopравnim odnosima ove osobenosti vrše nesumnjiv uticaj. Stoga se i zaštiti prava i obaveza kao i rešavanju konflikta porodično pravne prirode mora prilaziti uz visok nivo obazrivosti i senzibiliteta, a nadležna tela ili pojedinci moraju, uz to, biti i posebno edukovani. Članovi porodice su i lica koja pripadaju tzv. vulnerabilnim kategorijama, posebno deca i mladi, ali i najstariji, a odgovornost u zaštiti njihovih prava u međunarodnim dokumentima i nacionalnim pravnim sistemima je posebno potencirana. Stoga i posredovanje i učešće drugih tela ili lica u zaštiti prava ili rešavanju sporova iz porodičnih odnosa mora podrazumevati posebna jemstva i kontrolu.⁶

2. Posredovanje u porodičnim odnosima - *pro et contra*

Porodično posredovanje se u pravnoj teoriji prepoznaje kao efikasniji, brži i jeftiniji postupak u odnosu na sudski, a pozitivni efekti su i mogućnost da se postupak "oblikuje" prema potrebama stranaka. Proces posredovanja koncipiran je tako da u najvećoj meri eliminiše sukobe stranaka svojstvene sudskom postupku. Stoga stranke uz pomoć posrednika mogu iznaći kreativnija i adekvatnija rešenja što uslovljava da je i proces izvršenja sporazuma koji se postigne češće dobrovoljan.⁷ Posredovanje ne produbljuje postojeći spor što je od ključnog značaja u porodično pravnim odnosima i argument za njegovu primenu.⁸ Uprkos značajnim prednostima porodično posredovanje se u teoriji kritikuje sa različitih aspekata, pre svih s obzirom na okolnost da neki nacionalni pravni sistemi uvode tzv. obavezno posredovanje, ali i u odnosu na normativu o kvalifikacijama posrednika.⁹ Naime, obaveznost narušava dobrovoljnost kao temeljni princip, ali i samoodređenje stranaka čime se potkopava sama suština instituta posredovanja.¹⁰ Ipak, Preporuka br. R(98)1 Komiteta ministara državama članicama o porodičnoj medijaciji,¹¹ (nadalje: Preporuka o porodičnoj medijaciji), formulacijom "Medijacija ne bi trebalo, u načelu, da bude obavezna", ne zabranjuje i ovaj model. Sud je takođe zauzeo stav da obavezna medijacija nije zabranjena i da se njenim uvođenjem ne vređa pravo na pristup sudu.¹² Takođe, u slučaju *Alassini et al*,¹³ i Evropski sud pravde je zauzeo stav da je zahtev nacionalnog

6 Rivers, C., Coester-Waltjen, D., *Alternative dispute resolution in family disputes in Europe and Chile: mediation*, Revista direito GV, Sao Paulo, V.15 N.2, 2019, 2, <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1914.pdf>, 05.08.2020.

7 Bubić, S., *Ustanova porodičnog posredovanja u evropskom, njemačkom i domaćem pravu*, Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, 2/2011, 17, 18.

8 *Ibid.*, 17.

9 *Ibid.*, 25.

10 Knol Radoja, K., *Obvezno mirenje - osvrt na rješenja iz komparativnog i hrvatskog prava*, Pravni vjesnik, god.31, br.2, 2015., 113.

11 *Recommendation No.R(98)1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation*, 21.01.1998., <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>, II, Organizacija medijacije, 08.08.2020.

12 Npr., *Momčilović protiv Hrvatske*, br. 11239/11, presuda 26. marta 2015. <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Presude%20i%20odluke/Momcilovic,%20presuda.pdf>, 08.08.2020.

13 *Rosalba Alassini et al*, C-317/08 & C-320/08, par. 41-66, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7297AD1EFCD46ECF70E9C14E2AEA84E0?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4066398>, 08.08.2020.

prava (Italija) da se pre pokretanja sudskog postupka sprovede neki od postupaka alternativnog načina rešavanja sporova legitiman i u opštem interesu, kako bi stranke pokušale ekonomičnije metode rešavanja sporova i time smanjile pritisak na sudove. Stranke se prihvatanjem posredovanja ne odriču prava na suđenje jer ono nije proces podređen sudskom postupku već je njegov integralni deo.¹⁴

Slično posredovanju u drugim oblastima i "u obiteljsku medijaciju mogu ući samo osobe koje su zaista spremne na suradnju i žele se dogovoriti, osobe koje su kompetentne i sposobne postići i provoditi sporazum te koje su u dovoljnoj ravnoteži moći koja osigurava ravnopravne pregovore".¹⁵ Stoga ovaj proces "nije magična intervencija, odnosno metod rada, niti univerzalno primenljiv način rešavanja svih sporova", pa "u visokokonfliktnim razvodima ili kod partnera kod kojih su prevladavali nasilni odnosi temeljeni na (nad)moći i kontroli jedne osobe nad drugom nije preporučljiva, jer se u takvim situacijama teško mogu ispuniti temeljne pretpostavke za uspješno odvijanje medijacijskog procesa."¹⁶ Naime, "to su situacije u kojima se često javlja niska motivacija za postizanje sporazuma, niska razina povjerenja u medijacijski proces i/ili nejednaka moć uključenih strana."¹⁷ Emotivni razlozi, posebno izražena netrpeljivost pa i sukobi bivših emotivnih partnera, ali i ekstremna osetljivost članova porodice, uslovljavaju probleme sprovođenja postupka i postizanja sporazuma. Ovi uzroci mogu, takođe, usloviti i problem sveobuhvatnosti sporazuma i trajnosti njegovog sprovođenja. Stoga se ističe da je, iz perspektive ljudskih prava i ustavnih garantija prava članova porodice, odlučivanje u okvirima sudskog sistema svakako respektabilnije stoga što zajednica, pa i sud, imaju odgovornost za dobrobit članova porodice, posebno za najbolji interes dece.¹⁸ U proces porodične medijacije moraju biti uključena deca i mladi kada su involvirani u odnose koji su dali povod ovom postupku, što dodatno komplikuje i ulogu medijatora i sam proces medijacije.¹⁹

14 Wade, G., *Mediation: Article 6, Mandatory Mediation and the Hallmark of Democracy*, <https://www.cpdseminars.ie/articles/mandatory-mediation-and-the-hallmark-of-democracy/>, 08.08.2020, nav. prema, Bubuć, S., *op. cit.*, nap. br. 35; Videti razloge za i protiv obavezne medijacije kod Quek, D., *Mandatory mediation: An oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.11.2 (Spring 2010), <https://cardozo.jcr.com/vol11no2/479-510.pdf>, 485,486, 08.08.2020; Stephen G. Bullock, S. G. & Gallagher, L.R., *Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana*, 57 LA. L. REV. 885, 948 (1997), nav. prema: Quek, D., *op. cit.*, 485, 486.; Sud Engleske, međutim, u slučaju *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, navodi da "obavezivanje nevoljnih strana da reše svoj spor medijacijom predstavlja neprihvatljivu opstrukciju njihovog prava na pristup sudu", https://asauk.org.uk/archive/alternative-dispute-resolution/adr-court-cases/the-halsey-case-2004/#The_decision, 08.08.2020.

15 Breber, M.; Sladović F. B., *Uvođenje obiteljske medijacije u sustav socijalne skrbi: Perspektiva stručnjaka*, *Ljetopis socijalnog rada*, 2014, 21(1), 126.

16 Ajduković, M.; Patčević, S.; Ernečić, M., *Izazovi obiteljske medijacije u slučajevima nasilja u partnerskim odnosima*, *Ljetopis socijalnog rada*, 2016, 23(3), 382.

17 *Ibid.*, 382, 383.

18 Rivers, C.; Coester-Waltjen, D., *op. cit.*, 2.

19 Ketani, A., *Family Mediation in England and Wales: Children's Voice*, *Anuario Jurídico u Económico Escorialense*, LI (2018), 592, <https://www.google.com/search?q=family+mediation+scientific+articles>, 04.08.2020.

Kada je obavezno posredovanje u pitanju pravo na pristup sudu posebno je problematizovano ograničavanjem podnošenja tužbe ukoliko se ne pristupi posredovanju, pa čak i ako je to privremeno (tzv. period promišljanja). Sa druge strane, ukoliko ne postoje izvesne sankcije u slučaju odsustva stranaka u postupku posredovanja, ili na prvoj sesiji, npr., onda posredovanje nije obavezno. Preovladavanje ličnih i emocionalnih elemenata u postojećem konfliktu, pak, sprečava strane da dobrovoljno pristupe posredovanju. Ovaj začarani krug komplikuje primenu posredovanja i uslovljava lutanja u zakonodavstvima.²⁰

Kvalifikacije i posebna edukacija posrednika nužni su usled brojnih specifičnosti porodičnih odnosa i teškoća sa kojima se posrednici suočavaju. Uz to problemi porodičnih odnosa jesu, ali ne i isključivo, pravni. Stoga su uslovi koje moraju ispuniti posrednici različiti u nacionalnim zakonodavstvima, a u teoriji se iznose kritički stavovi u vezi nekih od rešenja. Tako se, npr., kritikuje mogućnost da sva lica sa visokom stručnom spremom mogu biti posrednici.²¹ Iznose se i sasvim suprotni stavovi, odnosno da ni visoka stručna sprema ne treba da bude uslov, uz argumentaciju da se ni za arbitre ne zahtevaju posebni uslovi (npr. Zakon o arbitraži Republike Srbije).²² U okvirima posredovanja prepoznaju se, inače, dva sistema organizovanja i regulisanja - od strane države i od strane privatnih organizacija, kao npr., u Nemačkoj.²³ U delu teorije ističu se prednosti državnog organizovanja - viši nivo zahteva u pogledu kvalifikacija, obuka u određenoj oblasti, neophodne sposobnosti i veštine,²⁴ kao i stroža kontrola ponašanja sa aspekta profesionalnih i etičkih standarda.²⁵ Zahtev kompleksnog znanja i veština u austrijskom pravu je, npr., razrešen tako da u medijaciji učestvuju dva ovlašćena medijatora - pravnik i psiholog, socijalni radnik ili drugo lice slične edukacije, oba su prošla edukaciju za porodičnu medijaciju, što se u teoriji ističe kao pouzdan model.²⁶

20 Tako, npr., Nacrt Obiteljskog zakona Hrvatske iz 2014. god. predviđao da se tužba za razvod braka ne može podneti pre isteka roka od šest meseci od dana pokretanja postupka obaveznog savetovanja ukoliko roditelji ne postignu sporazum o deci uz obrazloženje da se spreče brzi i nepromišljeni razvodi, ali je omogućeno je da se bez ograničenja pokrene postupak ko su se bračni drugovi dogovorili o pitanjima u vezi zajedničke dece. Kritika ovog rešenja je usloвила da ne bude uneseno u konačni tekst, Poretti, P., *Od mirenja do medijacije u obiteljskim sporovima - usklađivanje hrvatskog obiteljskog zakonodavstva o mirnom rješavanju obiteljskih sporova s pravom EU-a*, Zb. PF Sveučilišta u Rijeci (1991), br.1, 2015, 358-359.

21 Ovo rešenje preovlađuje u državama regiona, tako Zakon o posredovanju u rešavanju sporova Republike Srbije, "Sl.glasnik RS", br.55/2014, nadalje: ZP RS, čl. 33 st.1; Zakon o posredovanju Crne Gore, "Sl. list RCG" br. 30/05, "Službeni list CG", br. 29/12, sa izmenama i dopunama od 06.03.2019., nadalje: ZP CG, čl. 12 st.1; Zakon o postupku medijacije Bosne i Hercegovine, "Sl. glasnik BiH", br. 37/04, nadalje: ZP BiH, čl. 31 st.2;

22 Pavić, V.; Djordjević, M., *Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji*, Harmonius, 2014, 265. U zakonodavstvima ima rešenja gde se zahtevaju specifične kvalifikacije određenog profila, npr., u Hrvatskoj gde posrednik mora imati završene posleddiplomske specijalističke studije iz porodične medijacije, vidi Pravilnik o obiteljskoj medijaciji Republike Hrvatske, "Narodne novine", br. 106/2014, čl. 2 st.2.

23 Videti Bubić, S., *op. cit.*, 23-25.

24 Ima i suprotnih stavova, Pavić, V.; Djordjević, M., *op. cit.*, 265.

25 *Ibid.*, 27.

26 Poretti, P., *op. cit.*, 364, 371.

U odnosu na vreme posredovanja u teoriji se navodi da je posredovanju pre razvoda braka opravdano stoga što je za uklanjanje nesporazuma i sukoba bračnih partnera i postizanje sporazuma to idealan trenutak jer oni još uvek razmišljaju o razvodu, odluka nije definitivna pa posredovanje ima više šansi za uspeh.²⁷ Suprotno tome, navodi se argument da poremećeni odnosi mogu usloviti izbegavanje posredovanja. Ako bi ono bilo obavezno, odnosno uslov vođenja sudskog postupka onda nesprovođenje posredovanja sprečava sudski postupak pa je time ostavljen prostor za povredu prava na pristup sudu i sudovi svesno postupaju *contra legem*.²⁸ Stoga se pledira za uvođenja posredovanja tokom sudskog postupka, koje, i ako je obavezno, ne bi vodilo povredi prava na pristup sudu, ili da se umesto obaveznog posredovanja, po ugledu na nemačko pravo, uvede razgovor sa bračnim partnerima o svrsi, značaju i prednostima posredovanja, posebno za postizanje sporazuma o deci.²⁹

Specifičnosti porodičnih konflikata zbog kojih je medijacija preporučeni proces rešavanja, kao i teškoće koje prate ovaj proces i utiču na njegovu uspešnost sažima Preporuka o porodičnoj medijaciji: porodični konflikti/sporovi uključuju lica koja će, po definiciji, imati međuzavisan i kontinuiran odnos, oni se javljaju u kontekstu snažnih emocija i odvojeni život i razvod braka utiču na sve članove porodice, posebno decu.^{30 31}

3. Porodično posredovanje u zakonodavstvima nekih država regiona

Preporukom o porodičnoj medijaciji ovaj proces je predviđen za "sve sporove između članova iste porodice, koji su bilo u krvnom bilo u tazbinskom srodstvu, kao i one koji žive ili su živeli u porodičnim odnosima u skladu sa nacionalnim pravom", a države članice su slobodne da "odrede posebna pitanja ili slučajeve koje će pokrivati porodična materija".³² Stoga je i polje primene porodičnog posredovanja različito i u državama regiona. U Hrvatskoj je,³³ kao posebno, navedeno načelo sporazumnog

27 Bubić, S., *op.cit.*, 25

28 *Ibid.*, 26.

29 *Ibid.*

30 Preporuka o porodičnoj medijaciji, t. 5 Preamble.

31 O karakteristikama porodične medijacije, sadržaju i procesu, odnosno fazama, Sladović Franz, B., *Obilježja obiteljske medijacije*, <https://hrcak.srce.hr/2018>, 12.08.2020.

32 Međutim, *Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=GA>, 06.08.2020, u t. 10 ograničava primenu na sporove o pravima i obavezama o kojima strane mogu slobodno odlučivati, a prava i obaveze u oblasti porodičnog (kao i npr., radnog) prava u većini slučajeva nisu u toj kategoriji. (Direktiva, koja primarno reguliše primenu medijacije u prekograničnim sporovima može se primenjivati i u postupcima mirenja prema nacionalnom pravu, t. 8). Rezolucijom Evropskog parlamenta o alternativnom rešavanju sporova u građanskim, trgovačkim i porodičnim stvarima, od 25.10.2011.god., <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0449&language=EN>, 06.08.2020., t. 25, naglašava se ključna uloga modela alternativnog rešavanja sporova u porodičnim sporovima za redukovanje psihološke štete i pomoći strankama da otpočnu ponovo da komuniciraju, a posebno da se obezbedi najviši stepen zaštite dece.

33 Obiteljski zakon, "Narodne novine", br.103/15, 98/19, nadalje: ObZ, čl.9.

rešavanja svih sporova iz porodičnih odnosa (čl.9, čl.331 st.1 ObZ). U teoriji se, upoređenjem odredbe čl. 331 st.1 i one iz st. 3 ovog člana, koji kao glavnu svrhu postupka porodične medijacije predviđa postizanje plana o zajedničkom roditeljskom staranju³⁴ i drugih sporazuma u vezi deteta, uz mogućnost sporazumevanja i o drugim spornim pitanjima imovinske i neimovinske prirode, izvodi zaključak da bi to moglo imati ograničavajući efekat na primenu medijacije.³⁵ I odredba čl. 54, da su supružnici koji imaju zajedničku maloletnu decu dužni učestvovati u obaveznom savetovanju, odnosno, kada ne postignu sporazum o planu zajedničkog staranja o deci tokom savetovanja, na prvom sastanku medijacije, ukazuje na ograničen domet obaveznosti. Inače, obaveznost sledi i iz izričitog pominjanja ali i odredbe da je supružnik koji ne pristupi prvom ročištu za medijaciju lišen prava na podnošenje tužbe (čl.54 st.4).³⁶ Procesnopravni efekti se svode na obavezu da se uz tužbu za razvod braka prilože izveštaj o obaveznom savetovanju i dokaz o učešću na prvom sastanku medijacije. Izveštaj ne može biti stariji od šest meseci, inače se tužba odbacuje (čl.379 st. 1,2 ObZ).³⁷ Ukoliko uz tužbu nisu podneseni ovi dokazi sud će pozvati tužioca da ih dostavi, a u suprotnom se smatra da je tužba povučena. Novu tužbu sud odbacuje što govori da je reč o posebnoj procesnoj pretpostavci za pokretanje postupka za razvod braka.

Obaveznost posredovanja rigidno reguliše Porodični zakon Federacije BiH³⁸ (nadalje: PZ BiH, čl.45 st.1), odnosno da pre pokretanja postupka za razvod braka bračni partner ili partneri koji imaju zajedničku maloletnu decu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, kao i za vreme trudnoće žene, moraju podneti zahtev za posredovanje.³⁹ Procesna posledica podnošenja tužbe ili zahteva za sporazumni razvod braka pre okončanja postupka posredovanja je odbacivanje podneska (čl.52). Posredovanje pre pokretanja postupka za razvod braka ima za cilj i mirenje bračnih drugova, ali i, ako do mirenja ne dođe, postizanje sporazuma o sadržajima roditeljskog staranja (čl.50. st.1). Potenciranje obaveznog posredovanja kao primarnog puta rešavanja spora sledi i iz odredbe st.2, da organ starateljstva na zahtev ovlašćenog lica ili po službenoj dužnosti odlučuje o ovim pitanjima ako se sporazum ne postigne ili ne odgovara interesima deteta. Može biti sporno posredovanje za bračne partnere koji nemaju zajedničku decu. Naime, iz čl.45 st.3 mogao bi slediti zaključak da su i oni ovlašćeni za podnošenje zahteva za posredovanje, ali se tada svakako ne bi mogla primeniti odredba čl.49 koja za slučaj neodazivanja urednom pozivu predviđa odbacivanje tužbe ili zahteva za sporazumni razvod podnesenih nakon obustave postupka posredovanja.⁴⁰ Slično rešenje ima i Porodični zakon Republike Srpske

34 Postizanje sporazuma o ovom planu je predmet i postupka obaveznog savetovanja (čl. 321-330 ObZ).

35 Poretti, P., *op. cit.*, 361.

36 Osim kada se medijacija ne sprovodi, čl. 332 OzB.

37 Osim ako ne žive zajedno duže od godinu dana, ako je jednom bračnom drugu nepoznata adresa stanovanja duže od šest meseci i u slučajevima iz čl. 332, odnosno kada se porodična medijacija ne sprovodi.

38 Porodični zakon Federacije BiH, "Sl. novine Federacije BiH", br. 35/05, 41/05, 31/14., nadalje: PZ F BiH

39 Ograničenja predviđa čl. 45 st. 4 PZ F BiH

40 Izuzetak je neodazivanje bračnog partnera koji se nasilnički ponaša prema drugom bračnom par-

(nadalje: PZ RSrpske, čl.60 st.2,3),⁴¹ mirenje sprovodi organ starateljstva (čl.58), a uvedeno je i vremensko ograničenje pokretanja novog postupka mirenja.

Iz odredaba Porodičnog zakona Crne Gore⁴² (nadalje: PZ CG), može se zaključiti da se posredovanje sprovodi posle pokretanja postupka u bračnom sporu i da nije obavezno stoga što neodazivanje na prvi sastanak sa medijatorom (čl.326) ne utiče na dalji tok sudskog postupka (čl. 333). Ciljevi medijacije su mirenje ili postizanje sporazuma o vršenju roditeljskog prava posle razvoda braka kao i sporazuma o podeli zajedničke imovine.⁴³

U Republici Srbiji normirani su posebno mirenje i nagodba kao deo postupka posredovanja.⁴⁴ Postupak posredovanja (se) redovno sprovodi uz postupak u bračnom sporu koji je pokrenut tužbom jednog od supružnika” (čl.230 st 1). Mirenje se sprovodi samo u bračnom sporu po tužbi za razvod braka, a cilj je razrešenje konflikta bez razvoda braka (čl.234 PZ RS). Postupak nagodbe se sprovodi u bračnom sporu po tužbi za poništenje braka, odnosno tužbi za razvod braka kada mirenje nije uspeo (čl.240). Kako se posredovanje neće sprovoditi, između ostalog (čl.230 st.2), ukoliko jedan od supružnika ne pristane na posredovanje, zaključak je da ono nije obavezno. Isto sledi i iz čl. 237 st. 1, odnosno da neodazivanje pozivu za ročište za mirenje jednog ili oba supružnika vodi neuspehu mirenja pa se nastavlja postupak nagodbe,⁴⁵ kao i iz čl. 244 st. 1, koji na identičan način reguliše slučaj kada se jedan ili oba supružnika ne odazovu pozivu na nagodbu i nastavlja se postupak za poništenje ili razvod braka. Sudija koji sprovodi posredovanje dužan je da supružnicima preporuči da se podvrgnu psiho-socijalnom savetovanju. Ukoliko pristanu na savetovanje, sud na njihov predlog ili uz njihovu saglasnost, poverava posredovanje nadležnom organu starateljstva, bračnom ili porodičnom savetovalištu ili drugoj specijalizovanoj ustanovi (čl. 232 st.2,3).⁴⁶

Širina prihvatanja posredovanje u rešavanju porodičnih konflikata ali i postizanja dobrovoljnog izvršavanja obaveza potvrđuje se i njegovim prihvatanjem u specifičnim situacijama kakvo je npr., nezakonito prekogranično odvođenje i zadržavanje dece i ostvarivanje prava na staranje u skladu sa Konvencijom

tneru, čl.49 st.2.

41 Porodični zakon Republike Srpske, ”Sl. glasnik Republike Srpske”, br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014., nadalje: PZ R Srpske

42 Porodični zakon Crne Gore, ”Sl. list RCG”, br. 1/2007 i ”Sl. list CG”, br. 53/2016 i 76/2020.

43 Zakon o posredovanju Crne Gore (čl. 41), međutim, posebno reguliše posredovanje u porodičnim sporovima i to: bračnim, iz odnosa roditelja sa decom i o izdržavanju i omogućava posredovanje pre pokretanja sudskog postupka (čl.44 st.1).

44 Više o porodičnom posredovanju u Srbiji Ponjavić, Z., *Posredovanje u bračnim sporovima: odnos posredovanja i sudske procedure*, Pravni život, 2007, knj. 510, br. 10, str. 465-477.

45 Uz mogućnost da sud ili ustanova kojoj je povereno posredovanje proceni da ima izgleda da do pomirenja dođe, kada se postupak mirenja nastavlja (čl.237 st.2 PZ RS).

46 Zakon o posredovanju Srbije (čl. 3) predviđa da se posredovanje primenjuje u spornim odnosima u kojima strane mogu slobodno da raspolazu svojim zahtevima, ako drugim zakonom nije predviđena isključiva nadležnost suda ili drugog organa, a kao naročito medijabilne navodi sve sporove iz porodičnih odnosa, mada je za neke od njih ovo svakako upitno.

o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece.⁴⁷ Tako je Hrvatska usvojila poseban zakon kojim je ova materija regulisana⁴⁸ i koji predviđa medijaciju kao mogući način rešavanja spora (čl.12), a po pravilima koje određuje OzB za medijaciju i od strane porodičnih medijatora za prekogranične sporove. U Srbiji se Nacrtom Zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja⁴⁹(čl.15) predviđa da Centralni organ i organ starateljstva u toku postupka po zamolnici podstiču sporazumno rešenje putem medijacije ili na drugi miran način, odnosno da je Centralni organ dužan da, ukoliko proceni da nema izgleda da se obezbedi dobrovoljan povratak deteta, informiše sukobljene strane o mogućnosti pokretanja postupka medijacije radi postizanja sporazuma. Sporazum se dostavlja sudu koji po službenoj dužnosti donosi rešenje o njegovom prihvatanju ako proceni da je u najboljem interesu deteta.

4. Dejstvo sporazuma postignutih u postupku porodičnog posredovanja

Prethodna analiza zakonskih rešenja u nekim državama regiona upućuje na mogući zaključak da je posredovanje, bez obzira da li je povereno sudiji ili drugim organima ili licima i bez obzira na to da li se sprovodi pre ili u toku sudskog postupka široko prihvaćen način rešavanja porodičnih konflikata i postizanja specifičnih sporazuma o uređenju porodičnih odnosa, posebno o vršenju roditeljskog prava i podeli zajedničke imovine. Ipak, proces dejudicijalizacije dosledno je sproveden ukoliko posrednik konačno odlučuje o konfliktu, odnosno kada pravna sudbina, odnosno dejstvo sporazuma koji je postignu u postupku posredovanja ne zavisi od odluke suda. Međutim, analizirana zakonodavstva se razlikuju i u pogledu pravnih dejstava sporazuma zaključenih u procesu posredovanja. U nekim pravnim sistemima (Crna Gora, Srbija) sporazum o vršenju roditeljskog prava nužno je predmet provere suda sa aspekta zaštite najboljeg interesa deteta pa je njegovo dejstvo od toga zavisno, odnosno konačna odluka je na sudu.⁵⁰ Ima i rešenja (Hrvatska) da se sporazum o planu zajedničkog staranja o deci "odobrava" od strane suda u vanparničnom postupku čime dobija svojstvo izvršne isprave,⁵¹ ali bez jasnog određenja uloge suda.⁵² Specifično je i rešenje iz PZ F BiH (čl. 50) kojim je u slučaju da se bračni drugovi u postupku posredovanja ne izmire i ne postignu sporazum o roditeljskom staranju ili ako postignuti sporazumi ne odgovaraju interesima deteta, organu starateljstva povereno da odluči o ovim pitanjima. Odluka je privremena,

47 Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, 25.10.1980, Zakon o ratifikaciji Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, "Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 7/91. Videti Kekez, A., *Postupak medijacije u slučajevima međunarodne građanskopravne otmice dece*, <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0017-0933/2014/0017-09331403202K.pdf>, 02.09.2020.

48 Zakon o provedbi Konvencije o građanskopravnim vidovima međunarodne otmice djece, "Narodne novine", br. 99/2018.

49 Nacrt Zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja, iz 2013. god., <https://arhiva.mpravde.gov.rs/>, 02.09.2020.

50 Čl. 332 st.2 PZ CG; čl.243 st. 4 PZ RS.

51 Čl. 336 st. 3 OzB.

52 Poretti, P., *op. cit.*, 365.

sa dejstvom do pravnosnažnosti odluke o razvodu braka, ali žalba ne odlaže njeno izvršenje što ukazuje na izvršnost. Ipak, ovakvo rešenje nije predviđeno za odluke svih fizičkih ili pravnih lica koja su ovlašćena za posredovanje već samo za državni organ - organ starateljstva.

U Srbiji, kada je reč o sporazumu o vršenju roditeljskog prava primena odredbe Zakona o posredovanju (čl. 27 st. 1) o uslovima pod kojima sporazum postignut u toku posredovanja dobija svojstvo izvršne isprave nije prihvatljiva stoga što sporazum obavezno proverava sud sa aspekta zaštite najboljeg interesa deteta. Sporazum o deobi zajedničke imovine direktno se, međutim, unosi u izreku presuda, odnosno sud samo konstatuje volju bračnih partnera. Ako se ovaj sporazum ne postigne tokom posredovanja može se zaključiti i posle prestanka braka u obliku javnobeležnički potvrđene isprave (čl. 178, 179 PZ RS). Stoga je u odnosu na ovu vrstu sporazuma moguće konstatovati da je proces dejudicijalizacije najdoslednije sproveden.

U Republici Srpskoj sporazumi iz postupka mirenja (čl.61 PZ RSrpske) čine sadržinu zapisnika o mirenju ali zakonom nije izričito regulisana uloga suda u odnosu na postignute sporazume, odnosno da li su i koji od njih predmet ocene suda. Kako sud odlukom o razvodu ili poništaju braka odlučuje i o poveravanju dece na zaštitu i vaspitanje (čl.88) moglo bi se tumačiti da je sporazum roditelja o ovim pitanjima predmet ocene suda sa aspekta najboljeg interesa deteta, ali i suprotno, da se sporazumi samo unose u odluku o razvodu ili poništaju jer o najboljem interesu dece organ starateljstva vodi računa.

Konačnu odluku i o sporazumu koji se postigne u postupku koji teče po pravilima obiteljske medijacije u pomenutim slučajevima građanskoprave otmice dece u pravu Hrvatske donosi sud kome se sporazum dostavlja od strane podnosioca zahteva, ceneći ga sa aspekta najboljeg interesa deteta, protivnosti pravnom poretku Republike Hrvatske i javnom interesu (čl.12 Zakona o provedbi Konvencije o građanskopravnim vidovima međunarodne otmice djece).

Moglo bi se zaključiti da u odnosu na dejstvo sporazuma o vršenju roditeljskog prava preovladava stav da sud ima završnu reč preko procene najboljeg interesa deteta, te da ni dejudicijalizacija nije potpuna, za razliku od, npr., sporazuma o podeli zajedničke imovine gde sud samo unosi sporazum u izreku presude, a mimo sudskog spora preovladava javnobeležnička forma pa i sporazum na ovaj način zaključen stiče svojstvo izvršnosti pod uslovima iz propisa koji regučišu javnobeležničke isprave.

5. Nadležnosti javnih beležnika

Proces dejudicijalizacije u ostvarivanju prava i obaveza iz porodičnih odnosa potvrđuje i tendencija uvođenja ali i širenja nadležnosti javnih beležnika u državama regiona.⁵³ Tako, PZ RS (čl.51) izričito predviđa da se izjava o priznanju očinstva

⁵³ Više o pravnoj prirodi javnog beležništva (javna služba i slobodna profesija), kao i razlikama uporednopravno, Knežić-Popović, D., *Pravna priroda javnog beležništva*, Pravni zapisi, God. I, br. 2, 339-363.

može dati i pred javnim beležnikom, a identično rešenje sadrže i PZ R Srpske (čl. 112) i PZ F BiH (čl.56), pri čemu se u Federaciji odredba odnosi i na priznanje materinstva. U pravu Crne Gore, međutim, ne pominje se izričito mogućnost da se izjava o priznanju očinstva da pred javnim beležnikom, ali se iz formulacije čl.101 PZ CG, da se izjava može dati i "...pred drugim organom ovlašćenim za sastavljanje javnih isprava" zaključuje da je to i javni beležnik. Davanje izjave o saglasnosti sa priznanjem je, npr., u Srbiji sporno stoga što PZ RS ne reguliše izričito pred kojim organima ili pojedincima se saglasnost mora dati. Samo po analogiji se može zaključiti da bi to bili organi i lica ovlašćena za prihvatanje izjave o priznanju.⁵⁴ ObZ, takodje, ne predviđa izričito formu izjave o saglasnosti, odnosno pristanku na priznanje očinstva pa je nejasno da li se saglasnost daje samo pred telima koja su nadležna za primanje izjave o priznanju (čl.62) ili npr., i pred javnim beležnikom. Zaključak se ne može izvesti ni iz odredbe čl. 64 ObZ kojom je predviđeno da ukoliko matičar primi izjavu o priznanju bez izjava o pristanku, odnosno saglasnosti koja je po zakonu neophodna, dužan je da ih "zatraži". Upotrebljeni termin može se, naime, tumačiti i tako da je javni beležnik obavezan samo da traži da se izjave prilože ali i tako da je nadležan da je sam primi i konstatuje.

Među državama regiona ima i onih koje izričito regulišu pred kojim organima se daje izjava o saglasnosti sa priznanjem očinstva. Tako, u Crnoj Gori su to isti organi kao i za izjavu o priznanju, uključujući, dakle, i organe ovlašćene za sastavljanje isprava kakvi su javni beležnici,⁵⁵ dok su posebna pravila predviđena za davanje izjave deteta starijeg od 16 godina o saglasnosti.⁵⁶ I PZ R Srpske izričito predviđa da svi organi nadležni da prime izjavu o priznanju imaju ovlašćenje da prime i izjave o saglasnosti majke i deteta, uključujući javne beležnike.⁵⁷ PZ F BiH zahteva da dete starije od 14 godina ako je sposobno da shvati značenje priznanja izjavu o saglasnosti sa priznanjem materinstva i očinstva da isključivo pred organom starateljstva.⁵⁸ Treba napomenuti da zakoni država regiona kojima su regulisani porodični odnosi uglavnom ne određuju vrstu javnobeležničkog akta koji pri tome mora biti sastavljen, ali javnobeležnička praksa i teorija ukazuju da je reč o javnobeležničkom zapisu.⁵⁹

U postupku biomedicinski potpomognute oplodnje u državama regiona zahteva se pristanak svih lica koja se podvrgavaju ovom postupku, i to za svaki postupak posebno, kao i za dawaoca reproduktivnih ćelija ili embriona.⁶⁰ Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Srbije⁶¹ izričito određuje da se pismeni pristanak dawaoca

54 O tome ko mora dati saglasnost sa priznanjem videti odredbe čl. 48-50 PZ RS.

55 Čl. 105, up. sa čl. 101 PZ CG

56 Čl. 106 i čl. 100 PZ CG

57 Čl. 117 i čl. 119 PZ R Srpske

58 Čl. 62- 64 PZ F BiH

59 Stojanović, N.; Evtimov, I., *Uloga javnih beležnika u porodičnopravnim stvarima u Republici Srbiji*, Pravni život, 12/2017, 147. Stav javnobeležničke komore Srbije je da je reč o javnobeležničkom zapisu, <http://beleznik.org/index.php/sr/usluge/porodico-pravo>, 20.08.2020. Tako i Povlakić, M., *Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova PF u Zagrebu, br. 63(2), 262.

60 Pregled za države regiona videti, Stojanović, N., *Ovlašćenja javnih beležnika u uređenju porodičnopravnih odnosa u državama na prostoru bivše SFRJ*, Zbornik radova PF u Nišu, Br.76, God. LVI, 2017, 513 (nap.br. 3), 516-518.

61 Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, "Sl. glasnik RS", br.40/2017 i 113/2017 - dr.

embriona i reproduktivnih ćelija daje pred zdravstvenim radnikom, u Banci ili u Centru za BMPO i da predstavlja deo medicinske dokumentacije (čl.38). Lica koja imaju pravo na lečenje primenom postupka ART-a (asistirane reproduktivne tehnologije), kao i donatori ili donatorke daju saglasnost u pisanom obliku i prema Zakonu o liječenju neplodnosti asistiranim reproduktivnim tehnologijama Crne Gore,⁶² a iz smisla odredaba može se zaključiti da je i ovde reč o medicinskoj dokumentaciji. Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji Hrvatske⁶³ (čl.19 st.2), predviđa da pisanu izjavu o pristanku na darivanje embriona overava javni beležnik. Identično rešenje je i u Makedoniji uz dopunu iz 2014. god. koja uvodi surogat materinstvo i da je za saglasnost bračnih drugova i surogat majke, kao i za povlačenje izjava, predviđena ista forma.⁶⁴ Zakon o lečenju neplodnosti u postupcima oplodnje biomedicinskom pomoći Slovenije⁶⁵ ne određuje ko izjave prima, a nesporno je da se izjava o povlačenju pristanka (čl.23) prima u Centru za OBMP. Zakon o lečenju neplodnosti biomedicinski pomognutom oplodnjom Federacije BiH⁶⁶ izričito zahteva pisanu formu za pristanak bračnih ili vanbračnih partnera kao i za povlačenje pristanka, ali ne određuje pred kojim organom se daje.

Sporazumni razvod braka u nadležnosti je sudova u svim državama regiona izuzev Slovenije koja predviđa dva modela - sudski i javnobležnički. Preovlađuje parnična procedura mada je reč je o tzv. nespornoj pravnoj stvari za koju je kao model adekvatnija vanparnična,⁶⁷ kao što je to, npr., u Nemačkoj, Austriji⁶⁸ i Hrvatskoj.⁶⁹ Javnobležnički model se sve više prihvata, a uporedo postoje i države koje prihvataju administrativnu proceduru, pri čemu se uslovi različito određuju.⁷⁰ Porodični zakon Republike Slovenije⁷¹ (čl. 97), npr., zahteva da su supružnici bez zajedničke dece nad kojom vrše roditeljsko pravo, da su postigli sporazum o podeli zajedničke imovine, sporazum o tome ko će ostati ili postati korisnik stana u kome su živeli i sporazum o izdržavanju supružnika koji nema sredstva za život, a bez svoje krivice

zakon.

62 Zakon o liječenju neplodnosti asistiranim reproduktivnim tehnologijama, "Sl. list RCG", br. 74/2009, čl. 11. i čl. 29.

63 Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji, "Narodne novine", br. 86/12.

64 Zakon za biomedicinsko potpomognuto oplodnivanje, "Sl. vesnik na RM", br. 37/2008, 149/2014, 192/2015, 37/2016, čl. 12.b verzije Zakona iz 2014. godine.

65 Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočju, "Uradni list", br. 70/2000 i 15/2017., čl.22.

66 Zakon o liječenju neplodnosti biomedicinski pomognutom oplodnjom, "Sl. novine F BiH", br. 59/2018, čl. 35.

67 Dika, M., "Izvanparnična" i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika - de lege lata i de lege ferenda, Zbornik radova PF u Zagrebu, Br. 59(6), 1158.

68 Rijavec, V., Uloga notara u građanskom pravu Slovenije, Anali PF u Beogradu, God.18, br.1 (2010), 122, 123.

69 Čl.453-469 ObZ reguliše poseban vanparnični postupak radi sporazumnog razvoda braka.

70 Bubić, S., Globalisation and family law, u "Law in the Process of Globalisation", (ed. Đorđević, S.; Vladetić, S.; Labudović Stanković, J.), Faculty of Law, University of Kragujevac, 2018, 415-419; Kraljić, S., op. cit., 160-164; Za pravo Velike Britanije Mitrović S.T., Sporazumni razvod braka i notarijat, Pravo - teorija i praksa, Br.07-09/2019, a za francusko Želčević Diamel, A., Porodično pravo u Francuskoj - pravo u preobražaju, Anali PF u Beogradu, God. LXVI, br. 1/2018.

71 Družinski zakonik, "Uradni list", br. 15/17, 21/18, čl. 97 st. 1 i 2, nadalje DŽSl.

nije zaposlen. Forma je javnobeležnički zapis, a bračna zajednica prestaje danom potpisivanja isprave. U teoriji se ističu brojne prednosti sporazumnog razvoda van suda: pojednostavljenje i olakšanje postupka, mogućnost dostojanstvenog okončanja zajednice, brzina, manji troškovi, manje emocionalnosti, konfrontiranja i stresnih situacija.⁷² Ukazuje se i na okolnost da se na ovaj način realizuju ciljevi Preporuke R(86)12, odnosno oslobađanje sudija od tzv. vanskudskih dužnosti ili rešavanja nespornih pravnih stvari pa se pledira za uvođenje ovog modela i u pravni sistem Srbije.⁷³ Kritičari, međutim, ističu da je nedostatak regulative ukoliko bračni drugovi nemaju izbor u pogledu nadležnog organa, što je, npr., slučaj u Francuskoj. Takođe se ukazuje da upravo složenost formalnih uslova okončanja "pravnog posla" odražava njegovu ozbiljnost⁷⁴ i potenciran značaj u društvenom i pravnom kontekstu što se, zapravo, postiže preko sudske nadležnosti, a ne nadležnosti javnog beležnika. Stoga uvođenje sporazumnog razvoda pred javnim beležnikom svedoči "... o slabljenju bračne veze i mestu koje brak zauzima u životu Francuza. Nova procedura razvoda je odraz sve veće banalizacije i razvoda i braka".⁷⁵

Javni beležnici imaju i nadležnosti u odnosu na pravne posledice prestanka braka, posebno one ličnoimovinske. Tako se, npr., u Srbiji (čl.161 st.3 PZ RS), sporazumno mogu rešiti pitanja vezana za zakonsko izdržavanje i to u formi javnobeležničkog zapisa. Ipak, postoje izvesne nejasnoće. Naime, rubrum čl.161 glasi "Način određivanja izdržavanja", st.1 reguliše da se izdržavanje, po pravilu, određuje u novcu, a st.2 da se može odrediti sporazumom i na drugi način. Tumačenje st.3 u kontekstu ostalih stavova mora biti usko - sporazum se može odnositi samo na način određivanja izdržavanja. To sledi i iz čl.82 st.1 Zakona o javnom beležništvu Srbije⁷⁶ o obaveznoj formi javnobeležničkog zapisa za "sporazum o zakonskom izdržavanju" zaljučen "u skladu sa zakonom" što asocira na primenu odredbi PZ RS. Nepreciznost normative uslovljava probleme pa se, tako, postavlja pitanje da li se javnobeležnička forma primenjuje i na sporazume o svim drugim pitanjima zakonskog izdržavanja - visini, trajanju, prestanku i promeni.⁷⁷ Ukoliko je odgovor pozitivan pojavio bi se, pre svega, problem u slučaju kada je poverilac maloletno dete stoga što nije regulisano da li se u ovom slučaju o sporazumu mora tražiti mišljenje organa starateljstva.⁷⁸

I u ostalim državama regiona, uz izuzetak Hrvatske,⁷⁹ prihvaćena je forma javnobeležničkog zapisa za sporazum o izdržavanju, uz određena ograničenja. Tako, u Federaciji BiH je notarski obrađena isprava predviđena kao forma za sporazum roditelja o visini, odnosno povećanju iznosa i ima snagu izvršne isprave (čl.238 PZ

⁷² Kraljić, S., *op. cit.*, 170

⁷³ Stojanović, N., *op. cit.*, 520.

⁷⁴ Želčević Diamel, A., *op. cit.*, 150.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Zakon o javnom beležništvu, "Sl. glasnik RS", br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014 - dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015, nadalje: ZJB RS.

⁷⁷ Stojanović, N., *op. cit.*, 527.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ OZB predviđa odobrenje od strane suda u pojednostavljenom vanparničnom postupku (čl.423-432, 302).

F BiH). U Sloveniji se sporazumi između bračnih drugova o izdržavanju u slučaju razvoda ili poništaja, zaključeni u vreme sklapanja, u toku trajanja braka ili po prestanku mogu zaključiti u obliku izvršnog notarskog zapisa (čl. 101 DŽSl.). Ista forma predviđena je i za sporazum roditelja sa punoletnim detetom kao primaocem i punoletnog deteta sa roditeljem kao primaocem (čl. 192, 193), kao i za sve sporazume bračnih drugova o povećanju, smanjenju ili prestanku obaveze izdržavanja (čl.106). Izuzetak predviđa čl.191, da sporazum roditelja o izdržavanju maloletnog deteta mora dobiti formu sudskog poravnjanja uz proveru suda da li je u najboljem interesu deteta i mogućnost neprihvatanja.

Nadležnosti notara obuhvataju i sastavljanje, ređe samo solemnizaciju, ugovora kojima se regulišu imovinsko pravni odnosi bračnih i vanbračnih partnera, a negde i članova porodične zajednice.⁸⁰

6. Nadležnosti javnih izvršitelja

U većini država regiona prepoznaje se proces dejudicijalizacije postupka izvršenja preko organizacije službe javnih izvršitelja i zakonskog prenošenja nadležnosti za sprovođenje izvršenja, ređe i za vođenje postupka izvršenja u celini sa suda na javne beležnike. Tako je u Sloveniji, Makedoniji, Srbiji i Crnoj Gori formirana služba javnih izvršitelja, u Hrvatskoj je funkcionisala od 2010. god. do 2012. god., a u Federaciji BiH i Republici Srpskoj ovaj model postupka izvršenja nije prihvaćen.⁸¹ Ipak i države koje regulišu ovaj način izvršenja iz nadležnosti javnih izvršitelja isključuju izvršenje većine odluka u vezi porodičnih odnosa, posebno onih o predaji deteta (roditelju, drugom licu ili organu) i o održavanju ličnih odnosa i neposrednih kontakata deteta sa roditeljem (ili drugim licima). Sud je isključivo nadležan kako u fazi postupka izvršenja u kojoj se donosi rešenje o izvršenju, tako i za sprovođenje izvršenja. Razloge ne treba posebno obrazlagati. Dovoljno je reći da su u ove postupke po pravilu involvirani roditelji koji više nisu u braku zbog dugotrajnih i ozbiljnih konflikata i dete koje je emocionalno pogođeno prestankom braka i zajedničkog života sa roditeljima. To upućuje na neophodnost posebne pažnje, senzibilnosti i stručnih znanja lica ili organa koji učestvuju u ovim postupcima i multidisciplinarni pristup koji može obezbediti sud, ali ne i javni izvršitelj. Okolnost da se mora voditi računa o zaštiti najboljeg interesa deteta ukazuje na isti zaključak.⁸²

Ipak, teba reći da je u Srbiji izmenama i dopunama ZIO iz 2019. god.⁸³ nadležnost za prinudno oduzimanje i predaju deteta poverena organu starateljstva, uz prisustvo i nadzor sudije (čl.376 st.2 ZIO RS). Tako organ starateljstva postaje organ

80 U poređni pravni pregled u državama regiona Stojanović, N., *op. cit.*, 527-530; Jančić, M., *op. cit.*, 273-280; Pajtić, B., Bračni ugovori u srpskom i evropskom pravu, Zbornik radova PF u Novom Sadu, br. 3/2009, 257-282;

81 Videti više o ovome Zoroska-Kamilovska, T., *op. cit.*, 455-466.

82 U tom kontekstu interesantno bi bilo obraditi nadležnost organa starateljstva, ali je to posebna tema koja zahteva obimnu analizu.

83 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", br. 106/2015, 106/2016 - aut. tumačenje, 113/2017 - aut. tumačenje i 54/2019, nadalje: ZIO.

egzekucije.⁸⁴ Razlog je primarno svakako to da je on u najvećoj meri involviran u sve postupke koji se tiču prava dece. Takođe, kadrovska struktura, odnosno za postupak izvršenja neophodni stručni profili zaposlenih opravdavaju novo zakonsko rešenje. Ipak, postoje i izvesne dileme. Pre svega, čl. 376 st.2 ne reguliše ko neposredno vrši oduzimanje i predaju deteta kao izvršne radnje, pa se samo može pretpostaviti da je to psiholog organa starateljstva čiju ulogu ZIO najšire reguliše (čl.375 st.3).⁸⁵ Nejasna je i uloga sudije koji bi trebalo da vrši nadzor nad licem koje ima potrebne kompetencije, dok ih sudija, dakle, nema. Nije regulisana ni odgovornost organa starateljstva kao egzekutivnog organa, kao što je to npr., učinjeno za javne izvršitelje. Poznate su i teškoće koje u praksi postoje u pogledu organizacionih, prostornih, nekada i kadrovskih i drugih problema koji prate rad organa starateljstva. Teoriji ističe i problem preterano formalizovanog pristupa ovog organa u poslovima iz svoje nadležnosti, neplanskog i situacionog postupanja i (ne)prepoznavanja najboljeg interesa deteta.⁸⁶ Uz to, opšti je stav da se prinudno izvršenje odluka o deci mora sprovoditi planski, uz multidisciplinarni pristup i koordinaciju svih uključenih subjekata.

Interesantno je pomenuti u kontekstu izvršenja odluka iz porodičnih odnosa još jedno zakonsko rešenje u pravu Srbije. Reč je o regulisanju izvršenja odluka koje se odnose na obavezu zakonskog uzdržavanja. Naime, od uvođenja javnih izvršitelja u praksi je postojao problem primene čl.4 ZIO(2015) kojim je isključiva nadležnost suda predviđena za odluke "iz porodičnih odnosa" bez bližeg određenja. Stoga su neki sudovi smatrali da su i odluke o zakonskom izdržavanju odluke iz porodičnih odnosa pa je sud isključivo nadležan, a drugi su ih smatrali odlukama o novčanim potraživanjima pa je za sprovođenje izvršenja nadležan javni izvršitelj. Reagovao je Vrhovni kasacioni sud Zaključkom sednice Građanskog odeljenja od 27.06.2017.god. tumačeći da je reč o odluci iz porodičnih odnosa. Samo dve godine kasnije zakonodavac u Srbiji se priklonio suprotnom stavu. Ovo rešenje se mora dovesti u vezu sa još jednom izmenom zakona. Naime, čl.138a Novele ZIO(2019) uvodi posredovanje pre pokretanja postupka izvršenja kada su u pitanju novčana potraživanja, a sprovodi ga javni izvršitelj po predlogu izvršnog poverioca.⁸⁷ Kako je obaveza zakonskog izdržavanja trenutno u rangui svih drugih novčanih obaveza, primena odredaba o posredovanju kod izvršenja obaveze zakonskog izdržavanja je problematična posebno ako se postupak uspešno okonča zaključenjem sporazuma. Naime, kako pravnu prirodu sporazuma zakonodavac ne određuje može se samo pretpostaviti da je reč o vansudskom poravnanju koje nije izvršna isprava i dovodi u pitanje položaj izvršnog poverioca.⁸⁸ Takođe, sporazum nije podložan proveru sa aspekta najboljeg interesa deteta, npr., a njime se revidiraju međusobne obaveze

84 Stanković, G.; Palačković, D.; Trešnjev, A., *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2020, 35, 1230, 1231.

85 *Ibid.*, 1230.

86 *Ibid.*, 1231.

87 Usvojen je i Pravilnik o postupku dobrovoljnog namirenja novčanog potraživanja pre pokretanja izvršnog postupka. "Sl. glasnik RS", br. 90/2019, koji je u toj meri sumaran da ni jedno od otvorenih pitanja posredovanja koje se odvija pred javnim izvršiteljem ne rešava.

88 Stanković, G.; Palačković, D.; Trešnjev, A., *op. cit.*, 632, 633.

stranaka utvrđene izvršnom ispravom.⁸⁹ Uz to javni izvršitelji nisu edukovani za posredovanje kao ni u oblasti zaštite prava dece. Stoga je primena čl.138a nesporna samo u slučaju naknade neisplaćenih iznosa zakonskog izdržavanja.^{90 91}

7. Zaključak

Analiza normativnih rešenja, posebno u državama regiona nesumnjivo potvrđuje proces dejudicijalizacije u oblasti zaštite prava i obaveza porodično pravne prirode, ali i u rešavanju sporova iz ovih odnosa. Pored posredovanja (medijacije) koje je često i obavezno, odnosno podrazumeva sankcije vezane uz mogućnost pokretanja sudskog postupka u slučaju neodazivanja pozivu za posredovanje ili odsustva sa prve sesije pred posrednikom, ima i niz specifičnih rešenja. Takav je, npr., vansudski razvod braka koji je prihvaćen u Sloveniji, ali i nekim drugim državama, pod, ipak, restriktivno određenim uslovima. "Razvlašćivanje" sudova, pod izgovorom rasterećenja, čini se i prenošenjem dela nadležnosti na notare (javne beležnike), ali i javne izvršitelje (i organ starateljstva, o čemu u Radu nije bilo reči). Stoga bi se moglo reći da je proces dejudicijalizacije u svim državama regiona prisutan u većoj ili manjoj meri, ali i da postoje brojne nedoslednosti u zakonskom regulisanju ovih situacija što uslovljava probleme u praksi. Posebno je bitna konzistentnost rešenja kada je dejudicijalizacija potpuno sprovedena, odnosno kada sud nema više nikave nadležnosti u određenim pravnim stvarima, npr., proveru sporazuma zaključenih u postupku posredovanja ili u postupku izvršenja sa aspekta najboljeg interesa deteta. Dogradnji usvojenih rešenja kao i eventualnom daljem prenošenju nadležnosti mora se pristupati obazrivo i promišljeno s obzirom da je reč o pravima i obavezama porodično pravne prirode koji su po svemu izuzetno specifični.

⁸⁹ *Ibidem*, 633.

⁹⁰ O izvršenju odluka iz porodičnih odnosa više Arsić, J.; Banić, M., Analiza problema u zaštiti najboljeg interesa deteta u izvršenju sudskih odluka u porodičnim stvarima, <https://www.google.com/search>, 02.09.2020.

⁹¹ Izbegavanje vođenja postupka izvršenja u pravu F BiH moguće je davanjem izjave od strane dužnika izdržavanja pred notarom o tome da se iznosi isplaćuju iz plate ili drugih stalnih novčanih primanja neposredno licu koje je odlukom suda označeno kao primalac izdržavanja (čl.371 PZ F BiH). Slično rešenje ima i OzB (čl.528 st.1) koji ispravi koja se unosi u sudski zapisnik ili je overena daje snagu pravnosnažnog rešenja o izvršenju zaplenom plate, penzije ili sličnih novčanih primanja (čl.528) i izvršne isprave za izvršenje na drugim predmetima (čl.528 st 3).

Dušica Palačković, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac

DE-JUDICIALIZATION IN THE FIELD OF FAMILY LAW – REFLECTION OF THE GLOBAL PROCESS ON THE REPUBLIC OF SERBIA LEGAL SYSTEM

Summary: The participation of non-judicial organs in the realization of the rights and duties in the field of family law is not insignificant. This can be witnessed in a widely accepted delegation of jurisdiction to administrative organs, as well as in the application of mediation as a method of dispute settlement. In addition, in recent years, there has been a strong de-judicialization process in Europe, and in our neighbouring countries, involving the transfer of traditional court jurisdictions to other bodies and institutions, including the public notaries who have been awarded the jurisdiction to regulate the family relations. The most significant example is that today a number of countries allow the possibility that a marriage can be dissolved by a notary public. In the Republic of Serbia, this tendency can be seen in family mediation, as well as in the latest version of the Law on enforcement and security based on which the enforcement of child custody orders (child removal and placement) is delegated to the custodial authority with the presence and monitoring of the court official. Moreover, the enforcement of child and spouse maintenance orders are delegated, by this law, to public enforcement officers. In this paper, the author analyzes normative solutions which support the examples of the intensification of the de-judicialization process in the implementation of family rights and obligations.

Key words: de-judicialization, mediation, the jurisdiction of public notaries, the enforcement of decisions